



diritto ed economia dell'impresa

Diretta da LUCIANO M. QUATTROCCHIO

4 - 2016

INTERVENTI di

*R. Ravasio, S. Foà, G. Pacchiana Parravicini, A.F. Morone, G. Bonfante
G.C. Dominici, L.M. Quattrocchio, C. Rainero, A. Migliavacca*

APPROFONDIMENTI di

*C. Ramella Traficet, B. Veronese, L.M. Quattrocchio, B.M. Omegna, F. Pipicelli
P. Rava, M. Bargagli, M. Scarabello, G. Beato, R. Fornero, G.M. Soro*

SAGGI di

*L.M. Quattrocchio, B.M. Omegna, L. Jeantet
P. Vallino, V. Bellando, R. Monchiero*



G. Giappichelli Editore – Torino

Rivista telematica bimestrale 4 - 2016 • Iscrizione al R.O.C. n. 25223

ISSN 2499-3158



Diretta da LUCIANO M. QUATTROCCHIO

4 - 2016



G. Giappichelli Editore – Torino

Direttore responsabile: Luciano M. Quattrocchio

Direzione e Redazione:

www.dirittoeconomiaimpresa.it

© Copyright 2016 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISSN 2499-3158

Pubblicato nel mese di settembre 2016

Comitato di Direzione

Direttore: Luciano M. Quattrocchio.

Vice-Direttore: Monica Cugno.

Segretario: Maurizio Cavanna.

Consulente linguistico: Diana Fahey.

Comitato Scientifico

Presidente: Guido Bonfante.

Vice-Presidente: Giacomo Büchi.

Segretario: Giuseppe Vanz.

Sergio Foà, Aldo Frignani, Patrizia Grosso, Bruno Inzitari, Fiorella Lunardon, Giovanni Ossola, Alessandra Rossi.

Comitato di Redazione

Presidente: Carlo Majorino (Consigliere SAA).

Vice-Presidente: Francesco Cappello.

Segretario: Maria Maccarrone.

Fabrizio Bava, Cecilia Casalegno, Margherita Corrado, Anna Cugno, Alain Devalle, Paolo Fabris, Elena Gentile, Francesco Gerino, Guido Giovando, Mario Grandinetti, Valeria Miraglia, Bianca Maria Omegna, Elena Piccatti, Anna Maria Porporato, Michele Ricciardo Calderaro, Maurizio Riverditi, Fabrizia Santini, Alessandro Terzuolo, Andrea Trucano, Gabriele Varrasi, Barbara Veronese, Alessandro Vicini Ronchetti.

Collaboratori di Redazione

Alessandro Avataneo, Fabrizio Bava, Valentina Bellando, Francesco Cappello, Cecilia Casalegno, Giovanni Castellani, Maurizio Cavanna, Margherita Corrado, Chiara Crovini, Anna Cugno, Monica Cugno, Alain Devalle, Paolo Fabris, Elena Gentile, Francesco Gerino, Guido Giovando, Mario Grandinetti, Melchior E. Gromis Di Trana, Maria Maccarrone, Carlo Majorino, Cinzia Manassero, Valeria Miraglia, Roberta Monchiero, Luisa Nadile, Bianca Maria Omegna, Alessandro Pastore, Elena Piccatti, Anna Maria Porporato, G. Quaranta, Michele Ricciardo Calderaro, Maurizio Riverditi, Fabrizia Santini, Alessandro Terzuolo, B. Tessa, Andrea Trucano, Gabriele Varrasi, Barbara Veronese, Alessandro Vicini Tronchetti.

Indice

Interventi

La riforma della pubblica amministrazione: principali novità e analisi d'impatto

R. RAVASIO, Relazione introduttiva	2
S. FOÀ, La riforma della pubblica amministrazione: le novità in tema di società a partecipazione pubblica	9
G. PACCHIANA PARRAVICINI, La legge delega n. 124/2015 e le novità sul rapporto di lavoro	25
A.F. MORONE, Gli aspetti di rilevanza penale nelle recenti riforme della Pubblica Amministrazione	38
G. BONFANTE, La riforma della P.A. La residua area di applicazione del diritto societario	56
G.C. DOMINICI-L.M. QUATTROCCHIO, L'insolvenza delle società a partecipazione pubblica	60
C. RAINERO-A. MIGLIAVACCA, I riflessi della riforma sul bilancio delle società a partecipazione pubblica	84

Approfondimenti

Attività d'impresa e tutela del patrimonio familiare

C. RAMELLA TRAFIQUET, La tutela del patrimonio del minore nel nuovo contesto dell'art. 2929-bis c.c.	111
B. VERONESE, Il fondo patrimoniale: strumento <i>evergreen</i> o contenitore ormai privo di contenuto nella pianificazione e protezione del patrimoniale familiare	120
L.M. QUATTROCCHIO-B.M. OMEGNA, L'utilizzo del <i>trust</i> in ambito societario	145
F. PIPICELLI, Gli strumenti di tutela del patrimonio e le procedure concorsuali	164
P. RAVA, Gli strumenti di tutela del patrimonio e la loro rilevanza penale nell'ambito delle procedure concorsuali	178

Transfer pricing

M. BARGAGLI, Finanziamenti infruttiferi e rilevanza ai fini del <i>Transfer Price</i>	190
---	-----

La Centrale Rischi

M. SCARABELLO, Segnalazioni illegittime in centrale rischi della Banca d'Italia: percorsi giurisprudenziali	200
---	-----

Il piano strategico

G. BEATO-R. FORNERO-G.M. SORO, Il piano strategico triennale nelle aziende sanitarie locali: la scelta di un percorso complesso ma necessario come occasione di innovazione	219
---	-----

Saggi

L.M. QUATTROCCHIO-B.M. OMEGNA, La "rilevanza" nelle valutazioni di bilancio	229
L. JEANTET-P. VALLINO, La revocatoria nella legge fallimentare	259
L.M. QUATTROCCHIO-V. BELLANDO-R. MONCHIERO, La prescrizione nel contenzioso bancario	319

Interventi

*La riforma della pubblica amministrazione:
principali novità e analisi d'impatto*

Relazione introduttiva

Roberta Ravasio

Ringrazio anzitutto l'organizzazione di quest'evento per avermi chiamato a fungere da moderatore alla presentazione di questo convegno, che ha ad oggetto una riforma imponente che l'attuale Governo sta implementando e che dovrebbe costituire il processo chiave per portare l'Italia fuori da acque pericolose, un processo altamente raccomandato dalla Commissione Europea e di cui oggi pomeriggio saranno affrontati – mi pare di capire – due aspetti in particolare.

Innanzitutto una premessa: questa riforma massiccia – che il Governo sta portando avanti – trova la sua origine nella legge n. 124/2015, che è la legge-delega che individua una serie di principi e soprattutto una serie di materie in relazione alle quali il Governo è stato delegato a emanare dei decreti attuativi. Tra i vari settori che sono individuati dalla legge n. 124/2015 vi sono i due di cui si parlerà oggi pomeriggio, i quali riguardano il rapporto di pubblico impiego – in particolare gli aspetti di responsabilità disciplinare del pubblico impiegato – e la riforma delle società pubbliche o società a partecipazione pubblica.

Non intendo interferire, con questa mia relazione introduttiva, in quello che diranno i relatori; credo però che per la miglior comprensione di quello che vi sarà detto, e quindi per meglio intendere il senso di questa riforma e la sua efficacia impattante, è forse utile dare uno sguardo sul passato, onde focalizzare perché si sia arrivati ad una certa situazione e quindi per quale motivo il legislatore ha inteso intervenire – tra le altre cose – su questi due settori che riguardano la pubblica amministrazione.

Cominciando dal decreto attuativo che riguarda la responsabilità del pubblico dipendente, vorrei ricordare come in passato – un passato che sembra molto lontano – la responsabilità del pubblico dipendente era abbastanza evanescente, non nel senso che vi fosse un'assenza di tipizzazione di quelli che potevano costituire comportamenti idonei a generare responsabilità, quanto piuttosto nella misura in cui si trattava di un rapporto di lavoro particolare, nell'ambito del quale sostanzialmente il datore di lavoro – cioè la pubblica amministrazione – aveva una ampia discrezionalità nella contestazione e nell'applicazione delle sanzioni.

Questo faceva sì che, di fatto, molto spesso il dipendente pubblico che si comportava in modo inappropriato andava esente da effettive responsabilità: ciò evidentemente era all'origine dell'inefficienza dell'azione amministrativa ed era anche all'origine della sfiducia nutrita dall'opinione pubblica, perché poi naturalmente dall'esterno si percepiva sia l'inefficienza dell'azione amministrativa sia il fatto che vi fossero dipendenti che non rispondevano adeguatamente del loro comportamento, e tra l'altro molti casi si trattava di comportamenti anche vessatori nei confronti del cittadino, che evidentemente andavano di incidere in maniera significativa nel rapporto di fiducia tra cittadini e pubblica amministrazione.

Quindi una prima riforma, quella che ha condotto alla cosiddetta “privatizzazione” del pubblico impiego, ha avuto tra le altre cose lo scopo di portare ad una progressiva parificazione del rapporto di lavoro pubblico al rapporto di lavoro privato, nella convinzione che questo potesse servire a rendere più flessibile la gestione del rapporto, in particolare anche dal punto di vista disciplinare, affinché risultasse poi anche più facile fare emergere eventuali responsabilità. Questo di fatto si avverato solo in parte, perché nei contratti collettivi nazionali di lavoro negoziati con l'Aran si prevedeva la possibilità di perseguire alcuni comportamenti come illeciti disciplinari, ma questo non accadeva in tutti i contratti di lavoro o magari gli illeciti disciplinari non erano adeguatamente tipicizzati, il che creava poi seri problemi nel momento in cui si intendeva contestarli e sanzionarli. Nel contempo è mutata la concezione della pubblica amministrazione, da amministrazione che agisce per atti ad amministrazione che deve assicurare un risultato: nel corso degli ultimi 10 o 15 anni ha assunto infatti una sempre maggiore importanza il risultato della azione amministrativa, e quindi l'identificazione degli obiettivi come mezzo per assicurare l'efficacia e l'efficienza della pubblica amministrazione; parallelamente si è cominciato anche ad enfatizzare il concetto per cui la responsabilità del pubblico dipendente non deve essere connessa soltanto alla non rispondenza agli ordini di servizio – cioè, a quelle disposizioni che nel rapporto di lavoro privato corrispondono alle direttive del datore di lavoro – ma altresì ad ogni comportamento del pubblico dipendente idoneo ad ostacolare il raggiungimento dell'obiettivo e, in quanto tale, causa di inefficienza dell'azione amministrativa.

Con la riforma Brunetta è stato introdotto l'art. 55-*quater* del d.lgs. n. 165/2001 – che è il testo unico della pubblica amministrazione – e la riforma di cui vi si parlerà tra poco va a incidere, modificandolo, proprio su quest'art. 55-*quater*. Va ricordato che con il d.lgs. n. 150/2009 era già stata fatta una riflessione sul fatto che il processo di privatizzazione e parificazione del rapporto pubblico al rapporto privato, anche in relazione alla differenza obiettiva che

sussiste tra il datore pubblico ed il datore di lavoro privato, non costituiva una misura sufficiente ad ottenere la produttività del dipendente pubblico e quindi il raggiungimento degli obiettivi che si poneva l'amministrazione. Quindi già con tale decreto, oltre che introdurre meccanismi di misurazione e valutazione delle *performances* nonché meccanismi di incentivazione della produttività, erano stati tipizzati alcuni illeciti disciplinari del pubblico dipendente, era stato introdotto il principio della obbligatorietà del procedimento disciplinare, il cui svolgimento veniva adeguatamente scandito, e veniva infine previsto e disciplinato espressamente – con l'introduzione dell'art. 55-*quater* nel corpo del d.lgs. n. 165/2001 – il licenziamento disciplinare.

Ora, questa tendenza del d.lgs. n. 150/2009 viene portata avanti con il decreto attuativo di cui vi sarà riferito, nel quale si tipizzano particolari illeciti che possono condurre al licenziamento del dipendente pubblico e – come vi è stato già accennato – viene posta una particolare enfasi su una certa tipologia di comportamento inappropriato, e cioè il comportamento che consiste nella falsa attestazione della presenza sul posto di lavoro, sull'evidente presupposto che l'assenza dal posto di lavoro oltre che costituire un inadempimento che va a incidere sul sinallagma contrattuale – in quanto il dipendente viene pagato benché non compia il suo dovere –, a questo punto va ad incidere anche sulla azione amministrativa, compromettendo il raggiungimento degli obiettivi, venendo così ad assumere anche una rilevanza pubblicistica. Con il d.lgs. n. 116/2016, attuativo della legge-delega n. 124/2015, questo particolare comportamento è stato tipizzato come illecito disciplinare, ma anche come fatto integrativo di una fattispecie particolare del reato di cui all'art. 328 c.p.; ulteriori responsabilità disciplinari sono inoltre previste a carico dei dirigenti che non esercitano la dovuta vigilanza, oltre ad un'ipotesi particolare di responsabilità erariale che discenderebbe non solo del fatto che il pubblico dipendente percepisce lo stipendio senza svolgere le sue mansioni ma anche in relazione al danno che viene risentito della pubblica amministrazione: da qui la responsabilità di tipo erariale che poi viene indagata dalla corte dei conti. Il Consiglio di Stato nel parere che ha dato su questo decreto attuativo ha segnalato tuttavia che ci sono due aspetti che possono creare preoccupazioni: dal punto di vista dell'eccesso di delega, sottolineando che il legislatore delegante non ha dato indicazioni particolari sulla tipizzazione di fattispecie di responsabilità erariali, che peraltro non sarebbero comunque rimaste pregiudicate anche in assenza di previsioni specifiche (giacché se viene in concreto accertato che un determinato comportamento è causa di danno per la pubblica amministrazione va da sé che possono esserci gli estremi della responsabilità erariale, anche perché qui si parte dal presupposto che si versa in una fattispecie dolosa e quindi non si discute neanche della sussistenza del coefficiente psicologico ne-

cessario per la sussistenza della responsabilità erariale); inoltre il Consiglio di Stato ha segnalato l'eccesso di delega anche sulla tipizzazione dell'"assenteismo" – chiamiamolo così per brevità – come fattispecie specifica dell'art. 328.

Ma qui mi fermerei sul decreto attuativo che riguarda la responsabilità del dipendente pubblico per non invadere il campo delle relazioni che seguiranno.

Più complesso è invece il discorso che riguarda la riforma delle società pubbliche. Anche in questo caso mi sembra utile fare un piccolo *excursus* storico per capire come si è arrivati alla situazione attuale, che è caratterizzata dall'esistenza – come si dice nel parere del Consiglio di Stato – di migliaia (siamo nell'ordine di 7/8000) di società/enti a partecipazione pubblica, di cui 300 partecipate da enti locali.

Partirei dal quadro legislativo nazionale, di cui il corpo normativo "capostipite" sarebbe la legge Giolitti del 1903, che consentiva alle pubbliche amministrazioni di svolgere determinate attività sotto forma di enti autonomi, che venivano considerati organi della pubblica amministrazione: questi erano le aziende e le amministrazioni autonome (a livello statale) nonché le aziende municipalizzate (a livello locale). Sono storia un po' vecchia e non voglio indugiarvi sottraendo tempo prezioso alle successive relazioni.

Facendo un passo avanti, verso i giorni nostri, si deve dire che queste due tipologie di enti, mediante le quali le pubbliche amministrazioni solevano somministrare servizi pubblici (quelli che magari adesso chiameremmo servizi di interesse generale o di interesse economico generale, per usare la terminologia del legislatore europeo), sono stati nel primo dopoguerra soppiantati da un'altra tipologia di ente pubblico, e cioè l'ente pubblico economico, soggetto di diritto pubblico costituito per legge per lo specifico scopo di esercitare una attività in forma di impresa, ovviamente un soggetto che, avendo tutte le caratteristiche dell'ente pubblico, aveva anche le – diciamo – "pesantezze" dell'ente pubblico. Questi enti prendevano il nome di enti pubblici economici perché di fatto svolgevano attività di impresa cioè attività di produzione di beni o servizi con scopo di lucro. Con il tempo questo modello cominciò ad andare in crisi, da una parte a causa degli obiettivi limiti insiti nell'affidare ad un soggetto pubblico, non dotato di una struttura adatta ad una azione efficace ed efficiente, l'esercizio di una attività di impresa; d'altra parte perché, dopo la firma dei Trattati negli anni '50 e dopo che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea cominciò a rendere – come dire – efficaci e precettivi all'interno degli Stati membri i principi che discendevano dai Trattati, si è dovuto cominciare a fare conti con la legislazione comunitaria. E qui devo fare un inciso per ricordare a me stessa ed a voi che tra i principi fondamentali sanciti dal Trattato istitutivo della Comunità Europea v'è – oltre principio di libertà di circolazione e di stabilimento – quello della tutela della libertà della concorrenza e

del mercato, principio che essenzialmente si declina nelle tre seguenti affermazioni:

1. numero uno: che deve darsi la possibilità ad ogni azienda pubblica o privata di esercitare una determinata attività, la quale, per quanto di interesse generale, possa comunque avere una rilevanza economica e quindi possa avere rilevanza anche per i soggetti privati;

2. seconda declinazione di questo principio, suggellato nei Trattati, è che non deve esserci commistione tra attività d'impresa e attività amministrativa: da qui tutta una successiva normativa derivata che ha imposto di separare l'attività di impresa dalla attività di gestione amministrativa, specialmente in relazione alle attività che hanno che fare con questi servizi di interesse economico generale (così per il servizio ferroviario, per la telefonia, per la somministrazione di gas). Ciò al fine di rendere effettiva la assoluta parità di *chances* tra società pubbliche e soggetti privati ai fini dell'esercizio di una determinata attività. A questo principio, di portata assolutamente generale, è possibile derogare solo quando si costati che il mercato ha fallito nell'offrire un servizio adeguato: la normativa europea consente infatti agli Stati membri di affidare in via esclusiva a determinati soggetti certe attività di interesse economico generale o certe attività di interesse generale – per queste ultime intendendosi le attività finalizzate alla soddisfazione di bisogni primari del cittadino, come il servizio sanitario, l'istruzione scolastica – ma ciò solo laddove il mercato non sia in grado di produrre l'esistenza di più soggetti che possano agire in concorrenza e competere in un confronto concorrenziale; è tuttavia ammissibile, in siffatte circostanze, che agli esercenti l'attività sia imposto il rispetto di determinati obblighi di servizio, che garantiscano dei livelli minimi di qualità; correlativamente a fronte di questi obblighi di servizio si riconosce la possibilità di corrispondere ai gestori della attività degli indennizzi

3. terza declinazione dei principi che discendono dai Trattati in materia di libertà di concorrenza e del mercato è il fatto che i soggetti che intendono contrarre con una amministrazione pubblica devono essere scelti secondo principi e procedure di evidenza pubblica, ed allo stesso modo principi di evidenza pubblica devono essere rispettati allorché l'amministrazione intenda, per esercitare determinate attività, costituirsi in forma di società partecipata e venga così a trovarsi nella necessità di scegliere il socio.

In questo contesto normativo europeo si inserisce la storia italiana che, appunto, ha visto un tempo protagoniste le amministrazioni autonome e le aziende municipalizzate, poi gli enti pubblici economici e quindi – a seguito della c.d. “privatizzazione” attuata con il d.l. n. 333/1992 – le società di diritto privato nelle quali alcuni enti pubblici economici che esercitavano attività di in-

teresse generale in via esclusiva (Poste italiane, Ferrovie dello Stato, ecc.). dovettero trasformarsi.

Questa prima privatizzazione doveva perseguire lo scopo di togliere determinate attività, che fino ad allora erano rimaste sotto il monopolio dello Stato o di altre amministrazioni pubbliche, da quelle aree di riserva che erano state a suo tempo ritagliate a favore di tali amministrazioni. Fu però una riforma zoppa, nel senso di incompiuta, e ciò per la ragione che per adeguarsi in maniera appropriata e soddisfacente ai testé ricordati principi comunitari si sarebbe dovuto accompagnare la trasformazione anche da un'effettiva dismissione del patrimonio dei preesistenti enti pubblici economici. Nella realtà successe invece che gli enti pubblici economici si trasformarono in società di diritto privato che continuarono ad essere partecipate dallo Stato o, secondo i casi, da altri enti pubblici. Soprattutto, questo decreto legislativo, n. 333/1992, continuava comunque a prevedere la possibilità che in alcuni casi queste società potessero esercitare in via riservata le attività già svolte dagli enti pubblici economici, ed un simile assetto non poteva evidentemente ritenersi conforme e coerente con principi comunitari.

Un altro profilo di inadeguatezza di queste società pubbliche, rispetto ai sopra ricordati principi comunitari, era costituito anche dal fatto agli enti pubblici che mantenevano la partecipazione nella nuova società di diritto privato era data la possibilità di nominare i soggetti che dovevano far parte degli organi di amministrazione: permaneva, insomma, una forte interferenza di tali enti nella *governance* dell'ente, nella gestione quindi nelle decisioni e nelle scelte strategiche; tra le altre cose, la normativa di quell'epoca definiva questi poteri di *governance* in modo molto ampio. In ottemperanza ad una sentenza della Corte di Giustizia, questa normativa è stata successivamente abrogata e sostituita con altre norme che lasciano agli enti pubblici, i quali possiedano partecipazioni azionarie, la possibilità di nominare dei propri fiduciari all'interno degli organi amministrativi solo quando vengano in considerazione determinati settori particolarmente nevralgici.

Oggi come oggi dunque va ancora ricordato che con la legge n. 244/2007 l'attività delle società a partecipazione pubblica è stata vincolata al perseguimento di uno scopo pubblico, ossia è stato riconosciuto che queste società a partecipazione pubblica potessero svolgere attività d'impresa solo in funzione del perseguimento di un pubblico interesse che fosse direttamente connesso con le finalità istituzionali degli stessi enti pubblici; del resto la giurisprudenza ha riconosciuto che il fatto che queste società, benché a partecipazione pubblica e benché soggette a *governance* fossero costituite in regime di diritto privato non interferiva con i Trattati. In realtà bisogna qui precisare che per attività pubblica la giurisprudenza ha avuto modo di precisare si deve intendere non

l'attività necessariamente esercitata da soggetti pubblici ma l'attività che persegue l'interesse pubblico: da qui la possibilità che anche un soggetto di diritto privato possa esercitare un'attività finalizzata al perseguimento di un interesse pubblico. La legalità e la conformità alle norme europee di questo tipo di società è stata ed è comunque legata al fatto che questi soggetti siano stati ritenuti equivalenti alle amministrazioni pubbliche aggiudicatrici a determinati fini.

Oggi come oggi il panorama è costituito essenzialmente da società a partecipazione pubblica, di cui una sottospecie è data è costituita dalle cosiddette società strumentali: esse sono state introdotte nell'ordinamento dal d.l. n. 223/2006, il quale configura questo tipo di società come società con capitale totalmente pubblico o comunque misto, e sono costituite esplicitamente e specificamente per la produzione di beni o servizi strumentali all'ente, per il conseguimento della sua finalità istituzionale; questo vi dicevi sottolineo perché comunque. Il professor Foà, che penso vi illustrerà i punti fondamentali della riforma delle società pubbliche prevede delle norme particolari sulle società strumentali.

Io a questo punto cederei la parola, per non annoiarvi eccessivamente, al professor Foà, che illustrerà in dettaglio la riforma delle società pubbliche.

La riforma della pubblica amministrazione: le novità in tema di società a partecipazione pubblica

Sergio Foà

SOMMARIO

1. Introduzione e ambito di riferimento. – 2. Discipline speciali e esclusioni. – 3. Le partecipazioni necessarie. – 4. Le scelte organizzative. – 5. La responsabilità degli enti pubblici partecipanti. – 6. Affidamenti *in house* (sanabili) e personale.

1. Introduzione e ambito di riferimento

L'oggetto della relazione è l'esame dello «*Schema di decreto legislativo recante il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124, recante "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche"*». Il carattere di non definitività del testo di legge unito alla brevità e alla sintesi richieste dal contesto impongono di procedere ad una rapida disamina dello schema di decreto legislativo che dà attuazione alla riforma Madia sul tema delle società a partecipazione pubblica e della loro razionalizzazione.

Verranno pertanto evidenziati gli elementi più importanti dello schema di decreto legislativo, anche attraverso i rilievi che il Consiglio di Stato, in sede di parere, ha formulato sul testo medesimo e quali prospettive in questo periodo si possono avanzare su una possibile modifica dell'articolato, che effettivamente appare perfettibile sotto numerosi profili.

Il "Testo Unico" – così è stato denominato – è un decreto ambizioso perché ha la finalità di riformulare le "norme sparse" che si sono accumulate negli anni, spesso stratificandosi in leggi finanziarie, prima, o successivamente nelle leggi di stabilizzazione o in norme di legge che, a vario titolo, hanno mirato

alla razionalizzazione della spesa pubblica¹. Il quadro attuale ante-riforma è

¹ L'art. 18 della legge n. 124/2015 formula la delega di riferimento nei termini che seguono: «1. Il decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche è adottato al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza, con particolare riferimento al superamento dei regimi transitori, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi, che si aggiungono a quelli di cui all'articolo 16:

a) distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati, e individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa;

b) ai fini della razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, quale la gestione di servizi di interesse economico generale; applicazione dei principi della presente lettera anche alle partecipazioni pubbliche già in essere;

c) precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate;

d) definizione, al fine di assicurare la tutela degli interessi pubblici, la corretta gestione delle risorse e la salvaguardia dell'immagine del socio pubblico, dei requisiti e della garanzia di onorabilità dei candidati e dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società, anche al fine di garantirne l'autonomia rispetto agli enti proprietari;

e) razionalizzazione dei criteri pubblicistici per gli acquisti e il reclutamento del personale, per i vincoli alle assunzioni e le politiche retributive, finalizzati al contenimento dei costi, tenendo conto delle distinzioni di cui alla lettera a) e introducendo criteri di valutazione oggettivi, rapportati al valore anche economico dei risultati; previsione che i risultati economici positivi o negativi ottenuti assumano rilievo ai fini del compenso economico variabile degli amministratori in considerazione dell'obiettivo di migliorare la qualità del servizio offerto ai cittadini e tenuto conto della congruità della tariffa e del costo del servizio;

f) promozione della trasparenza e dell'efficienza attraverso l'unificazione, la completezza e la massima intelligibilità dei dati economico-patrimoniali e dei principali indicatori di efficienza, nonché la loro pubblicità e accessibilità;

g) attuazione dell'articolo 151, comma 8, del Testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, in materia di consolidamento delle partecipazioni nei bilanci degli enti proprietari;

h) eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo;

i) possibilità di piani di rientro per le società con bilanci in disavanzo con eventuale commissariamento;

l) regolazione dei flussi finanziari, sotto qualsiasi forma, tra amministrazione pubblica e

dato da un insieme stratificato di disposizioni che, in effetti, non danno un quadro completo della materia e che, di conseguenza, incrementano le difficoltà sul piano applicativo. Complicazioni che crescono per gli enti funzionali, se si tiene e a mente che la matrice della riforma è pensata per gli enti territoriali. Ad esempio, l'Università di Torino ha recentemente affrontato e tentato di risolvere i numerosi problemi antinomici insorti nel coniugare le diverse forme di dismissione obbligatoria in relazione alle proprie partecipazioni a società pubbliche.

La complessità della questione è in gran parte dovuta alla frammentarietà

società partecipate secondo i criteri di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private e operatore di mercato;

m) con riferimento alle società partecipate dagli enti locali:

1) per le società che gestiscono servizi strumentali e funzioni amministrative, definizione di criteri e procedure per la scelta del modello societario e per l'internalizzazione nonché di procedure, limiti e condizioni per l'assunzione, la conservazione e la razionalizzazione di partecipazioni, anche in relazione al numero dei dipendenti, al fatturato e ai risultati di gestione;

2) per le società che gestiscono servizi pubblici di interesse economico generale, individuazione di un numero massimo di esercizi con perdite di bilancio che comportino obblighi di liquidazione delle società, nonché definizione, in conformità con la disciplina dell'Unione europea, di criteri e strumenti di gestione volti ad assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico e ad evitare effetti distortivi sulla concorrenza, anche attraverso la disciplina dei contratti di servizio e delle carte dei diritti degli utenti e attraverso forme di controllo sulla gestione e sulla qualità dei servizi;

3) rafforzamento delle misure volte a garantire il raggiungimento di obiettivi di qualità, efficienza, efficacia ed economicità, anche attraverso la riduzione dell'entità e del numero delle partecipazioni e l'incentivazione dei processi di aggregazione, intervenendo sulla disciplina dei rapporti finanziari tra ente locale e società partecipate nel rispetto degli equilibri di finanza pubblica e al fine di una maggior trasparenza;

4) promozione della trasparenza mediante pubblicazione, nel sito internet degli enti locali e delle società partecipate interessati, dei dati economico-patrimoniali e di indicatori di efficienza, sulla base di modelli generali che consentano il confronto, anche ai fini del rafforzamento e della semplificazione dei processi di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle amministrazioni pubbliche partecipanti e delle società partecipate;

5) introduzione di un sistema sanzionatorio per la mancata attuazione dei principi di razionalizzazione e riduzione di cui al presente articolo, basato anche sulla riduzione dei trasferimenti dello Stato alle amministrazioni che non ottemperano alle disposizioni in materia;

6) introduzione di strumenti, anche contrattuali, volti a favorire la tutela dei livelli occupazionali nei processi di ristrutturazione e privatizzazione relativi alle società partecipate;

7) ai fini del rafforzamento del sistema dei controlli interni previsti dal Testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, revisione degli obblighi di trasparenza e di rendicontazione delle società partecipate nei confronti degli enti locali soci, attraverso specifici flussi informativi che rendano analizzabili e confrontabili i dati economici e industriali del servizio, gli obblighi di servizio pubblico imposti e gli standard di qualità, per ciascun servizio o attività svolta dalle società medesime nell'esecuzione dei compiti affidati, anche attraverso l'adozione e la predisposizione di appositi schemi di contabilità separata».

della materia ed alla difficoltà del coordinamento, anche sostanziale, tra alcune norme contenute nelle leggi finanziarie con le norme sopraggiunte negli anni successivi. Sotto il profilo della frammentarietà, quindi, c'è bisogno sicuramente di un testo che faccia chiarezza.

Il testo in commento ha l'obiettivo di fare chiarezza innanzitutto dicendo quale sia la disciplina applicabile a ciascuna delle differenti tipologie di società e con quali modalità si debba applicare. La prima finalità che il testo si prefigge è dunque quella di capire “quali” siano le norme applicabili e, soprattutto, “a chi” ovvero a quale tipologia di enti societari si applichino.

Si tratta anzitutto di una norma a carattere generale: dispone che le norme pubblicistiche che sono contenute in questo testo sono norme che regolano le società partecipate e le società controllate di pubbliche amministrazioni, mentre solo laddove queste stesse norme non siano puntualmente applicabili si applica la disciplina generale del codice civile e la disciplina contenuta nelle leggi speciali².

Questa è una prima notazione che non è stata apprezzata dal Consiglio di Stato, come evidenziato nel parere obbligatorio reso sul testo del decreto³. Il Consiglio di Stato afferma che l'espressione “leggi speciali” dovrebbe essere declinata meglio, perché un riferimento generico alle leggi speciali lascia pensare a un substrato normativo poco chiaro mentre, invece, sarebbe opportuno articolare la locuzione in norme generali del diritto pubblico e norme generali del diritto privato, del diritto commerciale, del diritto societario in senso più specifico.

2. Discipline speciali e esclusioni

Le tipologie di discipline speciali che questa normativa fa salve sono quelle dedicate ai servizi pubblici ovvero – ma occorre fare chiarezza – ai servizi di interesse generale o servizi di interesse economico generale, per utilizzare la terminologia del diritto dell'Unione Europea, secondo quanto la giurisprudenza europea ci ha insegnato. Qui timidamente il legislatore prova a circoscrivere il campo della “disciplina speciale” alle fondazioni di partecipazione ed agli enti associativi diversi dalle associazioni e dalle società. Quindi – per chiarire

² Cfr. art. 1, comma 3: «per quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e in leggi speciali».

³ Adunanza della Commissione speciale del 16 marzo 2016, parere 21 aprile 2016, n. 968/2016.

L'ambito di applicazione del Testo Unico – si tratta di una disciplina che si applica soltanto alle società partecipate ed alle controllate di cui lo stesso testo di legge dà definizione. Per il resto, là dove il testo non se ne occupa, si applicano il codice civile e le leggi o pubblicistiche “di diritto amministrativo” o “di diritto privato commerciale”, che trattano degli altri soggetti giuridici a veste societaria. Qualora invece si tratti di enti associativi che non assumono veste societaria o di fondazioni, si applica la disciplina speciale.

A margine occorre rilevare che anche in questi casi – ma la legge Madia non si è spinta a tanto – sarebbe bene avere previsto una disciplina che regolasse le fondazioni di partecipazione, che oggi la Corte dei Conti fa spesso fatica a inquadrare e spesso ne vede un utilizzo strumentalmente distorto e insincero, dissimulando le finalità proprie dello strumento societario, specie nei casi in cui lo scopo perseguito è formalmente sociale ma nasconde una gestione a rilevanza indiretta di tipo commerciale.

Un'ulteriore notazione del Consiglio di Stato riguarda il comma 6 dell'art. 1, che disciplina la modalità di esclusione che può essere disposta con l'adozione di un «*decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze o dell'organo di vertice dell'amministrazione partecipante, motivato con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, anche al fine di agevolare la quotazione ai sensi dell'art. 18, che può essere deliberata l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle disposizioni del presente decreto a singole società a partecipazione pubblica*».

La norma oggetto di attenzione è una disposizione che ricorre in tanti decreti delegati della legge Madia e consiste in una sorta di affidamento della regolazione della materia allo strumento del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, destinato a sollevare molteplici questioni sulla relativa collocazione nel sistema delle fonti. A un d.P.C.M., che verrà approvato secondo una certa sequenza procedimentale e cioè su proposta del Ministero dell'economia e delle finanze o dell'organo di vertice dell'amministrazione partecipante, è affidato il compito di “deliberare” (da notare tra l'altro l'uso improprio del termine) o meglio di decidere l'esclusione totale o parziale dall'applicazione delle disposizioni del medesimo decreto (quindi di quello di cui stiamo parlando) a singole società a partecipazione pubblica.

Sorge spontaneo domandarsi se si tratti di una delega in bianco conferita dalla legge al d.C.P.M., previa proposta del M.E.F., oppure di qualche cosa di diverso. A tal proposito occorre osservare che il comma 6 enuclea rapidamente i criteri sulla base dei quali il d.C.P.M., a cavallo tra atto normativo e atto di alta amministrazione, dovrà motivare le ragioni dell'esclusione: il riferimento

è alla misura e alla qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici ad essa connessi e al tipo di attività svolta.

Sostanzialmente il comma in questione dispone che il d.C.P.M. debba essere motivato e che la motivazione non possa che essere riferita, trattandosi di società a partecipazione pubblica, alla tipologia di partecipazione e anche alla misura della partecipazione. Il riferimento alla “misura” sollecita immediatamente un richiamo alle società prevalentemente in mano pubblica o alle società che, invece, sono in mano pubblica minoritaria, ma queste sono solo uno degli elementi su cui il d.C.P.M. dovrà motivare le ragioni di esclusione.

Il Consiglio di Stato – come era del resto prevedibile – ha argomentato che una tale scelta del legislatore collide o potenzialmente può collidere con il principio di legalità in senso sostanziale, perché il d.C.P.M., per quanto possa essere rafforzato il procedimento che precede la sua emanazione, è pur sempre un atto amministrativo o di alta amministrazione e, come nel caso di cui ci stiamo occupando, andrebbe di fatto impropriamente ad incidere sull'applicazione di una norma disposta da una fonte del diritto primaria, unica abilitata ad esercitare tale potere. Per queste ragioni quindi il Consiglio di Stato resta fortemente perplesso sull'indicazione prevista dal decreto.

È tuttavia necessario ricordare che il Consiglio di Stato è chiamato a esprimere sul testo parere obbligatorio ma non vincolante, sicché potrebbe verificarsi che il testo definitivo del decreto in esame non ne recepisca i rilievi. Così è accaduto anche con il Codice dei contratti pubblici, recentemente entrato in vigore (il 18 aprile u.s.), il d.lgs. n. 50/2016. Anche in quell'occasione il Consiglio di Stato aveva mosso numerosi rilievi allo schema predisposto dal Consiglio dei Ministri, ma questi per ragioni di tempo in gran parte non sono stati recepiti nell'emanazione definitiva del testo poi diventato decreto legislativo.

3. *Le partecipazioni necessarie*

Per rimanere aderenti all'obiettivo di enucleare alcune criticità rilevabili nello schema di decreto, senza pretesa di sistematicità nell'analisi, ci limitiamo ad evidenziare che l'art. 2 fornisce l'elenco delle definizioni terminologiche della materia. A tal proposito occorre semplicemente rilevare la presenza di una utile e agognata trasposizione all'interno del testo di legge delle voci che in passato erano affidate *tout court* alla giurisprudenza. Si riscontra – per esempio – la definizione di *controllo analogo* in caso di affidamenti *in house*, o di *controllo analogo congiunto*, allo scopo di comporre le possibili divergenze interpretative. Fino ad ora queste erano disposizioni riservate prevalen-

temente alla giurisprudenza, timidamente introdotta e recepita in alcune limitate normative di settore.

Meritano a tale proposito di essere segnalate le lett. *h)* e *i)* dell'art. 2, riportanti le definizioni di *servizi di interesse generale* e di *servizi di interesse economico generale* che attestano come, con uno sforzo notevole, il nostro legislatore abbia finalmente recepito indicazioni che la giurisprudenza dell'Unione europea fin dal 2003 ha fornito e che tendenzialmente già il libro verde aveva prospettato ai vari Stati membri.

Il successivo art. 3 dispone quali siano i tipi di società per le quali è ammessa la partecipazione pubblica. In questo caso la scelta compiuta dal legislatore è stata – per così dire – aderente al c.d. “Piano Cottarelli”, evocativo del trascorso tentativo del commissario di razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica attraverso un prospettato piano di revisione articolato e severo.

Come si ricorderà, il piano Cottarelli prevedeva sanzioni pecuniarie assai gravose qualora gli enti pubblici non avessero dismesso le partecipazioni che non rispondevano ai criteri ivi enucleati, nonché precise responsabilità in capo agli amministratori evidentemente inadempienti. Tuttavia, in sede di approvazione della legge n. 190/2014, il testo venne mitigato e la norma giuridica che ne scaturì fu una norma imperfetta, cioè una norma giuridica che non prevede sanzioni nel caso della sua violazione.

La conseguenza inevitabile fu l'*impasse* del processo di dismissione. Gli enti territoriali che comunque decisero di applicare la disposizione, procedendo ad una dismissione *ex lege (sic!)* delle proprie partecipazioni, si trovarono disarmati qualora il partner privato, o gli stessi organi societari, fossero inadempiente e non rispondessero alla decisione dell'ente pubblico partecipante.

Ora le previsioni sugli adempimenti strumentali alla razionalizzazione sono presidiati da sanzioni: l'art. 20, dedicato alla “razionalizzazione periodica” delle partecipazioni (mediante analisi annuale e piani di razionalizzazione”, prevede al comma 7 che la mancata adozione degli stessi atti comporta la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da un minimo di euro 5.000 a un massimo di euro 500.000, salvo il danno eventualmente rilevato in sede di giudizio amministrativo contabile, comminata dalla competente sezione giurisdizionale regionale della Corte dei conti.

In caso di mancata adozione dell'atto ricognitivo ovvero di mancata alienazione entro un anno dalla ricognizione, il socio pubblico non può esercitare i diritti sociali nei confronti della società e, salvo in ogni caso il potere di alienare la partecipazione, la medesima è liquidata in denaro in base ai criteri stabiliti all'art. 2437-*ter*, comma 2, e seguendo il procedimento di cui all'art. 2437-*quater* c.c. Nei casi di cui al sesto e al settimo comma dell'art. 2437-

quater c.c. ovvero in caso di estinzione della partecipazione in una società unipersonale, la società è posta in liquidazione. Gli obblighi di alienazione previsti dal testo unico valgono anche nel caso di partecipazioni societarie acquistate in conformità ad espresse previsioni normative, statali o regionali. Per l'attuazione dei provvedimenti di alienazione, il testo richiama l'art. 1, commi 613 e 614, legge n. 190/2014 e la procedura ivi prevista⁴.

La disposizione contenuta nell'art. 3 prova a dare una risposta all'esigenza di razionalizzazione indicando le tipologie societarie ammesse: «*le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata*». E quindi gli enti pubblici possono partecipare solo a società di capitali che ovviamente siano inquadrabili nelle due tipologie menzionate. A margine non si può non evidenziare, da un punto di vista stilistico, che il testo fa un uso promiscuo di avverbi: il comma in commento riporta il termine '*esclusivamente*', che ricorre numerose volte nel corpo del Testo Unico insieme all'avverbio '*strettamente*', utilizzato come (pleonastico) rafforzativo delle disposizioni espresse dal legislatore.

Peraltro il comma 1 dell'art. 3 deve essere letto in stretto coordinamento con il successivo art. 4 che delinea le *Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche*. Agli enti pubblici sono dunque consentite le partecipazioni strettamente necessarie che, sotto il profilo della tipologia, si configurino come S.p.A. oppure come S.r.l. e che tra l'altro perseguano quelle finalità che vengono ivi elencate. Innanzitutto devono essere solo quelle strettamente necessarie per il perseguimento dei propri fini istituzionali. Qui ritorna veramente *in plenum* il piano Cottarelli, di cui sovviene ricordare l'elenco, contenuto nella relazione, nel quale si enumeravano significativi esempi di partecipazioni 'improprie' perché non strumentali al perseguimento di fini istituzionali, quali prosciuttifici, cantine ed altre amenità⁵. In passato addirittura ho avuto uno studente che sosteneva che le discoteche potessero essere servizi pubblici perché servivano a finalità sociali, però se la finalità deve essere strettamente istituzionale, mi azzarderei a dire che un prosciuttificio, se non è riferito a una società che produce prosciutti e quindi non a un ente pubblico, non è "strettamente istituzionale". Con questa prescrizio-

⁴ Su cui R. CAMPORESI, *Il piano di razionalizzazione delle società partecipate locali nella legge di stabilità 2015*, in *Dir. dei serv. pubb.*, 2015.

⁵ IL PROGRAMMA DI RAZIONALIZZAZIONE DELLE PARTECIPATE LOCALI, presentato in data 7 agosto 2014 dal Commissario Straordinario per la revisione della spesa pubblica è consultabile in rete: http://revisionedellaspesa.gov.it/documenti/Programma_partecipate_locali_master_copy.pdf.

ne, dunque, la norma ha il chiaro obiettivo di sgombrare il campo, fissando il limite a un vincolo di scopo pubblico.

Il comma 2 dell'art. 4 precisa inoltre un vincolo di attività esperibili, stabilendo che le amministrazioni pubbliche possono costituire società o mantenere partecipazioni in società nei limiti sempre delle finalità strettamente istituzionali. Sono quelle di produrre servizi di interesse generale, quindi servizi pubblici. Possiamo dire, in altro senso, che le amministrazioni pubbliche possono progettare e realizzare opere pubbliche con accordi di programma tra amministrazioni pubbliche. Il riferimento riportato nella bozza di decreto è ancora al vecchio Codice dei contratti pubblici, il d.lgs. n. 163/2006, ma ora potremmo richiamare l'analoga disposizione contenuta nel nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016).

Attraverso lo strumento societario o le partecipazioni possono, inoltre, realizzare e gestire opere e servizi di interesse generale in partenariato con i privati (art. 4, comma 2, lett. c)). A tal proposito occorre un necessario rinvio e coordinamento con l'art. 17 dello stesso Testo Unico, che stabilisce che la quota di partecipazione del soggetto privato deve essere almeno pari al 30%.

Parimenti le pubbliche amministrazioni possono poi far ricorso all'autoproduzione, quindi all'*in house* (art. 4, comma 2, lett. d)) e gestire i servizi di committenza, ovvero le centrali di committenza, sostanzialmente per prestare supporto agli enti senza scopo di lucro e ad altre amministrazioni aggiudicatrici.

Vi è poi un'aggiunta (comma 3) che fa salve le società che sono costituite per valorizzare il patrimonio immobiliare: in deroga al vincolo di scopo di cui al primo comma, sono ammesse solo quelle società costituite dalle amministrazioni pubbliche finalizzate a ottimizzare e valorizzare l'utilizzo di beni immobili facenti parte del proprio patrimonio. Limitatamente a questi casi, le amministrazioni pubbliche possono mantenere forme di partecipazione in società di questo tipo, quindi per gestire e valorizzare il patrimonio.

Un punto centrale del Testo Unico è costituito dall'art. 5 che impone l'onere di motivazione analitica e definisce gli obblighi di dismissione qualora, evidentemente, non sussistano tutte le indicazioni che il legislatore pone a sostegno della permanenza o della costituzione di nuove strutture a partecipazione pubblica.

Onere di motivazione analitica e obblighi di dismissione: si tratta di una semplicissima indicazione del buon amministratore pubblico che impone nel caso di costituzione di una nuova società o di partecipazione ad una società che già esiste, anche a capitale misto, di spiegare molto bene (onere di motivazione analitica) perché l'amministrazione intenda perseguire tale scopo, in base alle indicazioni del Testo Unico. In altri termini è necessario che l'amministrazione pubblica motivi dettagliatamente, sulla base degli elementi previsti

dal decreto, perché l'attività del soggetto giuridico rientri e sia strumentale al perseguimento delle finalità testé velocemente menzionate. La motivazione si basa su due piani – come facilmente intuibile – quello finanziario e quello amministrativo. La terminologia utilizzata è forse un po' atecnica, ma chiara e dettagliata all'estremo, ed evoca l'immagine di un legislatore che, stremato, si arrende al fatto che, se il messaggio non passa, il problema non è dato dalla scarsa evidenza del testo di legge, quanto piuttosto dalla sordità del suo interlocutore.

Quindi l'analisi deve essere condotta sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, che è l'ambito della valutazione che da sempre esiste nel Regno Unito (che sta per uscire dell'Unione Europea e quindi non possiamo più citare come esempio “comunitario”) nota come *Best Value*, cioè l'analisi costi-benefici finalizzata ad evidenziare se sia meglio gestire in un modo o nell'altro un determinato servizio (*in house providing* o *contracting out*).

La norma impone la necessità di una dimostrazione *ex ante* dell'efficacia della scelta del modello di gestione, attraverso una valutazione analitica sui *pro* e sui *contro* della convenienza economico-finanziaria del modello prescelto. Ma non basta. Se tecnicamente questo tipo di analisi sulla convenienza economica e finanziaria già deve esistere negli enti territoriali e degli enti funzionali, sul piano amministrativo deve essere altresì valutata la compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Sono qui ben evidenti i termini che compongono la doppia anima del nuovo soggetto giuridico, cioè la società che funziona come operatore economico e la società che funziona come amministrazione pubblica, che è una doppia anima spesso contraddittoria perché pone commistioni e problematiche assai complesse da sciogliere, e che probabilmente neppure questo Testo Unico riuscirà a superare.

Ed ancora – ai sensi del comma 2 dell'art. 5 – dall'atto deliberativo di costituzione di società o di acquisto di partecipazioni che ogni ente dovrà adottare, motivando bene, dovrà altresì emergere la compatibilità dell'intervento finanziario evidentemente sopportato dall'ente pubblico per partecipare a queste società con le norme relative agli aiuti di Stato. Senza aprire al riguardo un fronte di esame complesso, occorre ancora sottolineare che la norma impone che l'amministrazione, nell'atto deliberativo, dia atto della compatibilità con le norme sui trasferimenti finanziari che l'ente pubblico eroga a sostegno dell'attività della società. Per tale ragione questo atto deliberativo dovrà essere inviato alla Corte dei Conti, ormai coinvolta in ogni norma istituzionale, non solo in quelle che hanno rilievo finanziario. La Corte dei Conti è diventato un

vero giudice di legittimità preventiva su gran parte dell'attività amministrativa, non solo sulle scelte strategiche dell'attività degli enti pubblici ma anche – come in questo caso – su una valutazione preventiva della scelta del modello di gestione.

Con una ingerenza notevole sulle scelte organizzative della P.a., il legislatore stabilisce che l'amministrazione, prima dell'adozione, invii lo schema di atto deliberativo alle sezioni di controllo della Corte dei Conti a seconda del livello territoriale. Successivamente, superato il vaglio della Corte dei Conti, l'atto deve essere inviato all'altra autorità che si occupa di garantire la concorrenza, quindi all'*antitrust*, ovvero all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Anche in questo caso, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se riterrà la scelta anticoncorrenziale, potrà agire in giudizio secondo le norme esistenti⁶.

4. Le scelte organizzative

L'art. 6 tratta dei *Principi fondamentali sull'amministrazione e gestione delle società a controllo pubblico*. A tal proposito basti evidenziare che lo schema di Testo Unico ingerisce fortemente sulle scelte organizzative interne dei futuri enti pubblici, società partecipate da enti pubblici, perché fornisce già un modello di organizzazione minimo necessario che ogni partecipata dovrà adottare.

Anche su questo vedremo se supererà il vaglio di eventuali censure di incostituzionalità, laddove queste scelte organizzative si sovrapporranno agli ambiti di autonomia normativa o regionale o degli enti territoriali minori. L'art. 6, infatti, dispone quali siano le scelte organizzative minime, assimilando le società partecipate o controllate alle amministrazioni pubbliche anche per quanto riguarda i codici di condotta propri nella gestione dei comportamenti imprenditoriali, alla gestione dei dipendenti e così via.

Gli artt. 7, 8 e 9 si occupano, in estrema sintesi di costituire, regolare, estinguere le società e il correlato rapporto patrimoniale con gli enti pubblici.

L'art. 7 tratta della costituzione delle società. L'art. 8 di come acquistare le partecipazioni in società. L'art. 9, con una formula sibillina, si occupa di come gestire le partecipazioni pubbliche.

⁶ F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art 21 bis della legge n. 287/1990 e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Nuovo dir. amm.*, n. 2/2012; M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis L. n. 287/90*, in *Federalismi*, n. 12/2012.

L'unica annotazione che la brevità di questo lavoro consente è la seguente. Quando nell'atto costitutivo della nuova società è prevista la partecipazione dei privati – dice l'art. 7, comma 5 – questi vanno previamente individuati mediante l'espletamento di procedure aperte oppure, nei soli casi previsti dalla legge, di procedure competitive di negoziazione (il legislatore utilizza il gergo delle nuove direttive sugli appalti e quindi dell'art. 62 del d.lgs. n. 50/2016).

L'art. 10 si occupa delle alienazioni delle partecipazioni sociali ed i principi enunciati sono “a maglie larghe”, come già è adesso rilevabile nella legislazione vigente, e sono i principi di pubblicità, trasparenza e di non discriminazione. Quindi per dismettere o alienare una partecipazione sociale, l'operazione è effettuata nel rispetto di questi tre principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione.

In casi eccezionali e a seguito di deliberazione motivata dia comunque analiticamente atto della convenienza dell'operazione – come sopra evidenziato – con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, l'alienazione potrà essere effettuata mediante negoziazione diretta, in deroga alle procedure di alienazione previste dall'art. 10.

L'articolo 11 si occupa delle varie forme di *governance* interna della società. Anche in questo caso è rilevabile una forma di forte ingerenza sui sistemi di amministrazione, che meglio potrà essere evidenziata dagli studiosi di diritto commerciale. Anche in questo caso è previsto un intervento successivo con d.P.C.M., decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, a cui viene rimessa una importante scelta sui modelli di gestione interna delle società a controllo pubblico. E poi con il futuro decreto del Ministero dell'economia e delle finanze verranno definiti gli indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi per la classificazione delle medesime società.

Il decreto del Ministero dell'economia e delle finanze ha un ruolo cruciale perché deve sostanzialmente dividere le società in mano pubblica, quelle cosiddette in controllo pubblico, secondo cinque fasce (art. 11, comma 6) che sono determinanti per il controllo finanziario e soprattutto per il rispetto dei tetti di spesa. Il riferimento è all'annoso e anche politicamente strumentalizzato dibattito sul compenso degli amministratori, sui limiti e sui tetti di spesa dei compensi degli amministratori. In futuro dunque ci saranno cinque fasce, definite in base a indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi. Resta fermo l'obiettivo della razionalizzazione, finalizzata a ridurre il numero delle società (circa 5.000 solo per gli enti locali, come si apprende dal parere del Consiglio di Stato). Peraltro un numero impressionante tra queste (circa 3.000) hanno meno di 20 “coadiutori” tra dipendenti e amministratori, cioè la grande maggioranza delle società localmente individuate è costituita da quello che il Commissario per la razionalizzazione della spesa Cottarelli chiamava il “gu-

scio vuoto”, cioè sono simulacri di enti societari che non hanno nessuno o pochissimi soggetti che vi prestano la propria attività lavorano (perché se la funzione esercitata dalla società è strettamente istituzionale e sono solo 20 le persone che ci lavorano, contando gli amministratori e i dipendenti, viene quantomeno da pensare ad un errore di valutazione).

5. La responsabilità degli enti pubblici partecipanti

Infine occorre fare almeno un cenno ad un argomento che non è per nulla secondario e che è quello della responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate.

Anche qui occorrerà un po' più di chiarezza sulla distinzione tra partecipate e controllate, perché questo è un tema su cui – almeno in logica anti-corruttiva – ancora adesso c'è una confusione notevole e la tendenza degli enti pubblici, soprattutto degli enti territoriali, è, in caso di dubbio, di classificare tutte le società come controllate anche quando il controllo non c'è.

L'art. 12 è “ungarettiano” per brevità, mentre il tema trattato è complicatissimo: quello delle responsabilità. Forse la sinteticità deriva dall'inveterato insegnamento che prevede che convenga essere succinti più il tema è complicato. E allora l'art. 12 recita: *«I componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salvo il danno erariale»*. *Summa divisio* sul riparto di giurisdizione, quindi responsabilità civile e responsabilità previste dalla disciplina ordinaria del diritto societario, salvo che ci sia danno erariale. Secondo comma: *«Costituisce danno erariale esclusivamente il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti (quindi si legga: dall'ente pubblico), ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che abbiano con dolo o colpa grave trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione»*. Questo comma è sostanzialmente un riassunto di quanto la Corte di Cassazione a sezioni riunite aveva detto in quella celebre pronuncia, su cui si fecero tanti convegni, sulla ripartizione tra giudice ordinario e giudice contabile nella valutazione del danno cagionato dagli amministratori delle società⁷.

⁷ La giurisdizione della Corte dei Conti per danno erariale può coinvolgere anche i privati che mal utilizzino le risorse pubbliche: Cass., sez. un., 19 luglio 2013, n. 17660 ha condannato

Se è un danno cagionato come soci o se è un danno cagionato, invece, come enti pubblici che, quindi, ricade sul patrimonio dell'ente pubblico partecipante. Il danno erariale è quello diretto, sostanzialmente. La Corte dei Conti legge in queste indicazioni una *deminutio* del proprio ambito di giurisdizione o quantomeno invoca chiarezza, specie a fronte della più recente giurisprudenza restrittiva della Corte di Cassazione⁸.

Questo è un altro punto su cui probabilmente ci sarà bisogno di fare chiarezza: quale è il danno diretto e quale è il danno indiretto sul patrimonio dell'ente pubblico; quand'è che è trascurato il diritto di esercizio di socio e quindi il nesso, anche ideologico, che intercorre tra questa trascuratezza, tra questa omissione e il danno patrimoniale dell'ente pubblico che vi partecipa.

E poi l'art. 14 sulla crisi d'impresa e quindi le norme sul fallimento, sul concordato preventivo ed argomenti correlati, per i quali si rinvia al dato testuale.

6. Affidamenti in house (sanabili) e personale

In conclusione ancora due rapidi cenni sull'*in house* e sul personale, due temi che da soli richiederebbero molto tempo.

L'art. 16 è quello sugli affidamenti *in house* e l'art. 19 è quello sulla gestione del personale.

L'art. 16 parla di società a controllo pubblico con affidamenti diretti di contratti. Qui il legislatore usa questa locuzione un po' articolata, mentre il Codice dei contratti pubblici ha operato una scelta decisamente diversa ed ha scritto in rubrica semplicemente "*in house*", neanche "*in house providing*". Nel testo in commento, invece, si è voluto essere più puntuali, rubricando l'articolo *Società a controllo pubblico titolari di affidamenti diretti di contratti pubblici*. Esso ci dice quand'è ammessa la partecipazione dei privati e chiaramente riporta un recepimento delle direttive europee in tema di controllo analogo, disponendo che gli statuti prevedano che almeno l'80% del fatturato

un amministratore di società che aveva ricevuto un contributo a fondo perduto a fronte del quale non aveva realizzato l'opera promessa. Così la Cassazione ha formalizzato i presupposti necessari per il riconoscimento della giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale. Nel merito, la Cassazione conferma che rientra nella giurisdizione dei magistrati contabili ogni soggetto che gestisce denaro pubblico, anche privato, in ragione del danno e degli scopi perseguiti con l'assegnazione di risorse finanziarie (Cass., sez. un., n. 1774/2013).

⁸ Cass., sez. un. ord., n. 7293/2016 riconosce che la Corte dei conti ha giurisdizione sull'azione di responsabilità degli organi sociali di una società per i danni al proprio patrimonio solo quando possa definirsi "*in house*".

della società debba essere effettuata nello svolgimento di compiti affidati dell'ente pubblico.

Ma c'è un punto dolente: cioè l'*in house* deve realizzare almeno l'80% del fatturato *a favore* degli enti pubblici che lo hanno costituito, un 20% può farlo sul mercato.

A tal proposito, in Italia c'è sempre il dubbio se sia "sanabile" oppure no il mancato rispetto del limite dell'80% del fatturato. C'è un comma 6, che il Consiglio di Stato ha censurato richiamando alla legalità sostanziale, che dice che la società può sanare le irregolarità se non rispetta l'80% di fatturato a favore degli enti pubblici, entro tre mesi dalla data in cui si è manifestato, se rinuncia a una parte di rapporti di fornitura con i soggetti terzi e quindi rientra *in house* e abbandona la tentazione del mercato, *sciogliendo* (il termine tecnico non aiuta) i rapporti contrattuali. Il termine *sciogliendo* fa pensare di nuovo al dismettere *ex lege* di cui accennammo sopra. Ma in questo caso è ancora peggio sotto il profilo della gestione amministrativa dello 'scioglimento' da parte dell'ente pubblico e della società che deve deliberare. Certamente, sciogliendo i relativi rapporti, le attività precedentemente affidate alla società controllate dovranno essere riaffidate dall'ente o degli enti pubblici soci mediante procedure competitive, entro sei mesi successivi. Qui, però, non resta che la resa. Sostanzialmente, dopo aver propugnato sin dall'inizio i principi di efficienza, di economicità, ma soprattutto di legalità sostanziale, si ammette *ex lege* il condono dell'*in house* "in deroga", perché adesso si chiamerà così una *in house* al di là dei limiti sanciti dalle direttive dell'Unione, purché si rimetta in linea con gli obblighi di evidenza pubblica, nei sei mesi successivi. Tra l'altro questa operazione, che prevede una tempistica di tre mesi più sei mesi, porta via nove mesi di tempo per rispettare e reintegrare la legalità violata, ammesso che sia un modo di riparazione in forma specifica. Peraltro non è prevista una forma specifica per reintegrare il diritto violato e l'Unione Europea potrebbe avanzare dei rilievi su una prescrizione che si discosta dalle disposizioni sovranazionali.

Da ultimo un breve cenno sul personale (art. 19). Nella prospettiva della razionalizzazione delle società, resta vivo il problema della ricollocazione del personale eccedente. Secondo l'art. 19, comma 8 quando le amministrazioni reinternalizzano le funzioni di servizi prima affidati alle società "sciolte", dovranno riassorbire esse stesse le unità di personale, già dipendenti a tempo indeterminato, mediante l'utilizzo delle procedure di mobilità. Tuttavia il riassorbimento del personale può essere disposto nei limiti dei posti vacanti nell'organico delle amministrazioni interessate e nell'ambito, ovviamente, delle facoltà assunzionali disponibili. Posto che le facoltà assunzionali sono, da ultimo, assai limitate e che questo personale ha un diritto di essere riassorbito,

sussiste da un lato il limite finanziario e dall'altro l'ulteriore limite del previo esperimento del concorso pubblico, perché anche la Corte dei Conti ha iniziato richiamare il principio costituzionale che dice che gli enti pubblici, per acquisire personale dall'esterno (e questo personale è esterno perché appartiene ad enti formalmente ed anche giuridicamente distinti) deve fare un concorso pubblico. Quale sarà la soluzione che potrà conciliare entrambe le esigenze non è allo stato prevedibile.

La legge delega n. 124/2015 e le novità sul rapporto di lavoro

Giovanna Pacchiana Parravicini

La legge delega 7 agosto 2015, n. 124, rubricata deleghe al governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni, dà mandato all'Esecutivo di emanare una serie di decreti (anche) su numerosi aspetti della disciplina del lavoro pubblico¹ che vanno dalla modifica della normativa in tema di dirigenza pubblica (art. 11), alla promozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro nella pubblica amministrazione (art. 14 – che per la verità non necessita di decreti attuativi bensì di misure organizzative da adottarsi dalla pubblica amministrazione entro il termine di tre anni) al riordino di numerosi aspetti della disciplina del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione (art. 17).

Nonostante l'ampiezza delle materie delegate e sebbene la delega stia per compiere un anno, ad oggi è stato emesso un solo decreto, il decreto 20 giugno 2016, n. 116, a tutti noto come il decreto “furbetti del cartellino”² che attua, per la verità in maniera del tutto parziale, quanto previsto dall'art. 17, lett. s) e cioè l'invito ad introdurre «*norme in materia di responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti finalizzate ad accelerare e rendere concreto e certo nei tempi di espletamento e di conclusione l'esercizio dell'azione disciplinare*».

Nessuna delle altre deleghe contenute agli artt. 11 e 17 della legge n. 124/2015 è stata ad oggi esercitata.

Peraltro, se è vero che per i decreti di cui all'art. 17 il Governo ha a disposizione ancora circa 6 mesi (la delega prevede, infatti, che i decreti vengano emanati entro 18 mesi dalla sua entrata in vigore), pare difficile un intervento sulla dirigenza pubblica, atteso che la relativa delega, dovendo esser esercitata nei 12 mesi successivi all'emanazione della legge, sta per scadere.

¹ Uso per il momento questa accezione atecnica ed omnicomprensiva, riservando al prosieguo i necessari *distinguo*.

² Per un commento “a caldo” ancora sullo schema di decreto cfr. M. MENEGOTTO, L. PELUSI, *Prime note a caldo sul decreto contro i furbetti del cartellino*, in *Bollettino Adapt*, 1° febbraio 2016.

Alla luce della (ad oggi) molto parziale attuazione della delega, la normativa si presta al momento, più che ad un esame del dettaglio della disciplina, ad una valutazione volta a cogliere il segno del nuovo intervento del legislatore in tema di rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione.

Per farlo è allora necessario un breve passo indietro che illustri lo *status* quo della disciplina del rapporto di lavoro pubblico sulla quale dovrebbero innestarsi le nuove norme sollecitate dal legislatore.

È a tutti noto che a partire dagli anni '90, con la legge delega n. 421/1992, il legislatore, sulla spinta della dottrina giuslavoristica³ ed in una prospettiva volta a cercare l'efficienza della pubblica amministrazione, abbandona la concezione autoritaria e paternalistica del rapporto di pubblico impiego (il procedimento disciplinare legato all'etica, al decoro del pubblico dipendente più che all'efficienza) per ricondurre tale rapporto ad un rapporto di tipo privatistico in cui la pubblica amministrazione datore di lavoro non è più in posizione di supremazia ma agisce alla stregua di un datore di lavoro privato, in un'ottica manageriale che dovrebbe, nel disegno del legislatore, garantire, appunto, una maggiore efficienza.

Segnale emblematico di tale mutamento è il passaggio dall'atto di nomina del pubblico dipendente alla sua assunzione tramite contratto, laddove il contratto è uno strumento, che, come a tutti noto, individua una posizione paritaria tra i contraenti.

Si innesca così un processo di assimilazione della disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione con quella del rapporto di lavoro privato comunemente indicato come "privatizzazione del pubblico impiego"⁴.

In realtà tale processo coinvolge solo alcuni dipendenti della pubblica amministrazione: ne sono esclusi sin dall'emanazione del d.lgs. n. 29/1993, delegato dalla legge n. 421/1992, i rapporti di lavoro dei magistrati, degli avvocati dello stato, del personale militare e delle forze di polizia, dei professori e ricercatori universitari nonché degli altri soggetti originariamente elencati all'art. 2, commi 4 e 5, d.lgs. n. 29/2003 ed oggi identificati come "personale in regime di diritto pubblico" dall'art. 3 del Testo Unico n. 165/2001.

All'interno dei soggetti ricondotti nell'alveo dell'impiego privato la legge

³ Si veda già M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1978.

⁴ Si fa rinvio a F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro, il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 2016, 559 ed alle indicazioni bibliografiche ivi contenute.

distingue, invece, la categoria dei dirigenti⁵, destinataria di norme specifiche anche oggi oggetto di delega separata.

Dunque, un processo di parziale omologazione che esclude alcune categorie di soggetti – il cui rapporto continua ad essere regolato dai rispettivi ordinamenti e che la legge identifica come “titolari di un rapporto di pubblico impiego” – da coloro che – identificati come soggetti “alle dipendenze della pubblica amministrazione” – passano, invece, all’area privatistica.

Senza potere (per evidenti ragioni di spazio) né volere (non essendo questo il tema dell’intervento) dare conto del cammino percorso dalla disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione dal 1993 ad oggi⁶, pare utile ricordare che esso ha preso le mosse dalla (afferzata) volontà di ricondurre il rapporto alle dipendenze della pubblica amministrazione sotto la disciplina prevista dal codice civile e dalla leggi in tema di rapporto di lavoro privato, in un sistema che, almeno originariamente, vedeva la contrattazione collettiva come elemento portante della costruzione della disciplina del rapporto. Disponeva, infatti, l’art. 2, comma 2, d.lgs. n. 29/1993 che «*I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto. Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario*».

Peraltro fin da subito è stato chiaro che tale processo non avrebbe potuto portare ad una perfetta omologazione della disciplina dei due rapporti, esistendo delle aree del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione che necessariamente richiedono una disciplina speciale (così, fin da subito, le disposizioni in tema di assunzione, attribuzione di mansioni e progressione di carriera, “necessitate” dal vincolo di cui all’art 97 Cost. e

⁵ Si veda in proposito A. BOSCATI, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, Giuffrè, Milano, 2006 nonché AA.VV., *La nuova disciplina della dirigenza pubblica*, in *Giur. it.*, 2010, 2697.

⁶ Si rinvia agli scritti, tra i tanti, di A. BOSCATI, *La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, in *WPCSDLE Massimo D’Antona*, 228/2014; P. CERBO, *L’organizzazione dei pubblici uffici in forma privatistica a vent’anni dalla privatizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, I, 330; A. TAMPIERI, *Il declino della “privatizzazione” del pubblico impiego*, in *Mass. giur. lav.*, 2016, 268.

quindi dall'esigenza di garantire, tramite concorso, il buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione).

La disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione ha trovato una sua regolamentazione organica nel Testo Unico 30 marzo 2001, n. 165⁷ che ancora oggi costituisce il riferimento normativo in materia pur avendo subito reiterati interventi modificativi, taluni dei quali anche molto significativi. Si può, cioè, affermare che il Testo Unico n. 165/2001 che oggi vige è per molti aspetti, non solo di regolamentazione di dettaglio, ma di opzioni di politica legislativa, sensibilmente diverso da quello originario. Ne è un esempio la novella apportata dalla legge 4 marzo 2009, n. 15 che segna una svolta rispetto al passato soprattutto, per il discorso che ci interessa, quanto al ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del rapporto di lavoro.

Ed infatti, alla previsione originaria contenuta nell'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 29/1993 e poi trasferita nell'art. 2, comma 2, Testo Unico n. 165/2001 per cui il contratto collettivo poteva derogare norme di legge, regolamento o statuto dettate esclusivamente per regolare il rapporto dei dipendenti della amministrazioni pubbliche, salvo che la legge disponesse diversamente, l'art. 1, comma 1, legge 4 marzo 2009, n. 15, ha sostituito la previsione per cui «*Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge*». Di fatto un'inversione di rotta di 180 gradi: a partire dal 2009 l'area di intervento della contrattazione collettiva – che prima, quando si trattava di disciplina dei soli pubblici dipendenti, era sovrana salvo espresse esclusioni – si riduce alle sole materie individuate dalla legge che, al contrario, si riappropria del ruolo di attore principale nella scrittura della disciplina del rapporto di impiego alle dipendenze della pubblica amministrazione. La netta inversione di ruoli tra le fonti del rapporto di lavoro dei dipendenti della pubblica amministrazione è accompagnata da una progressiva erosione delle materie lasciate alla disciplina privatistica: sempre più spesso, infatti, il legislatore interviene per dettare una disciplina speciale per i rapporti di lavoro dei soli dipendenti della pubblica amministrazione, come tale sottratta all'intervento della contrattazione collettiva se non delegata.

Si arriva, infine, alla legge 7 agosto 2015, n. 124⁸ che, come già ricordato,

⁷ Su cui AA.VV., *Il testo unico del pubblico impiego*, in *LPA*, 2001, suppl. 2.

⁸ Per una prima disamina e valutazione della legge si rinvia a M. BARBIERI, A. BELLAVI-

delega il Governo ad intervenire in materia di dirigenza pubblica e rapporto di lavoro dei dipendenti della pubblica amministrazione. Pochissime norme riguardano, invece, il personale in regime di diritto pubblico che mantiene così la sua veste di rapporto di lavoro speciale.

Il prospettato intervento autorizza due interrogativi di fondo. Il primo riguarda il ruolo che la legge delega assegna alla contrattazione collettiva nella modulazione della disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

La domanda può a prima vista apparire ingiustificata atteso che la legge delega non contiene alcun riferimento alle fonti del rapporto, non auspica, cioè, alcun intervento su quel tema.

Resta, di conseguenza, la regola introdotta dalla legge 4 marzo 2009 n. 15 per cui il rapporto di pubblico impiego privatizzato è soggetto alle norme del codice civile ed alle regole sul rapporto di lavoro privatistico e laddove, invece, è disciplinato da norme dettate solo per i pubblici dipendenti privatizzati non può essere diversamente disciplinato dalla contrattazione collettiva, salvo espressa previsione in tal senso da parte della legge. Il silenzio del legislatore rispetto al sistema delle fonti non è in realtà neutro come sembrerebbe perché se è vero che il legislatore nulla dice sul punto, è altrettanto vero che l'ampiezza delle materie su cui il Governo è delegato ad intervenire, dettando norme per i soli dipendenti della pubblica amministrazione, autorizza la costruzione di una vera e propria "cittadella" riservata a quei lavoratori e disciplinata dalla legge e così intacca sensibilmente il ruolo della contrattazione collettiva. Infatti, se si tiene conto del fatto che una cospicua parte della disciplina del rapporto era già in precedenza disciplinata da norme destinate esclusivamente a coloro che dipendono dalla pubblica amministrazione (assunzione, progressione di carriera e, dopo la riforma Brunetta del 2009, mobilità e trasferimenti ed esercizio del potere disciplinare) e che la legge n. 124/2015 delega al Go-

STA, *Introduzione: una riforma senz'anima*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, 473 nonché, *ivi*, gli scritti di G. D'AURIA, *La riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni nella legge Madia*, 479, L. ZOPPOLI, *Alla ricerca di una riforma della dirigenza pubblica: reclutamento e incarichi tra confusione e rilegificazione*, 517, F. BORGOGELLI, *La fatica di Sisifo: la ricerca delle regole sulla valutazione e sulla responsabilità della dirigenza pubblica*, 533, A. GARILLI, *Continuità e discontinuità della disciplina del trasferimento del personale*, 551, T. VETTOR, *Reclutamento e modernizzazione dell'impiego pubblico*, 573 e M. D'ONGHIA, *La formazione dei dipendenti pubblici ancora cenerentola tra esigenze di razionalizzazione e contenimento della spesa*, 585; si veda anche G. PELLACANI, *La legge delega per la riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche e il futuro del lavoro*, in *Il sole 24 ore Plus approfondimenti* nonché G. D'ALESSIO, *La nuova disciplina della dirigenza nel disegno di legge sulla riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in *LPA*, 2015, 1.

verno di dettare per i soli dipendenti della pubblica amministrazione norme su ulteriori rilevanti aspetti della disciplina del rapporto, appare evidente che, ove la delega venisse compiutamente esercitata, il Governo introdurrebbe una disciplina dettata solo per la pubblica amministrazione che coprirebbe pressoché tutte le tematiche legate al rapporto di lavoro. Con la conseguenza che, rimasta invariata la norma sulle fonti contenuta nell'art. 2, comma 2, Testo Unico n. 165/2001, sostanzialmente la contrattazione collettiva sarebbe esclusa dalla disciplina del rapporto ovvero relegata ai soli ambiti "ottriati" dalla legge.

La seconda domanda che la legge delega stimola riguarda il processo di assimilazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione con il rapporto di lavoro privatistico. Ci si può chiedere, cioè, se la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego passa ancora, come nel progetto iniziale, attraverso l'assimilazione della disciplina ovvero se, ricondotto nell'alveo del diritto dei contratti, il rapporto alle dipendenze della pubblica amministrazione non è però più destinato ad omologarsi con quello dei dipendenti dei datori di lavoro privato. In altre parole, se si possa ora parlare di due rapporti che condividono la genesi, il contratto di assunzione, ma poi sono destinati a separarsi e seguire strade diverse.

Anche rispetto a questo secondo interrogativo mi pare che l'ampiezza della legge non lasci molti dubbi sulle intenzioni del legislatore. Appare al proposito già sintomatico quanto disposto dall'art. 11 che invita il Governo ad emanare una serie di decreti in tema di dirigenza pubblica, dirigenza il cui rapporto resta quindi compiutamente regolato dalle disposizioni di legge. Confrontato con il rapporto di lavoro di diritto privato la differenza tra le due discipline è evidente: continua ad essere dettagliatamente regolata la prima mentre l'omologa figura privatistica si caratterizza per una sostanziale anomia. A riprova della profonda diversificazione tra le due discipline vale la tutela da licenziamento illegittimo di cui il dirigente privato è privo, salva previsione da parte della contrattazione collettiva, a fronte di un dirigente pubblico che gode della tutela di cui all'art. 18 Stat. lav.⁹

Ma l'interrogativo appare ancora più legittimo alla luce dei 21 punti di cui si compone l'art. 17 della delega e che investono il Governo del riordino della disciplina in tema di rapporto di lavoro da attuarsi entro 18 mesi dall'entrata in

⁹ Cfr. Cass. lav. 13 giugno 2012, n. 9651, Cass. lav. 18 dicembre 2012, n. 23330 entrambe in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 424 con nota di A. DONINI, *La tutela reintegratoria a favore del dirigente pubblico tra interpretazioni formalistiche e valorizzazione dell'interesse pubblico*. In dottrina si veda anche P. TOSI, *Dirigenze pubbliche e private*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 59 nonché F. CARINCI, *Simbologia e realtà di un gemellaggio: il dirigente privato e il dirigente pubblico privatizzato*, in *QDLRI*, 2009, 12.

vigore della legge. I temi su cui il governo può legiferare spaziano dal riordino delle procedure concorsuali con la valorizzazione di alcuni aspetti (tra cui per esempio il fatto che un singolo soggetto abbia già collaborato con la pubblica amministrazione con forme di lavoro flessibile¹⁰, alla delega su programmazione e contenimento delle assunzioni, a quella, non nuova perché in tal senso si era già mossa la c.d. riforma Brunetta, sulla verifica dell'uso delle prerogative sindacali e la misura delle performance, a quella in tema di rilevazione delle competenze, accertamento delle assenze dal servizio, trattamento dei disabili, lavoro flessibile, responsabilità disciplinare.

Come anticipato in apertura ad oggi è stato emanato un solo decreto, il decreto 20 giugno 2016, n. 116 che esercita la delega di cui alla lett. s) dell'art. 17, norma che prevede che il Governo introduca una disciplina regolamentare sulle procedure per rendere il procedimento disciplinare più snello e più certo. Il decreto del 20 giugno introduce in effetti una nuova procedura disciplinare che però circoscrive ad un'ipotesi molto limitata, quella della falsa attestazione della presenza in servizio, fattispecie che il legislatore delegato ritiene configurata ogni volta in cui mediante l'alterazione di sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente si fa risultare in servizio un dipendente o comunque si trae in inganno l'amministrazione circa il rispetto dell'orario di lavoro. Occorre, subito, ricordare che la falsa attestazione della presenza in servizio, quale ipotesi tipicizzata di giusta causa di licenziamento, era già prevista dall'art. 55-*quater* Testo Unico n. 165/2001. Alla previsione già esistente e che resta inalterata, il legislatore delegato aggiunge un comma 1 bis nel quale prevede che «*costituisce falsa attestazione della presenza in servizio qualunque modalità fraudolenta posta in essere, anche avvalendosi di terzi, per far risultare il dipendente in servizio o trarre in inganno l'amministrazione presso la quale il dipendente presta attività lavorativa circa il rispetto dell'orario di lavoro dello stesso*». La norma, dunque, punisce non il fatto in sé della mancata presenza o del ritardo (lo stesso art. 55 prevede che per licenziare il lavoratore ingiustificatamente assente ci vogliono 3 giorni di assenza) ma l'uso di uno strumento fraudolento per dimostrare la presenza in servizio o il rispetto dell'orario di lavoro. Rispetto a quest'ultima condotta (falsa attestazione dell'avvenuto rispetto dell'orario di lavoro) ci si può domandare se il legislatore non abbia operato un'estensione della fattispecie rispetto a quella originariamente prevista dall'art. 55-*quater*, lett. a) in cui non vi era un riferi-

¹⁰ Su cui resta il dubbio interpretativo se la norma si riferisca solo a contratti di lavoro subordinato flessibili, cioè contratti a termine o se coinvolga anche tutta quella platea di collaboratori coordinati e continuativi della pubblica amministrazione che certamente meritano di essere presi in considerazione.

mento al rispetto dell'orario di lavoro. Sempre in tema di fattispecie occorre anche segnalare che il legislatore delegante espressamente prevede che venga sanzionato non solo il dipendente che attesta falsamente di essere in servizio o di aver rispettato l'orario di lavoro, ma anche chi, con la sua condotta attiva o omissiva, agevola la condotta fraudolenta del dipendente. Cadono, dunque, nel perimetro di applicazione del decreto sia il dipendente che ha beneficiato della falsa attestazione che il collega che in qualunque modo agevolato tale condotta. Rimarcato l'intento evidentemente dissuasivo che le disposizioni in oggetto manifestano, occorre però domandarsi se l'estensione soggettiva e oggettiva operata dal legislatore delegato non renda la disposizione in oggetto viziata da eccesso di delega dal momento che la lett. s) dell'art. 17 è volta ad introdurre misure procedurali finalizzate ad accelerare e rendere certo nei tempi di espletamento e di conclusione il procedimento disciplinare e non, invece, norme sostanziali/definitorie dell'illecito disciplinarmente rilevante.

Nel caso in cui si verifichi la fattispecie "falsa attestazione" ed essa sia accertata in flagranza oppure mediante strumenti di sorveglianza o registrazione degli accessi o delle presenze, la pubblica amministrazione deve porre in essere lo speciale procedimento neo introdotto dal decreto n. 116/2016 che prevede che se il responsabile della struttura, dell'ufficio presso cui opera il dipendente o il responsabile dell'ufficio disciplinare viene a conoscenza della fraudolenta falsa attestazione immediatamente, e comunque entro le successive 48 ore, deve sospendere cautelativamente il lavoratore dal servizio e dalla retribuzione senza sentirlo a sua difesa. Si tratta, dunque, di una sospensione cautelare immediata ma soprattutto si tratta di un obbligo e non una mera facoltà della pubblica amministrazione. Contestualmente alla sospensione, deve essere redatta ed inviata al lavoratore una contestazione disciplinare del fatto. Si apre a questo punto il nuovo procedimento disciplinare disegnato dal decreto 116 che prevede che il lavoratore venga chiamato a sua difesa con un preavviso di 15 giorni, possa essere assistito da un avvocato o da un rappresentante sindacale, possa chiedere di differire la convocazione soltanto se assolutamente impossibilitato a presenziare. La conclusione del procedimento deve avvenire entro 30 giorni dall'inizio, quindi dalla contestazione; non solo ma il responsabile dell'ufficio nei 15 giorni da quando il procedimento è iniziato, quindi da quando ha fatto la contestazione, deve anche denunciare al pubblico ministero e alla Procura regionale della Corte dei Conti la condotta.

Altra novità contenuta nel decreto riguarda l'espressa previsione, chiaramente finalizzata a non lasciare "buchi nelle rete" in cui il Governo vuole intrappolati "i furbetti", per cui l'inosservanza di tutti i termini che sono stati previsti dal decreto (contestazione entro 48 ore, 15 giorni a difesa, la conclusione del procedimento nei 30 giorni) non comporta né l'inefficacia della so-

sospensione cautelare, né la decadenza dell'azione disciplinare né la illegittimità della sanzione. La previsione contenuta nel decreto del 2016 si stacca nettamente dalla disciplina generale del *55-bis* dove invece nel mancato rispetto dei termini aveva comporta l'inefficacia della sospensione cautelare, né la decadenza dell'azione disciplinare né la illegittimità della sanzione. L'altra novità di rilievo è che il titolare dell'ufficio ha l'obbligo di aprire il procedimento disciplinare e la sua inerzia, salvo giustificato motivo, è sanzionata con il licenziamento a fronte della previsione generale dell'art. *55-sexies* della possibilità di applicare la mera sospensione. Quanto alle conseguenze della falsa attestazione, essa comporta il licenziamento senza preavviso come previsto dall'art. *55-quater*, oltre alla responsabilità penale nonché al danno patrimoniale perché ovviamente il lavoratore che attesta di essere in servizio reca anche un danno patrimoniale all'amministrazione che è presente e in realtà lo paga mentre non sta lavorando e poi anche un risarcimento del danno all'immagine calcolato come minimo in sei mensilità della retribuzione di quel dipendente.

Occorre, infine, ricordare che le disposizioni di cui al decreto 116 si applicano per gli illeciti commessi dopo la sua entrata in vigore e quindi dal 13 di luglio, essendo il decreto andato in Gazzetta Ufficiale il 28 giugno.

Come la sintetica esposizione della disciplina evidenzia il nocciolo del decreto sta nell'aver designato un procedimento sicuramente più celere di quello di cui all'art. *55-bis*, che però ha una serie di evidenti limiti, il primo dei quali costituito dalle ristrette ipotesi cui può essere applicato: il decreto 116, infatti, si applica solo alle ipotesi di falsa attestazione, che è una delle sei fattispecie tipiche di giusta causa prevista dall'art. *55-quater*, e solo quando la condotta viene accertata in flagranza o attraverso sistemi di controllo e sorveglianza, e quindi in maniera pressoché inconfutabile.

A ciò si aggiunga che i sistemi di controllo a distanza continuano, dopo la legge n. 151/2015, art. 23, ad esser soggetti a grosse restrizioni e quindi non appare così agevole la verifica che sola autorizza il ricorso al procedimento introdotto.

Da ultimo non si può non rilevare che, se paragonato a quanto avviene nell'impiego privato – ove il dipendente in odore di licenziamento per giusta causa può essere sospeso cautelativamente per volontà delle stesse parti sociali che in molti contratti collettivi prevedono la sospensione cautelare del dipendente che ha commesso un fatto che sia passibile di licenziamento per giusta causa – il risultato dell'intervento pare davvero di poco momento.

Si deve allora concludere che la montagna ha partorito un topolino ad alto impatto mediatico ma a limitato contenuto precettivo. Infatti, se è certamente apprezzabile un intervento volto ad accelerare il procedimento disciplinare, desta, però, non poche perplessità la portata molto limitata dell'intervento,

specie se si considera che l'art. 55-*quater* contiene altre ipotesi connotate da particolare gravità quali la reiterazione di gravi condotte aggressive o moleste, ingiuriose o le falsità documentali, che altrettanto meriterebbero un procedimento accelerato che il decreto n. 116 riserva alla falsa attestazione della presenza in servizio.

Restando in tema di provvedimenti disciplinari non si può non rilevare che né la legge delega né, quindi, il decreto delegato, affrontano una delle questioni più dibattute in tema di impiego alle dipendenze della pubblica amministrazione e cioè il tema delle conseguenze sanzionatorie dal licenziamento illegittimo. È a tutti noto che all'indomani dell'emanazione della n. 92/2012, c.d. legge Fornero, e della riforma dell'art. 18 Stat. lav. ivi contenuta, si è aperto un dibattito in dottrina ed in giurisprudenza sull'applicabilità dell'articolo 18 Stat. lav. riformato ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni. Il dibattito ha visto due fronti contrapposti. Da una parte chi sosteneva e sostiene che il rapporto alle dipendenze della pubblica amministrazione resta soggetto alla tutela reintegratoria piena di cui al testo originario dell'art. 18 Stat. lav. dal momento che l'art. 1 della legge n. 92/2012, dopo aver sancito al comma 7 che *«Le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in coerenza con quanto disposto dall'articolo 2, comma 2, del medesimo decreto legislativo. Restano ferme le previsioni di cui all'articolo 3 del medesimo decreto legislativo»* al comma 8 chiarisce che *«Al fine dell'applicazione del comma 7 il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche»*, così, almeno secondo taluni, differendo all'intervento di armonizzazione da parte del Ministero della pubblica amministrazione l'applicazione al rapporto dei dipendenti della pubblica amministrazione della legge Fornero e quindi, in particolare, della norma statutaria novellata¹¹. Dall'altra chi, invece, in forza del rinvio "mobile" contenuto nell'art. 51, comma 2, Testo Unico n. 165/2001 alla legge 20 maggio 1970, n. 300 *«e successive modificazioni ed integrazioni»* ritiene applicabile a quel rapporto le nuove, articolate, tutele contenute

¹¹ F. CARINCI, *Art. 18 St. Lav.: per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *LPA*, 2012, 247.

nell'art. 18 novellato¹². Il legislatore del 2015 non ha, però, sentito l'esigenza di dare indicazioni circa la tutela applicabile né di rinviare al Governo anche tale questione e ciò nonostante la stessa legge Fornero, art. 1, comma 8, contenga un invito al Ministro per la pubblica amministrazione ad armonizzare la neointrodotta disciplina, con ciò dimostrando la consapevolezza dell'esistenza quanto meno di un profilo problematico nella completa omologazione tra le discipline. Della questione si è, invece, fatta carico la giurisprudenza della Suprema Corte¹³ che ad oggi ha emanato due decisioni di segno opposto: con una sentenza 25 novembre 2015, n. 24157¹⁴, la Suprema Corte ha affermato che l'art. 18 Stat. lav. riformato si applica anche ai lavoratori alle dipendenze della pubblica amministrazione i quali, dunque, in caso di licenziamento illegittimo non avranno più la certezza di essere reintegrati, come in passato. Nel giugno del 2016 la Suprema Corte è però tornata sull'argomento con la decisione 9 giugno 2016, n. 11868 con la quale il giudice di legittimità ha affermato che la tutela il lavoratore pubblico illegittimamente licenziato è e resta quello alla tutela reintegratoria piena di cui all'art. 18 vecchia formulazione, a prescindere dal vizio dal quale è affetto il recesso. Ha ritenuto in particolare la Corte che sia le finalità sottese alla legge n. 92/2012, chiaramente rivolta a accogliere le istanze che arrivano dall'impresa privata, sia il fatto che la modulazione delle tutele contenute nel nuovo art. 18 Stat. lav. è pensata per vizi da cui può esser affetto il solo licenziamento dei dipendenti privati, sia, infine, i tratti di specialità del rapporto di lavoro pubblico, inducano a concludere che il rinvio operato dall'art. 51, Testo Unico n. 165/2001 debba intendersi quale rinvio al rimedio sanzionatorio pieno (tutela reintegratoria) e dunque che esso rinvio si debba intendere all'art. 18 Stat. lav. "cristallizzato" nella sua vecchia formulazione. Per quanto le motivazioni della decisione del 2016 appaiano serie, perché fondate su una altrettanto convincente ricostruzione della disciplina

¹² Trib. Bari, 14 gennaio 2013, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 410 che si pronuncia a favore dell'applicazione della norma riformata con nota adesiva di R. DEL PUNTA, *Sull'applicazione del nuovo art. 18 al rapporto di lavoro pubblico* nonché, sempre nel senso dell'applicabilità del nuovo art. 18 al licenziamento del dipendente pubblico Trib. Santa Maria Capua Vetere, 2 aprile 2013, in *Riv. giur. lav.*, 2013, II, 662 con nota di A. OLIVIERI, *Art. 18 Stat. Lav. e lavoro pubblico: una parziale applicazione della norma statutaria?*. In senso favorevole all'applicazione dell'art. 18 St. lav. novellato cfr. anche E.M. BARBIERI, *Sulla tutela del dipendente pubblico illegittimamente licenziato*, in *Mass. giur. lav.*, 2015, 334.

¹³ Oltre ad alcune decisioni di merito tra cui quelle già citate alla nota che precede.

¹⁴ Cass. lav. 25 novembre 2015, n. 24157, in *Mass. giur. lav.*, 2016, 141 con nota di A. VALLEBONA, *Licenziamento dei dipendenti pubblici: tutela reale o indennitaria*, *ivi*, 143 e di C. PISANI, *Le conseguenze del licenziamento disciplinare illegittimo per violazioni procedurali nel lavoro pubblico e privato*, *ivi*, 144

e della specialità del rapporto alle dipendenze della pubblica amministrazione, non si può negare che la soluzione cui la decisione del 2016 approda, e cioè di fatto “resuscitare” una norma, l’art. 18 Stat. lav. vecchia formulazione, che nel nostro ordinamento non esiste più, appare quantomeno discutibile. Ciò che rende ancora più ingiustificato il silenzio del legislatore sul punto.

Tornando alla legge 124, altro tema oggetto di delega al Governo è quello della disciplina del lavoro flessibile: al Governo delegato ad introdurre una disciplina in materia il legislatore chiede di individuare delle limitate fattispecie tassative di lavoro flessibile che tengano conto delle peculiarità del rapporto alle dipendenze della pubblica amministrazione con la finalità di contrastare il precariato. Sulla necessità della delega può sorgere qualche perplessità legata al fatto che il nostro ordinamento contiene già una disciplina del lavoro flessibile dettata appositamente per il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione dall’art. 36 del Testo Unico n. 165/2001 che, in estrema sintesi, prevede che il ricorso a forme flessibili di lavoro possa avvenire solo per esigenze temporanee eccezionali e che le forme flessibili siano per quelle previste dalla contrattazione collettiva. Se così è, l’invito all’esecutivo a legiferare in materia autorizza a pensare che il legislatore voglia introdurre una disciplina difforme da quella attuale e quindi forse che attraverso la delega di cui alla lettera o) dell’art. 17 il legislatore voglia passare al Governo il compito di individuare delle forme tassative di lavoro flessibile così di fatto esautorando il contratto collettivo dal ruolo attribuitogli dall’attuale art. 36, Testo Unico n. 165/2001.

La sintetica panoramica sui contenuti della legge delega consente due conclusioni. La prima che, al di là del momento genetico comune, il contratto, il legislatore ha ormai intrapreso una strada che porta a costruire una disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione autonoma e separata da quella dettata per il rapporto di lavoro di stampo privatistico. Cambiando, dunque, rotta rispetto a quella indicata nel 1993, la riconduzione del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione all’interno del diritto privato non avviene più attraverso un processo di assimilazione delle discipline. La seconda, che è consequenziale alla prima, stante la più volte richiamata disposizione di cui all’art. 2, comma 2, Testo Unico n. 165/2001, è che nella costruzione della disciplina del rapporto di pubblico impiego la contrattazione collettiva perde, a tutto favore della legge, il ruolo centrale che originariamente aveva.

Tale conclusione non appare scalfita dal fatto che l’art. 17 prevede che il Governo emani i decreti «sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative». Quest’ultimo inciso non può, infatti, far pensare che il sindacato recuperi qui quanto perde dal combinato disposto dello stesso art. 17

con l'art. 2, comma 2, Testo Unico n. 165/2001 e quindi dall'ampia delega all'introdurre per legge una disciplina dettata specificamente per il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione. È, infatti, evidente che, stante il ruolo meramente consultivo che l'art. 17 attribuisce al sindacato maggiormente rappresentativo, privo di alcun potere di veto e/o indirizzo, non si può certo affermare che la previa consultazione del sindacato compensi l'ampliarsi delle materie di cui la legge si appropria. Peraltro, che con la legge delega il sindacato non acquisisca alcun ruolo nella modulazione della disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione è reso evidente anche dal disposto dell'art. 16 della legge n. 124 norma che dà all'esecutivo alcune linee di indirizzo da osservare nell'esercizio della delega non solo in tema di riordino della disciplina in materia di rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione ma anche in tema di partecipazioni societarie e servizi pubblici locali di interesse economico nazionale (semplificazione, raccolta delle norme in testi unici, abrogazione espressa delle norme incompatibili, risoluzione di eventuali antinomie) ma che ancora una volta non contiene alcun rinvio ad un eventuale ruolo della contrattazione collettiva.

Gli aspetti di rilevanza penale nelle recenti riforme della Pubblica Amministrazione

Antonio Francesco Morone

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Diritto penale e politica criminale. – 3. Strumenti di politica penale (cenni). – 4. Strumenti di politica criminale. – 4.1. L’Autorità nazionale anticorruzione – ANAC (legge n. 190/2012). – 4.2. La tutela del dipendente pubblico che segnali illeciti (*whistleblower*). – 4.3. La riforma delle vendite competitive (legge n. 132/2015). – 4.4. Il nuovo codice appalti (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50). – 5. *Segue*: Riforma della P.A. legge 7 agosto 2015, n. 124, d.lgs. nn. 97/2016 (Trasparenza) e 116/2016 (Licenziamenti disciplinari). – 6. Alcune considerazioni *de iure condendo*. – 7. Bibliografia.

1. Premessa

L’approvazione dei decreti legislativi n. 97/2016 (sulla trasparenza nella P.A.) e n. 116/2016 (sui licenziamenti disciplinari dei dipendenti pubblici), di attuazione della riforma della Pubblica Amministrazione promossa con la legge 7 agosto 2015, n. 124, offre lo spunto per un’analisi un po’ più complessa e approfondita sulle tecniche di punizione e sui metodi di prevenzione degli illeciti in seno alla Pubblica amministrazione.

Parlando di recenti riforme della P.A., da un punto di vista del diritto penale, peraltro, è necessario menzionare non solo la riforma del 2015 ma anche altre recenti leggi che in modo diretto o indiretto possono influire in chiave di politica criminale sulla punizione e prevenzione di tali illeciti.

Da un lato vi sono interventi meramente penalistici (come le leggi nn. 190/2012 e 69/2015 di modifica dei delitti di concussione e corruzione) e, dall’altro, riforme di altri settori, fra le quali in materia di Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), le modifiche delle vendite competitive ed anche le novità introdotte nel 2016 con il nuovo Codice appalti.

2. Diritto penale e politica criminale

A livello di metodo, per una migliore comprensione degli strumenti a disposizione del legislatore per perfezionare il contrasto dei reati posti a tutela del buon andamento della Pubblica Amministrazione (art. 97 Cost.), occorre ben distinguere i vari piani di intervento a disposizione, delineando chiaramente i confini fra il diritto penale e le politiche criminali, anche con alcuni cenni di carattere storico.

Il ruolo della politica criminale e, più in generale, della criminologia rispetto al diritto penale è quello di dare a quest'ultimo «indicazioni utili per verificare la legittimità umana e sociale ed offrire suggerimenti utili per il cambiamento. Circa le condotte da punire, la criminologia, libera dai vincoli formali della legge, lavora con una nozione sostanziale di illecito» (S. VINCIGUERRA, *Principi di criminologia*, II ed., Padova, 2005, 124). Tale importante funzione, storicamente, perde la sua rilevanza ad opera dell'indirizzo tecnico-giuridico.

Non si può non ricordare, infatti, che in seno alla Scuola classica di diritto penale, era d'uopo un approccio alle fattispecie ricco di considerazioni *de iure condendo*.

Si pensi, in tema di delitti contro la Pubblica Amministrazione, ad esempio, alle osservazioni svolte da Carrara nel suo Programma del corso di diritto penale. Così, per quanto concerne il rapporto tra il delitto di corruzione e quello di concussione, secondo l'illustre penalista «spetta alla prudenza del giudice cercare nelle circostanze dei casi più sicuri criterii; ma quante volte apparisca loro in qualche modo dubbiosa la gravità d'intenzione nel privato, adottino pure con coraggio il titolo di concussione a preferenza di quello di corruzione, serbino la severità loro contro la perfidia dell'ufficiale e la loro pietà verso il privato, e vivano sicuri che la pubblica opinione renderà omaggio alla loro giustizia. È però vero che i giudici avranno rara occasione di porre in opera questi consigli per la deplorabile rarità delle accuse di concussione» (F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, V, IV ed., Lucca, 1881, 163-164).

Con l'affermarsi del c.d. Indirizzo tecnico-giuridico, «fin dai primi anni del Novecento è divenuta prevalente la tendenza a ridurre la politica criminale a politica penale. Ne sono causa, da un lato, i giuristi, sempre più arroccati dopo la prolusione di Arturo Rocco, entro le maglie del tecnicismo giuridico, nonché dall'altro, gli orientamenti di una scienza criminologica che, pur muovendo da concezioni plurifattoriali della criminalità, si viene attestando – e il processo resiste tuttora – su basi più cliniche che sociologiche» (F. BRICOLA, *Politica penale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, 102).

Con lo spirare del Secolo scorso si è nuovamente accentuata l'esigenza di

indagine sulle capacità generalpreventive delle fattispecie, come pure dello studio di meccanismi di prevenzione. Tale tendenza si manifesta nella consapevolezza della dottrina penalistica che «quello del giurista che si isola nella torre d'avorio delle forme pure è atto di superbia e di ignoranza, che non può far progredire la scienza giuridica; ma è pure atto di superbia e ignoranza quello dello scienziato che pretende di costruire le sue classificazioni, trascurando la realtà delle norme giuridiche e troppo indulgendo a generalizzazioni che non tengono conto del coefficiente di variabilità e dei limiti inderogabili posti dalla scienza sperimentale all'ansia degli studiosi» (P. NUVOLONE, *Diritto penale e criminologia*, in S. FERRACUTI (a cura di), *La criminologia e il diritto penale*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologia e psichiatria forense*, a cura di S. Ferracuti, Milano, vol. III, 1987, 14).

Tali temi afferiscono al campo della politica penale o, più ampiamente, della politica criminale.

Il rapporto tra queste due branche è di contenuto a contenitore. In particolare «in riferimento agli identici fini perseguiti, quelli cioè di diminuire la criminalità, mentre la politica penale si snoda attraverso i canali istituzionali e si avvale esclusivamente dei mezzi del diritto penale, la politica criminale può prescindere dai mezzi di carattere penale ed è aspetto della politica sociale. Ossia: per la politica penale il diritto penale è l'unico mezzo utilizzabile, per la politica criminale, viceversa, il diritto penale svolge il ruolo di *extrema ratio* rispetto alla politica sociale» (S. VINCIGUERRA, *Principi di criminologia*, cit., 127; sul tema, inoltre, F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in *Quest. crim.*, 1975, 221, ora in *Scritti di diritto penale*, II, 1, 1997, 2601). Sulle varie nozioni di «politica criminale» v. F. BRUNO, S. FERRACUTI, *La ricerca scientifica in criminologia e la formulazione della politica criminale*, in S. FERRACUTI (a cura di), cit., 159). «Può dirsi oggi verità almeno teoricamente acquisita che la *politica criminale*, mentre da un lato ricomprende in sé la *politica penale*, che di quella è soltanto un capitolo, dall'altro è a sua volta soltanto un settore particolare della *politica generale*, non essendo solamente politica legislativa, ma anche sicuramente politica giudiziaria, amministrativa e ampiamente sociale» (F. MANTOVANI, *Il problema della criminalità*, Padova, 1984, 8).

In definitiva, «alla politica criminale è assegnata specialmente la funzione di sottoporre ad esame la zona di rischio penale ed eventualmente di tracciarla nuovamente, come pure di assicurare l'affermazione del diritto penale nell'applicazione giudiziaria e nel processo penale, nella lotta preventiva alla criminalità, nella fase di superamento delle conseguenze del reato e nella prospettiva del diritto penale del futuro. La politica criminale si può perciò definire in breve come la produzione e la realizzazione dei principi dell'ordinamento nel

campo dell'giustizia penale» (H. ZIPF, *Politica criminale*, Milano, 1989, 14).

Risulta necessario, pertanto, che la prevenzione rispetto a determinati reati passi primariamente attraverso la punizione delle condotte che non raggiungono il livello di offensività penale attraverso una adeguata punizione civile o amministrativa: infatti, «nello studiare il modo di punire, la politica penale non può fare a meno di constatare che alla trasgressione non si risponde soltanto con la sanzione penale, ma occorre modulare l'intervento sanzionatorio in guisa da coinvolgere tutte le specie di sanzione (civile, penale ed amministrativa), ponderandone l'uso secondo la gravità dei fatti e gli scopi che si vogliono raggiungere con le sanzioni» (S. VINCIGUERRA, *Principi di criminologia*, cit., 137).

La funzione general-preventiva del diritto penale deve, pertanto, essere significativamente supportata da meccanismi di punizione di determinati comportamenti che potrebbero sfociare in reati già dai settori di riferimento. Solo in questo modo si può vincere la sfida a determinati illeciti e comporre «la vera, forse *storica* alternativa dell'attuale momento penalistico ... tra un sistema orientato in via primaria alla stabilizzazione psicologica della collettività, nel quale l'interesse per l'individuo che delinque resta in second'ordine, ed un sistema che, nel tutelare (*più efficacemente*) la società, miri pur sempre a comprendere la effettiva situazione umana e sociale in cui si genera il fenomeno criminale, cercando di incidere costruttivamente su di essa» (L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, in MARINUCCI, DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 135).

L'affermarsi di tali meccanismi preventivi extrapenalistici va incontro all'*esigenza del primato della politica criminale*, la quale «richiede che la politica finalizzata alla prevenzione del delitto non si esaurisca nella risposta punitiva, ma anzi si rassegni a questa solo dopo (e in ogni caso senza prescindere dall'esigenza) che lo stato abbia adempiuto integralmente alla lotta alle cause del crimine con gli strumenti extrapenali di prevenzione» (M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 78).

3. *Strumenti di politica penale (cenni)*

Partendo dalla politica penale, occorre in primo luogo segnalare come l'Italia, per rafforzare gli strumenti punitivi nei confronti dei più gravi reati contro la P.A. sia intervenuta con due leggi di modifica del codice penale prima nel 2012 e poi ancora nel 2015.

In effetti il nostro Paese era stato più volte oggetto di severi richiami sia di Istituzioni interne – pensiamo alle Relazioni annuali della Corte dei Conti –

sia internazionali. Come noto, il Consiglio d'Europa, con il Rapporto di conformità sull'Italia, allegato al 14° Rapporto generale sull'attività del GRECO («Lotta alla corruzione e promozione dell'integrità» del 19 giugno 2014), aveva severamente bocciato l'Italia per la lotta alla corruzione per non aver rispettato gli standard della relativa Convenzione penale del 1999.

Così, in un primo momento la legge 6 novembre 2012, n. 190, fra l'altro, ha:

– significativamente modificato il delitto di concussione (art. 317 c.p. che ora prevede che «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro od altra utilità è punito con la reclusione da sei a dodici anni»), che ha visto espungere fra le condotte l'induzione;

– introdotto la nuova fattispecie di induzione indebita a dare o promettere denaro o altra utilità (art. 319-*quater* c.p.: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da tre a otto anni. Nei casi previsti dal primo comma, chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni») (per approfondimenti sul rapporto fra concussione e induzione indebita, ci si permette di rinviare a A.F. MORONE, *Concussione, induzione indebita e corruzione*, Key editore, 2016; nella giurisprudenza v. Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, Maldera e a., n. 12228, *FI*, 2014, 2, 517; per un commento di tale importante sentenza v. G.L. GATTA, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e "induzione indebita": minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*, in <http://dirittopenalecontemporaneo.it>, 2014);

– sostituito la corruzione per un atto d'ufficio (c.d. corruzione impropria) con la corruzione per l'esercizio della funzione (l'attuale art. 318 c.p. prevede che «Il pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa è punito con la reclusione da uno a cinque anni»);

– introdotto il delitto di traffico di influenze illecite all'art. 346-*bis* c.p. («Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli artt. 319 e 319-*ter*, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio, è punito con la reclusione da uno a cinque anni»);

sione da uno a tre anni. La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altro vantaggio patrimoniale»).

Anche se il Rapporto del GRECO pubblicato il 18 giugno 2015, con riferimento all'Italia segnalava come positive la ratifica della Convenzione penale sulla corruzione, l'inasprimento dell'apparato sanzionatorio per i reati di corruzione e di traffico di influenze illecite e l'introduzione di misure volte ad aumentare la trasparenza dei conti degli enti collegati ai partiti, considerata la presenza di ulteriori profili di criticità, nel 2015 con la legge 27 maggio 2015, n. 69, sono stati nuovamente modificati i delitti in questione, in particolare attraverso un aumento della risposta sanzionatoria, alcune modifiche processuali e l'introduzione di una nuova sanzione prevista dall'art. 322-*quater* c.p. che prevede che «con la sentenza di condanna per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320 e 322-*bis*, è sempre ordinato il pagamento di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio appartiene, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319-*ter*, in favore dell'amministrazione della giustizia, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno».

Da segnalare sempre del 2015 l'introduzione della speciale attenuante della collaborazione di cui all'art. 323-*bis*, comma II, c.p., che, concepita nell'ottica di interrompere il sodalizio criminoso fra corrotto e corruttore, prevede che «per i delitti previsti dagli artt. 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322 e 322-*bis*, per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite, la pena è diminuita da un terzo a due terzi».

4. Strumenti di politica criminale

4.1. L'Autorità nazionale anticorruzione – ANAC (legge n. 190/2012)

Fra gli strumenti di politica criminale in senso ampio, dobbiamo innanzitutto annoverare l'istituzione dell'Autorità nazionale anticorruzione (che di fatto succede alla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche) secondo quanto disposto dall'art. 1, comma I, legge n. 190/2012 che ha previsto che tale organismo ha il compito di svolgere «con modalità tali da assicurare azione coordinata, attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica ammi-

nistrazione» (per approfondimenti v. B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013; A. ROSSI, *I piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico e i modelli 231 in ambito privato*, in *DPP*, 44; G.M. FLICK, *Dalla repressione alla prevenzione o viceversa? Dalle parole ai fatti per non convivere con la corruzione*, in <http://dirittopenalecontemporaneo.it>, 2014; F. DI MASCIÒ, *Il primo anno di attuazione delle politiche di prevenzione della corruzione*, in *RTDP*, 2014, 273).

In particolare, il comma 2 del summenzionato art. 1 prevede i vari compiti dell'ANAC: essa «a) collabora con i paritetici organismi stranieri, con le organizzazioni regionali ed internazionali competenti; b) adotta il Piano nazionale anticorruzione ai sensi del comma 2-bis; c) analizza le cause e i fattori della corruzione e individua gli interventi che ne possono favorire la prevenzione e il contrasto; d) esprime parere obbligatorio sugli atti di direttiva e di indirizzo, nonché sulle circolari del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione in materia di conformità di atti e comportamenti dei funzionari pubblici alla legge, ai codici di comportamento e ai contratti, collettivi e individuali, regolanti il rapporto di lavoro pubblico; e) esprime pareri facoltativi in materia di autorizzazioni, di cui all'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti amministrativi dello Stato e degli enti pubblici nazionali, con particolare riferimento all'applicazione del comma 16-ter, introdotto dal comma 42, lettera l), del presente articolo; f) esercita la vigilanza e il controllo sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure adottate dalle pubbliche amministrazioni ai sensi dei commi 4 e 5 del presente articolo e sul rispetto delle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa previste dai commi da 15 a 36 del presente articolo e dalle altre disposizioni vigenti; f-bis) esercita la vigilanza e il controllo sui contratti di cui agli articoli 17 e seguenti del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; g) riferisce al Parlamento, presentando una relazione entro il 31 dicembre di ciascun anno, sull'attività di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione e sull'efficacia delle disposizioni vigenti in materia (39)».

Sempre la legge n. 190/2012 prevede poi il Piano nazionale anticorruzione – di durata triennale e con necessario aggiornamento annuale e che «in relazione alla dimensione e ai diversi settori di attività degli enti, individua i principali rischi di corruzione e i relativi rimedi e contiene l'indicazione di obiettivi, tempi e modalità di adozione e attuazione delle misure di contrasto alla corruzione» – i piani di prevenzione della corruzione delle pubbliche amministrazioni (centrali e locali) e la necessità in seno alle singole P.A. della nomina

del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza. Quest'ultimo deve provvedere, fra l'altro, «a) alla verifica dell'efficace attuazione del piano e della sua idoneità, nonché a proporre la modifica dello stesso quando sono accertate significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'amministrazione; b) alla verifica, d'intesa con il dirigente competente, dell'effettiva rotazione degli incarichi negli uffici preposti allo svolgimento delle attività nel cui ambito è più elevato il rischio che siano commessi reati di corruzione; c) ad individuare il personale da inserire nei programmi di formazione ...».

L'art. 1, comma 9, legge cit. prevede che i piani anticorruzione debbano «a) individuare le attività, tra le quali quelle di cui al comma 16, anche ulteriori rispetto a quelle indicate nel Piano nazionale anticorruzione, nell'ambito delle quali è più elevato il rischio di corruzione, e le relative misure di contrasto, anche raccogliendo le proposte dei dirigenti, elaborate nell'esercizio delle competenze previste dall'articolo 16, comma 1, lettera a-bis), del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165; b) prevedere, per le attività individuate ai sensi della lettera a), meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni idonei a prevenire il rischio di corruzione; c) prevedere, con particolare riguardo alle attività individuate ai sensi della lettera a), obblighi di informazione nei confronti del responsabile, individuato ai sensi del comma 7, chiamato a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del piano; d) definire le modalità di monitoraggio del rispetto dei termini, previsti dalla legge o dai regolamenti, per la conclusione dei procedimenti; e) definire le modalità di monitoraggio dei rapporti tra l'amministrazione e i soggetti che con la stessa stipulano contratti o che sono interessati a procedimenti di autorizzazione, concessione o erogazione di vantaggi economici di qualunque genere, anche verificando eventuali relazioni di parentela o affinità sussistenti tra i titolari, gli amministratori, i soci e i dipendenti degli stessi soggetti e i dirigenti e i dipendenti dell'amministrazione; f) individuare specifici obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge».

Da segnalare come con Determina 28 ottobre 2015, n. 12 (reperibile in www.anticorruzione.it) l'Autorità Nazionale Anticorruzione abbia previsto l'Aggiornamento 2015 al Piano nazionale anticorruzione, integrando il Piano del settembre 2013 (Determina 11 settembre 2013, n. 72).

Si noti, da ultimo, come nel 2015 la legge 27 maggio 2015, n. 69 ha previsto alcune novità in materia di ANAC, non solo l'inserimento al comma 2 dell'art. 1 della legge n. 190/2012 della vigilanza sui contratti pubblici ma anche al comma 32 e 32-bis delle nuove previsioni per cui, da una parte, «le stazioni appaltanti sono tenute altresì a trasmettere le predette informazioni ogni semestre alla commissione di cui al comma 2» e, dall'altra, disponendo che

«nelle controversie concernenti le materie di cui al comma 1, lettera e), dell'articolo 133 del codice di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il giudice amministrativo trasmette alla commissione ogni informazione o notizia rilevante emersa nel corso del giudizio che, anche in esito a una sommaria valutazione, ponga in evidenza condotte o atti contrastanti con le regole della trasparenza».

4.2. La tutela del dipendente pubblico che segnali illeciti (whistleblower)

Certamente interessante dal punto di vista di politica criminale è, in secondo luogo, la disciplina introdotta sempre nel 2012 (dall'art. 1, comma 51, legge n. 190/2012) della tutela del dipendente pubblico che segnali illeciti (c.d. *whistleblower*).

A tal proposito occorre menzionare l'art. 54-*bis*, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (c.d. T.U. sul pubblico impiego) che prevede che «1. Fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, o all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia. 2. Nell'ambito del procedimento disciplinare, l'identità del segnalante non può essere rivelata, senza il suo consenso, sempre che la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione, l'identità può essere rivelata ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato. 3. L'adozione di misure discriminatorie è segnalata al Dipartimento della funzione pubblica, per i provvedimenti di competenza, dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le stesse sono state poste in essere. 4. La denuncia è sottratta all'accesso previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni».

Si consideri che l'Autorità nazionale anticorruzione con Determina 28 aprile 2015, n. 6 (sempre reperibile in www.anticorruzione.it) ha approntato Schema della procedura che sarà adottata dall'ANAC per la gestione automatizzata delle segnalazioni di condotte illecite provenienti dalle altre Amministrazioni a detta della quale, fra l'altro, «il segnalante effettua l'accreditamento presso il sistema informatico inserendo le informazioni che lo riguardano e

che lo identificano univocamente (eventualmente con l'inserimento di allegati che ne attestino l'identità e il ruolo svolto all'interno dell'amministrazione); ad esito dell'inoltro della segnalazione, il segnalante riceve dal sistema un codice identificativo utile per i successivi accessi. Il sistema sarà organizzato in modo da permettere all'utente di accedere inizialmente anche in via anonima e, successivamente, di integrare la segnalazione con i propri dati identificativi; (...) il dirigente dell'Ufficio Vigilanza anticorruzione (anche tramite un componente del gruppo di lavoro di cui si avvale) effettua l'analisi della segnalazione e del Piano di prevenzione della corruzione dell'amministrazione oggetto della segnalazione; ...; sulla base dell'orientamento del Consiglio, l'Autorità: se si tratta di una ipotesi di reato o di danno erariale, invia la documentazione all'Autorità giudiziaria o alla Corte dei conti; se si tratta di una ipotesi di discriminazione, invia la documentazione al Dipartimento della funzione pubblica».

L'ANAC, peraltro, ha elaborato e messo a disposizione di recente documento dal titolo "Segnalazioni di illeciti e tutela del dipendente pubblico", avente ad oggetto i casi trattati dal 2014 ad oggi, con una serie di dati statistici (reperibile in www.anticorruzione.it).

In tale documento si evidenzia, tra l'altro, che il numero complessivo di segnalazioni ricevute negli anni 2014, 2015 e 2016 (fino al 31 maggio) è di: 16 nel 2014, 200 nel 2015, 83 nel 2016.

4.3. La riforma delle vendite competitive (legge n. 132/2015)

Rimandando per approfondimenti a quanto già oggetto di precedente intervento in materia (v. A.F. MORONE, *La turbativa d'asta nelle vendite competitive*, in *questa Rivista*, 2016, n. 3, 116 ss.) vale la pena sottolineare come effetti in chiave di politica criminale sui delitti contro la P.A., possa avere anche la legge n. 132 del 2015 di riforma delle vendite competitive, tema che attiene sì la procedura civile ma che evidentemente contiene profili di interesse pubblicistico e preventivo dei reati di cui ci si occupa.

Si è già avuto modo di sottolineare con favore le modifiche apportate agli artt. 490, 568, 569 e 571 c.p.c.

Partendo dalla prima disposizione, rubricata «*Pubblicità degli avvisi*» e che prevede fra l'altro che «quando la legge dispone che di un atto esecutivo sia data pubblica notizia, un avviso contenente tutti i dati, che possono interessare il pubblico, deve essere inserito sul portale del Ministero della giustizia in un'area pubblica denominata "portale delle vendite pubbliche"», non si può che accogliere con favore qualsiasi modifica volta ad aumentare i profili di trasparenza e pubblicità, attraverso strumenti pubblici nazionali e che diano in

modo standardizzato la massima evidenza possibile delle singole gare. La prassi ha dimostrato, infatti, anche in recenti indagini, che una delle modalità di influenzare la partecipazione degli offerenti ha visto l'utilizzo distorto dei mezzi di diffusione delle notizie, alterando fin dalla pubblicazione del bando la procedura (v., in proposito, N. MADIA, *L'incidenza della mancata pubblicazione del bando di gara sulla configurabilità del delitto di turbata libertà degli incanti*, in *CP*, 2010, 1780).

Altro passaggio ritenuto positivo nell'ottica della gestione uniforme delle gare e della riduzione della possibilità di falsare i contenuti della gara attiene sicuramente la modifica dell'art. 568 c.p.c. (*Determinazione del valore dell'immobile*). Il II comma di tale disposizione infatti ora prevede che «nella determinazione del valore di mercato l'esperto procede al calcolo della superficie dell'immobile, specificando quella commerciale, del valore per metro quadro e del valore complessivo, esponendo analiticamente gli adeguamenti e le correzioni della stima, ivi compresa la riduzione del valore di mercato praticata per l'assenza della garanzia per vizi del bene venduto, e precisando tali adeguamenti in maniera distinta per gli oneri di regolarizzazione urbanistica, lo stato d'uso e di manutenzione, lo stato di possesso, i vincoli e gli oneri giuridici non eliminabili nel corso del procedimento esecutivo, nonché per le eventuali spese condominiali insolute». L'indicazione di parametri il più possibile precisi per la determinazione del valore del prezzo di vendita del bene all'asta diminuisce le possibilità di alterare la gara nella fissazione del prezzo.

Ancora, è stata segnalata come positiva novità per favorire la trasparenza della gestione della gara la positivizzazione della regola per cui la procedura di vendita di norma viene svolta senza incanto. A tal proposito, la prima parte del III comma del novellato art. 569 c.p.c. (*Provvedimento per l'autorizzazione della vendita*) dispone che «nel caso in cui il giudice disponga con ordinanza la vendita forzata, fissa un termine non inferiore a novanta giorni, e non superiore a centoventi, entro il quale possono essere proposte offerte d'acquisto ai sensi dell'articolo 571. Il giudice con la medesima ordinanza stabilisce le modalità con cui deve essere prestata la cauzione, se la vendita è fatta in uno o più lotti, il prezzo base determinato a norma dell'articolo 568, l'offerta minima, il termine, non superiore a centoventi giorni dall'aggiudicazione, entro il quale il prezzo dev'essere depositato, con le modalità del deposito e fissa, al giorno successivo alla scadenza del termine, l'udienza per la deliberazione sull'offerta e per la gara tra gli offerenti di cui all'articolo 573».

Da ultimo, il novellato art. 571, II comma, c.p.c. prevede ora che «l'offerta non è efficace se perviene oltre il termine stabilito ai sensi dell'articolo 569, terzo comma, se è inferiore di oltre un quarto al prezzo stabilito nell'ordinanza o se l'offerente non presta cauzione, con le modalità stabilite nell'ordinanza di

vendita, in misura non inferiore al decimo del prezzo da lui proposto». Il disposto limite di ribasso pare sicuramente positivo in quanto potrebbe limitare quelle condotte volte ad influenzare l'andamento della gara con fittizi ribassi eccessivi.

4.4. Il nuovo codice appalti (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)

Come noto, altra recente riforma della P.A. ha riguardato l'approvazione del Nuovo codice appalti ad opera del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Ebbene, quanto ai profili di politica criminale, occorre perlomeno menzionare alcune importanti novità.

Innanzitutto è stato previsto un ruolo diretto dell'ANAC nella qualificazione delle stazioni appaltanti. L'art. 38 d.lgs. cit. in particolare prevede che «è istituito presso l'ANAC, che ne assicura la pubblicità, un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte anche le centrali di committenza. La qualificazione è conseguita in rapporto agli ambiti di attività, ai bacini territoriali, alla tipologia e complessità di contratto e per fasce di importo».

La stessa ANAC viene ad assumere, peraltro, un ulteriore importante ruolo nella redazione di varie linee guida, ai sensi dell'art. 36, comma 7, del nuovo codice. Sono già state predisposte linee guida in ordine ai seguenti temi: offerta economicamente vantaggiosa, responsabile unico procedimento, affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, direttore esecuzione, direttore dei lavori (tali linee guida sono reperibili sul sito www.anticorruzione.it).

Per quanto attiene le procedure c.d. "sottosoglia", si segnala come l'ANAC di recente abbia avviato una consultazione finalizzata alla definizione degli aspetti di dettaglio della disciplina applicabile agli affidamenti di valore inferiore alla soglia di rilievo europeo, chiedendo di «inviare osservazioni su tali questioni, anche prospettando soluzioni alternative, nonché ad indicare ulteriori elementi che si ritiene opportuno trattare nell'ambito della determinazione, indicando, se possibile, anche possibili soluzioni».

Sempre all'interno del Nuovo codice appalti, occorre segnalare con favore anche la disposizione di cui agli artt. 80 («Motivi di esclusione»).

Mentre l'art. 38 («Requisiti di ordine generale») del precedente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) contemplava più genericamente al comma I lett. c), fra l'altro, come motivo ostativo a stipulare la condanna «per partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio quali definiti dagli atti comunitari citati all'art. 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18», il nuovo art. 80 prevede espressamente la tipologia di delitti e, nell'ambito di quelli contro la P.A., alla lett. b), I comma i «delitti, consumati o

tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis del codice penale nonché all'articolo 2635 del codice civile». Criticabile tuttavia il fatto che il legislatore non abbia contemplato anche la turbativa d'asta di cui all'art. 353 c.p.

5. Segue: *Riforma della P.A. legge 7 agosto 2015, n. 124, d.lgs. nn. 97/2016 (Trasparenza) e 116/2016 (Licenziamenti disciplinari)*

La riforma della P.A. è stata oggetto di un apposito intervento del legislatore con la legge 7 agosto 2015, n. 124 che ha previsto una serie di deleghe al governo in vari settori: cittadinanza digitale, organizzazione dello Stato sul territorio, dirigenza, anticorruzione, lavoro pubblico, Camere di commercio, enti di ricerca, società partecipate pubbliche e servizi pubblici locali, forze di polizia, conferenza dei servizi, silenzio-assenso fra amministrazioni, testi unici (per un commento v. B.G. MATTARELLA, *La riforma della pubblica amministrazione. Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 5, 621).

In particolare l'art. 7 l. cit. ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni nel rispetto dei principi e criteri direttivi stabiliti dall'art. 1, comma 35, legge 6 novembre 2012, n. 190, nonché dei seguenti principi e criteri direttivi: «a) ridefinizione e precisazione dell'ambito soggettivo di applicazione degli obblighi e delle misure in materia di trasparenza; b) previsione di misure organizzative, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, anche ai fini della valutazione dei risultati, per la pubblicazione nel sito istituzionale dell'ente di appartenenza ...; c) riduzione e concentrazione degli oneri gravanti in capo alle amministrazioni pubbliche, ferme restando le previsioni in materia di verifica, controllo e sanzioni; d) precisazione dei contenuti e del procedimento di adozione del Piano nazionale anticorruzione, dei piani di prevenzione della corruzione e della relazione annuale del responsabile della prevenzione della corruzione, anche attraverso la modifica della relativa disciplina legislativa, anche ai fini della maggiore efficacia dei controlli in fase di attuazione, della differenziazione per settori e dimensioni, del coordinamento con gli strumenti di misurazione e valutazione delle performance nonché dell'individuazione dei principali rischi e dei relativi rimedi; conseguente ridefinizione dei ruoli, dei poteri e delle responsabilità dei soggetti interni che intervengono nei relativi processi; e) razionalizzazione

e precisazione degli obblighi di pubblicazione nel sito istituzionale, ai fini di eliminare le duplicazioni e di consentire che tali obblighi siano assolti attraverso la pubblicità totale o parziale di banche dati detenute da pubbliche amministrazioni»; (...) h) fermi restando gli obblighi di pubblicazione, riconoscimento della libertà di informazione attraverso il diritto di accesso, anche per via telematica, di chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, salvi i casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dall'ordinamento e nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati, al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche; ...».

I primi Decreti legislativi ad essere stati emanati sono i recentissimi d.lgs. n. 97/2016 in materia di trasparenza e n. 116/2016 sui licenziamenti disciplinari.

In particolare il primo decreto, denominato *Freedom of Information Act* (Foia) consente al cittadino la possibilità di accedere a dati e documenti della pubblica amministrazione anche se non sono stati resi pubblici. L'accesso a dati e documenti permette così di ridurre gli obblighi di pubblicazione delle amministrazioni.

Quanto ai riflessi penalistici, si possono ipotizzare degli influssi su abuso d'ufficio e omissione d'atti d'ufficio.

In particolare il mancato rispetto dell'obbligo di pubblicazione di determinati dati potrebbe rilevare come violazione di legge che, se commessa intenzionalmente da parte del pubblico ufficiale favorendo taluno, potrebbe comportare la commissione del delitto di abuso di ufficio *ex art. 323 c.p.* (che prevede che «Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni»).

Ancora più diretto l'influsso della Foia sul delitto di omissione di atti d'ufficio (in particolare, art. 328, comma 2, c.p.). A fronte della richiesta del privato, allorché il pubblico funzionario non dovesse adempiere o non esponesse le ragioni del ritardo entro trenta giorni, correrebbe il rischio di essere condannato per tale fattispecie.

Grande impatto mediatico ha avuto il d.lgs. n. 116/2016 in vigore dal 13 luglio 2016 sui licenziamenti disciplinari per i dipendenti pubblici che truffano sulle presenze al lavoro.

In effetti a più riprese negli anni nelle proprie relazioni annuali la Corte dei conti ha avuto modo di segnalare il mal funzionamento dei procedimenti disciplinari, in particolare per: il troppo esteso lasso di tempo intercorrente fra definizione del procedimento penale ed applicazione della sanzione disciplinari; le gravi carenze informative fra cancellerie penali ed uffici disciplinari e la lentezza dei procedimenti disciplinari.

In effetti la materia era già stata oggetto di riforma ad opera dell'art. 69, comma 1, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, che aveva inserito nel d.lgs. n. 165/2001 l'art. 55-ter («Rapporti fra procedimento disciplinare e procedimento penale»), prevedendo, fra l'altro, che «il procedimento disciplinare, che abbia ad oggetto, in tutto o in parte, fatti in relazione ai quali procede l'autorità giudiziaria, è proseguito e concluso anche in pendenza del procedimento penale. Per le infrazioni di minore gravità, di cui all'articolo 55-bis, comma 1, primo periodo, non è ammessa la sospensione del procedimento. Per le infrazioni di maggiore gravità, di cui all'articolo 55-bis, comma 1, secondo periodo, l'ufficio competente, nei casi di particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al dipendente e quando all'esito dell'istruttoria non dispone di elementi sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione, può sospendere il procedimento disciplinare fino al termine di quello penale, salva la possibilità di adottare la sospensione o altri strumenti cautelari nei confronti del dipendente».

Sempre nel 2009 sono stati aggiunti gli artt. 54-*quater* («Licenziamento disciplinare») e 55-*quinquies* («False attestazioni o certificazioni»).

Il primo articolo prevede che «si applica comunque la sanzione disciplinare del licenziamento nei seguenti casi: a) falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia; b) assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio o comunque per più di sette giorni nel corso degli ultimi dieci anni ovvero mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall'amministrazione; c) ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio; d) falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera; e) reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui; f) condanna penale definitiva, in relazione alla quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione, comunque denominata, del rapporto di lavoro».

L'art. 55-*quinquies* («False attestazioni o certificazioni») che contempla una nuova ipotesi di reato secondo la quale «1. Fermo quanto previsto dal codice penale, il lavoratore dipendente di una pubblica amministrazione che attesta falsamente la propria presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustifica l'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o falsamente attestante uno stato di malattia è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 400 ad euro 1.600. La medesima pena si applica al medico e a chiunque altro concorre nella commissione del delitto».

Ebbene il d.lgs. n. 116/2016 modifica il suddetto art. 55-*quater* del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, inserendo il comma 1-*bis* che definisce la falsa attestazione come «qualunque modalità fraudolenta posta in essere, anche avvalendosi di terzi, per far risultare il dipendente in servizio o trarre in inganno l'amministrazione presso la quale il dipendente presta attività lavorativa circa il rispetto dell'orario di lavoro dello stesso. Della violazione risponde anche chi abbia agevolato con la propria condotta attiva o omissiva la condotta fraudolenta».

Vengono inserite anche talune norme procedurali nell'ottica di una risposta disciplinare più rapida ed efficace. In particolare il comma 3-*bis*, prevede che «nel caso di cui al comma 1, lett. a), la falsa attestazione della presenza in servizio, accertata in flagranza ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze, determina l'immediata sospensione cautelare senza stipendio del dipendente, fatto salvo il diritto all'assegno alimentare nella misura stabilita dalle disposizioni normative e contrattuali vigenti, senza obbligo di preventiva audizione dell'interessato ...»; il comma 3-*ter* disciplina la contestazione per iscritto dell'addebito disponendo tra l'altro che «l'Ufficio conclude il procedimento entro trenta giorni dalla ricezione, da parte del dipendente, della contestazione dell'addebito. La violazione dei suddetti termini, fatta salva l'eventuale responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile, non determina la decadenza dall'azione disciplinare né l'invalidità della sanzione irrogata, purché non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente e non sia superato il termine per la conclusione del procedimento di cui all'articolo 55 *bis*, comma 4».

Sempre con d.lgs. n. 116/2016 si prevede che la denuncia al pubblico ministero e la segnalazione alla competente procura regionale della Corte dei conti avvengano entro quindici giorni dall'avvio del procedimento disciplinare e la responsabilità disciplinare per i dirigenti che abbiano acquisito conoscenza del fatto, ovvero, negli enti privi di qualifica dirigenziale, per i responsabili di servizio competenti, omettendo di attivare il procedimento disciplinare».

6. Alcune considerazioni de iure condendo

In ottica *de iure condendo* sia infine consentito proprio in chiave di politica penale e criminale in senso ampio suggerire alcuni spunti di riflessione per migliorare i meccanismi di contrasto e di prevenzione dei reati contro la P.A.

Rispetto alla politica penale, si è visto come con le leggi nn. 190/2012 e 69/2015 vi sia stato un «aumento dei limiti edittali finalizzato a soddisfare esigenze di effettività ed efficacia del controllo penale, esigenze che sono del tutto legittime, ma che dovrebbero essere perseguite attraverso interventi in altri ambiti, in particolare sul terreno della disciplina della prescrizione e della durata del processi, e non attraverso un aumento delle pene per un reato che imporrà inevitabilmente anche la lievitazione del trattamento sanzionatorio per altre fattispecie» (M. PELISSERO *Nuove misure di contrasto alla corruzione?*, in *DPP*, 2015, 5).

È pur vero che l'aumento delle pene comporta anche l'aumento della prescrizione, tuttavia il necessario prolungamento della prescrizione dovrebbe essere perseguito con una modifica di tale disciplina e non con interventi su singole fattispecie.

Processualmente si ritiene molto importante che per i settori considerati continui ad essere consentita la possibilità dell'utilizzo delle intercettazioni, qualsiasi modifica in senso contrario sarebbe molto negativa e depotenzierebbe le possibilità di investigare in maniera adeguata su tali gravi fatti.

Rispetto alla possibilità di scindere il sodalizio criminoso fra corrotto e corruttore, dovrebbe essere valutata nuovamente la possibilità di trasformare la fattispecie di collaborazione di cui all'art. 323-*bis* da circostanza attenuante in causa di non punibilità vera e propria.

Quanto agli strumenti di politica criminale in senso ampio, se non possono che essere visti con favore tutti gli interventi volti a rafforzare i poteri dell'ANAC, la trasparenza nella P.A. e l'efficacia dei procedimenti disciplinari, con specifico riferimento a questi ultimi, le recenti positive novità procedurali dovrebbero poter essere applicabili a molte altre ipotesi e soprattutto anche a quelle più gravi rispetto alle dichiarazioni menzognere sulla presenza al lavoro.

7. Bibliografia

BRICOLA F., *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in *Quest. crim.*, 1975, 221, ora in *Scritti di diritto penale*, II, 1, 1997, 2601.

- BRICOLA F., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 1997, 102.
- BRUNO F., FERRACUTI S., *La ricerca scientifica in criminologia e la formulazione della politica criminale*, in S. FERRACUTI (a cura di), *Le radici, le fonti, gli obiettivi e lo sviluppo della criminologia*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologia e psichiatria forense*, a cura di Ferracuti, Milano, vol. II, 1987, 159.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, V, IV ed., Lucca, 1881, 163-164.
- EUSEBI L., *La "nuova" retribuzione*, in MARINUCCI, DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985, 135.
- DI MASCIÒ F., *Il primo anno di attuazione delle politiche di prevenzione della corruzione*, in *RTDP*, 2014, 273.
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, 78.
- FLICK G.M., *Dalla repressione alla prevenzione o viceversa? Dalle parole ai fatti per non convivere con la corruzione*, in <http://dirittopenalecontemporaneo.it>, 2014.
- GATTA G.L., *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e "induzione indebita": minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*, in <http://dirittopenalecontemporaneo.it>, 2014.
- MADÀ N., *L'incidenza della mancata pubblicazione del bando di gara sulla configurabilità del delitto di turbata libertà degli incanti*, in *CP*, 2010, 1780.
- MANTOVANI F., *Il problema della criminalità*, Cedam, Padova, 1984, 8.
- MATTARELLA B.G., *La riforma della pubblica amministrazione. Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 5, 621.
- MATTARELLA B.G., PELISSERO M., *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013.
- MORONE A.F., *Concussione, induzione indebita e corruzione*, Key editore, 2016.
- MORONE A.F., *La turbativa d'asta nelle vendite competitive*, in *Diritto ed economia dell'impresa*, 2016, n. 3, 116 ss.
- PELISSERO M., *Nuove misure di contrasto alla corruzione?*, in *DPP*, 2015, 5.
- ROSSI A., *I piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico e i modelli 231 in ambito privato*, in *DPP*, 44.
- VINCIGUERRA S., *Principi di criminologia*, II ed., Cedam, Padova, 2005, 124.
- ZIPF H., *Politica criminale*, Cortina, Milano, 1989, 14.

La riforma della P.A. La residua area di applicazione del diritto societario

Guido Bonfante

Viviamo in una società “liquida” ci dice il sociologo Bauman.

Il guaio è che anche il diritto mi pare stia diventando “liquido”. Le leggi si inseguono senza soluzioni di continuità, senza stabilizzarsi in quadri definiti. L’esperienza del diritto fallimentare ne è un esempio eclatante: dal 2005 ad oggi ci sono stati aggiustamenti continui e il fenomeno si riscontra anche in altri campi, come ad esempio, in quello delle esecuzioni civili. Anche in questo settore le modifiche sono continue e si fa fatica a seguirne le evoluzioni. Con la riforma del 2003 il diritto societario sembrava invece aver conosciuto una qualche sua stabilità, anche se il settore delle quotate è un po’ più instabile. Mi sembra di poter dire però che la riforma delle partecipate, che era indubbiamente necessaria, dia un discreto colpo a principi fondamentali del diritto societario e quindi si candidi ad entrare anch’essa nella galleria dei diritti liquidi, in quanto vi sono molti aspetti da chiarire e correggere per il futuro. Primo fra tutti il tema della responsabilità degli organi sociali.

Ma procediamo con ordine e vediamo cosa resta in vigore del diritto societario in questo modello di società partecipata.

Permettetemi in via preliminare di sottolineare il mio dissenso dalla regola che pone un divieto assoluto per un ente pubblico di avere una partecipazione in una cooperativa.

A riguardo è corretto ritenere che un ente pubblico non possa essere socio di una cooperativa come socio cooperatore, ma nelle cooperative ci sono anche i soci finanziatori e ricordo che lo stesso Ministero dell’Agricoltura, per anni, ha partecipato come socio sovventore a molte cooperative che finanziava e dove voleva essere socio sovventore proprio per controllare che i finanziamenti andassero nella direzione voluta. Non vedo perché di fronte a cooperative di pubblica utilità, quale sono alcune cooperative sociali, questo divieto assoluto debba sussistere.

A parte ciò vediamo cosa è rimasto delle regole societarie. È rimasto, ovviamente, l’art. 2325 cioè la responsabilità del socio unico in mancanza della

richiesta pubblicità nonché la sua responsabilità ai sensi del comma 2 della medesima norma. Ancora si applicano le regole di cui all'art. 2329 in materia di condizioni per la costituzione, quelle sulla nullità della società mentre a questo riguardo non dovrebbe essere consentita la costituzione per pubblica sottoscrizione. Restano salvi i patti parasociali: in questo caso, anzi, la norma prevede che ci possa essere un patto parasociale di blocco, con durata anche superiore ai 5 anni previsti dalla norma di legge.

Per quanto riguarda invece i conferimenti la disciplina in questione ha rivitalizzato un particolare tipo di conferimento “agonizzante” ovvero le prestazioni accessorie in quanto si prevede che al socio privato possano essere date azioni con prestazioni accessorie per lo svolgimento di determinati servizi. Si salvano anche le azioni correlate per il raggiungimento di specifici obiettivi nonché gli strumenti finanziari. Sempre legato alle azioni correlate si fa anche riferimento, al fine di ottimizzare i servizi, alla possibilità di riferirsi alla disciplina dei patrimoni destinati. Sul diritto di voto non c'è nulla di particolare. Rimane confermata la normativa sulle clausole di prelazione e quelle di gradimento. In particolare, rilievo centrale hanno le clausole di prelazione al fine di garantire la partecipazione a queste società a soli soci pubblici e quindi per porre degli sbarramenti all'ingresso di altri soggetti. Quanto agli organi sociali potremmo dire che in larga misura la disciplina sull'assemblea è richiamata più o meno integralmente, mentre, per quanto concerne gli amministratori, va segnalata la possibilità di revoca senza particolari limiti, oltre che di nomina, mentre, per i sindaci la revoca potrà essere solo per giusta causa. Per il resto, salvo l'istituto della cooptazione, sono già stati ricordati da altri i limiti al numero degli amministratori, mentre cambia la disciplina della responsabilità su cui si tornerà più avanti. Da segnalare anche il fatto che non ci può essere un'amministrazione congiuntiva o disgiuntiva nella S.r.l.: quindi ci deve essere sempre o solo il modello dell'amministratore unico o un consiglio. Nulla di diverso per il controllo contabile mentre si è perfezionato il ricorso all'art. 2409 in quanto si è specificato che esso si potrà applicare senza problemi anche per la S.r.l.; non solo ma si è chiarito che tutti i soci possono fare una denuncia *ex art. 2409*, indipendentemente dalla percentuale di quota di capitale posseduta. Le norme sul bilancio sono le solite, così pure le obbligazioni. Ci sono poi regole particolari sulle perdite, che però lascerei illustrare ad altri perché sono collegate direttamente al problema dell'insolvenza. Per le modifiche statutarie si registrano infine alcune regole particolari per alcuni tipi di modifiche in tema di oggetto sociale. Sulla scissione e fusione non si dice nulla, e quindi è da ritenersi che questi istituti siano applicabili.

Cos'è che non soddisfa? Innanzitutto il collegamento tra responsabilità ci-

vile e responsabilità erariale. Lo hanno già ricordato altri come la linea di confine tra questi due responsabilità non sia stata chiarita. E quindi ancora una volta sarà un tema che è lasciato per così dire all'interpretazione giurisprudenziale. Eppure su questo aspetto il legislatore uno sforzo lo poteva fare in quanto era ben consapevole che proprio su questo argomento si erano sviluppate le discussioni del passato. Le ricordo per sommi capi. Si è passati da decenni in cui si dava per scontato che in caso di una società partecipata da enti pubblici vi fosse spazio solo per la giurisdizione civile per arrivare ad un quadro diverso con le pronunce del 2003/2004, dove si è affermata la giurisdizione della Corte dei Conti; poi dopo altri revirement siamo arrivati alla famosa sentenza Rordof del 2013 dove, rivoltando la decisione del 2009 che affermava la competenza del giudice civile, si è teorizzata la competenza della Corte dei Conti con riguardo alle società cosiddette "in house" ovvero le società composte solo da enti pubblici in cui la società svolge la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e in cui si registrano forme di controllo analogo a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici.

Di fronte ad una situazione così variegata che ha portato una parte degli interpreti poi a sostenere che la sentenza "Rordof" fosse una sorta di abuso di diritto, si reclamava da tutti una legge *ad hoc*, uno statuto delle partecipate. Ed è quello che il legislatore ha cercato di fare senza però risolvere il problema della competenza giurisdizionale. Quindi sul punto continuiamo a essere in una situazione di incertezza.

Ma il peggio deve ancora venire se si legge l'art. 17. Questa norma infatti afferma che "nelle società in house" gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'art. 2380-*bis* e dell'art. 2499 al fine di consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa. In altre parole si dice che il socio pubblico ha una possibilità di intervenire in tema di controllo sulla gestione dell'impresa.

Viene quindi da chiedersi come l'amministratore potrà difendersi in presenza di ordini dal socio contrario agli interessi sociali. La cosa non è specificata.

Come si suole ricordare, "il diavolo fa le pentole, ma non i coperchi", perché è vero che con questa norma il potere politico potrà intervenire e quindi imporre certe scelte, ma dovrà tener conto dell'art. 2497 che riguarda la responsabilità del socio che controlla un'altra società e che dà delle direttive che poi si rivelano dannose per quella società.

La verità è che, nel momento che si stabilisce la possibilità dell'ente pubblico di intervenire sulla gestione, forse bisognava fissare dei limiti di responsabilità degli organi sociali che effettivamente sembrerebbero essere privati

della loro libertà di scelta. Certo, potrebbero dare le dimissioni ma in questo modo il socio pubblico “se la canta e se la suona da solo”.

Come si può concludere? Si può dire che questa disciplina, per quanto per molti aspetti sia apprezzabile, è una disciplina “liquida” perché prima o poi si dovrà porre mano alle lacune sopra descritte. Nel frattempo, come al solito, saranno i magistrati con le loro sentenze a cercare di superare queste incertezze.

L'insolvenza delle società a partecipazione pubblica

Giovanna Carla Dominici-Luciano Matteo Quattrochio

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. La natura delle società a partecipazione pubblica. – 3. Le c.d. “*società in house*”. – 4. Il fallimento delle società a partecipazione pubblica. – 5. *Segue*. Il fallimento delle c.d. “*società in house*”. – 5.1. Premessa. – 5.2. La posizione contro la fallibilità. – 5.3. La posizione a favore della fallibilità. – 6. La posizione della Corte dei Conti. – 7. La c.d. “*riforma Madia*”. – 8. Conclusioni. – Bibliografia.

1. Premessa

Il tema dell'insolvenza delle società in mano pubblica, e in particolare delle società partecipate dagli enti locali, ha affaticato per anni giurisprudenza e dottrina.

Esso muove dalla circostanza che l'inquadramento giuridico delle società partecipate rappresenta, ancora oggi, uno problema di non facile soluzione, tenuto anche conto della presenza di una miriade di moduli societari che perseguono il fine pubblico del soddisfacimento dell'interesse generale della collettività. Si tratta – infatti – di soggetti ibridi, a metà strada tra il diritto pubblico ed il diritto privato. Di conseguenza, appare difficile collocarli – alternativamente – tra gli enti pubblici o tra le società private; con evidenti difficoltà in ordine alla corretta identificazione della natura giuridica degli atti posti in essere e, conseguentemente, dubbi in tema di riparto di giurisdizione.

Per un corretto inquadramento giuridico, occorre – al proposito – rammentare che il Codice Civile dedica – ora – alle società con partecipazione dello Stato e degli enti pubblici un unico articolo (l'art. 2449), collocato nella sezione XIII, Libro V, Titolo V, Capo V; infatti, l'art. 2450 è stato abrogato dall'art. 3, comma 1, d.l. 15 febbraio 2007, n. 10, convertito nella legge 6 aprile 2007, n. 46. In particolare, l'art. 2449 si limita a fornire indicazioni peculia-

ri circa amministratori, sindaci e componenti il consiglio di sorveglianza.

In termini più generali, la Relazione al codice civile del 1942 stabiliva: «In questi casi è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune della società per azioni deve pertanto applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente».

Alla luce di tale dichiarazione di principio, si dovrebbe – quindi – ritenere che lo schema societario adottato imponga l'applicazione di tutte le disposizioni civilistiche di riferimento. E tale assunto sembrerebbe avvalorato dall'art. 4, comma 13, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito nella legge 7 agosto 2012, n. 135, per effetto del quale «Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali».

In definitiva, la mancanza di una disciplina dettagliata a livello codicistico non sarebbe altro che la manifestazione della volontà del legislatore di assoggettare l'iniziativa economica pubblica, esercitata in forma societaria, al diritto comune.

Ciò nonostante, per le ragioni di cui si dirà, permane il problema delle regole in concreto applicabili nell'ipotesi di crisi delle società a partecipazione pubblica.

Infatti, sia la normativa codicistica sia quella fallimentare stabiliscono per gli enti pubblici un'espressa esenzione dall'applicazione delle disposizioni in materia di fallimento e di concordato preventivo. In particolare, l'art. 1 della Legge Fallimentare – indicando il requisito soggettivo per la fallibilità – stabilisce che «sono soggetti al fallimento e alle disposizioni sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici»; del medesimo tenore l'art. 2221 c.c., secondo cui «Gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori, sono soggetti in caso di insolvenza alle procedure del fallimento e del concordato preventivo salve le disposizioni delle leggi speciali».

Tale scelta si fonda sull'idea della presunta incompatibilità tra le finalità proprie dell'attività degli enti pubblici e gli effetti tipici della procedura fallimentare, nonché sull'esigenza di mantenere in capo agli stessi soggetti la titolarità delle funzioni amministrative, evitando l'ingerenza dell'autorità giudiziaria in ambiti riservati all'autorità amministrativa, e – ancora – l'interruzione del pubblico servizio erogato dall'ente.

Tuttavia, l'art. 1 della legge fallimentare, pur non contenendo disposizioni in materia di società partecipate da un socio pubblico che svolgono attività di impresa, esclude, tuttavia, dalla possibilità di fallire i c.d. “enti pubblici economici”, ovvero quei soggetti che, sino agli inizi degli anni novanta, hanno rappresentato il modulo organizzativo ordinario per lo svolgimento di attività di impresa da parte dello Stato. Tale deroga, oggi espressamente prevista solo per gli enti pubblici economici, nonostante la loro quasi totale sostituzione con il modello delle spa pubbliche, ha quindi spinto la dottrina e, soprattutto, la giurisprudenza, investita di casi concreti, ad interrogarsi sulla possibile applicazione dell'esenzione di cui all'art. 1, anche alle società in mano pubblica (S. DEL GATTO).

Il problema, dunque, risiede nel qualificare la società partecipata o come soggetto privato che esercita attività commerciale oppure come ente pubblico a tutti gli effetti. In tale ultimo caso la società sarebbe immune dal fallimento, sul presupposto della tutela dell'interesse generale sotteso all'attività espletata. Per converso, qualora si prediligesse la qualifica in termini di soggetto privato, ne deriverebbe l'applicazione *in toto* della disciplina privatistica di cui è parte la legge fallimentare.

In mancanza di una chiara previsione normativa, si pone – quindi – il problema se le società a partecipazione pubblica siano integralmente assoggettabili al regime proprio degli enti pubblici, anche tenuto conto delle difficoltà relative all'identificazione di questi ultimi, ovvero – in tema, tra l'altro, di insolvenza – a quello dei soggetti di diritto privato.

Al proposito, nonostante le recenti pronunce della Corte di Cassazione (v. *infra*), restano ancora dubbi almeno per le società c.d. “*in house providing*”, che – secondo l'interpretazione corrente – costituiscono una *species* del genere società partecipate pubbliche.

Sotto un profilo generale, è da dire che la sottrazione ai creditori del rimedio dell'esecuzione concorsuale e la possibilità di ottenere la tutela dei propri interessi mediante il ricorso alla sola esecuzione individuale, potrebbe ledere il principio della *par condicio creditorum*, che – come è noto – costituisce il principio cardine in ambito concorsuale.

E, secondo una certa tesi dovrebbero essere gli Enti Pubblici a farsi carico dei relativi debiti, senza possibilità per i creditori di tentare la strada del fallimento come strumento per soddisfare le proprie ragioni, potendosi – ma la questione è controversa – invocare la responsabilità del socio che esercita l'attività di direzione e coordinamento.

In tale contesto, di grande incertezza, l'unico precedente giurisprudenziale è stato costituito – per molto tempo – da un principio espresso dalla Corte di Cassazione (Cass. 10 gennaio 1979, n. 158), secondo cui «una società per

azioni, concessionaria dello Stato per la costruzione e l'esercizio di un'autostrada, non perde la propria qualità di diritto privato (...) per il fatto che ad essa partecipano enti pubblici come azionisti e che il rapporto giuridico instaurato con gli utenti dell'autostrada sia configurato, dal legislatore, in termini pubblicistici, come ammissione al godimento di un pubblico servizio previo il pagamento di una tassa (pedaggio) e che lo Stato garantisca i creditori dei mutui contratti dalla società concessionaria per la realizzazione del servizio». La Suprema Corte aveva affermato, dunque, l'applicazione – ad una società concessionaria di un pubblico servizio ed al cui azionariato partecipavano soci pubblici – del regime privatistico ordinario, con il conseguente assoggettamento a procedure concorsuali.

Più di recente, invece, sono intervenute, in rapida successione, diverse decisioni di merito nelle quali la questione è stata affrontata e risolta in maniera del tutto differente.

In particolare, a quanto consta primo fra tutti, il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere (Trib. Santa Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009) ha affermato la non assoggettabilità a fallimento delle società in mano pubblica (nella specie si trattava di una spa a totale partecipazione pubblica, titolare del servizio di raccolta differenziata in ambito provinciale). Più in particolare, «Ai fini della qualificazione di un soggetto come pubblico o privato si deve dare prevalenza alla sostanza rispetto alla forma giuridica e, pertanto, in presenza di determinati indici sintomatici, è possibile riconoscere natura pubblica anche a società per azioni formalmente private. Ne discende che, in applicazione dell'art. 1 primo comma l. fall., deve ritenersi non assoggettata alla normativa fallimentare la società a partecipazione pubblica avente natura formalmente privata, ma sostanzialmente pubblica (nella fattispecie, gli indici della natura sostanzialmente pubblica della società sono stati ravvisati nelle limitazioni statutarie all'autonomia degli organi societari, nella esclusiva titolarità pubblica del capitale sociale, nella ingerenza nella nomina degli amministratori da parte di organi promananti direttamente dallo Stato e nella erogazione da parte dello Stato di risorse finanziarie per il raggiungimento degli obiettivi previsti per la raccolta differenziata)».

Dopo anni di oscillazioni (v. *infra*), la Corte di Cassazione si è – poi – pronunciata (Cass. 27 settembre 2013, n. 22209) considerando fallibile una società mista, sul riflesso che una società di capitali – anche se a capitale pubblico – rimane assoggettata al regime del Codice Civile se non vi è una deroga di legge. Inoltre secondo il giudice di legittimità l'esenzione dal fallimento delle società pubbliche configurerebbe una violazione dei principi di concorrenza, di uguaglianza e affidamento.

Poco dopo, la Corte di Cassazione a sezioni unite (Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283) ha affermato che le società *in house* non sono altro che articolazioni organizzative dell'ente pubblico controllante.

Pertanto, se la fallibilità delle società a capitale misto pubblico-privato sembrerebbe essere pacifica, discorso diverso dovrebbe essere fatto per le società a totale partecipazione pubblica; con la conseguenza che i creditori delle società *in house* avrebbero soltanto la possibilità di aggredire il patrimonio degli enti locali.

Per la verità, l'apparente situazione di totale incertezza giuridica ha trovato – nel corso del tempo – qualche indicazione legislativa.

In particolare, il d.l. 28 agosto 2008, n. 134, conv. nella legge 27 ottobre 2008, n. 166 (“*Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi*”) che ha modificato la legge sulla ristrutturazione delle grandi imprese in crisi – d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito con modificazioni dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39 (c.d. “*Legge Marzano*”) – prevede espressamente per le società partecipate pubbliche, esercenti servizi pubblici essenziali, una particolare procedura, e cioè quella della ristrutturazione delle grandi imprese in crisi.

Occorre ancora rammentare che lo schema di disegno di legge delega sulla riforma organica della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza (c.d. “*Riforma Rordorf*”), all'art. 2, comma 1, lett. e), prevede che sia assoggettata al procedimento di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza ogni categoria di debitore (persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore commerciale o agricolo) con esclusione dei soli enti pubblici, disciplinandone distintamente i diversi esiti possibili, con riguardo all'apertura di procedure di regolazione concordata o coattiva, conservativa o liquidatoria, tenendo conto delle relative peculiarità soggettive ed oggettive.

La questione pare – comunque – in via di soluzione nell'ambito del diritto amministrativo, per effetto della recente riforma della Pubblica Amministrazione (legge 7 agosto 2015, n. 124), la quale all'art. 18, rubricato “*Riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche*”, prevede una completa organizzazione del sistema delle partecipazioni pubbliche e indica alla lett. a), quale criterio direttivo, «la distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati, e individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa».

2. La natura delle società a partecipazione pubblica

Le società a capitale pubblico costituiscono soggetti formalmente privati disciplinati da norme che, in alcuni casi, derogano in chiave pubblicistica alla disciplina di diritto civile. Si distinguono, pertanto, dagli enti pubblici economici, caratterizzati dal fatto di essere soggetti formalmente pubblici che operano in regime di diritto privato. La scelta della forma societaria come modalità di organizzazione pubblica comporta la necessità di conciliare la struttura tipica delle società, imperniata sul fine di lucro, con l'interesse pubblico che si intende realizzare (F. NICOTRA).

L'esistenza degli enti pubblici a struttura societaria ha portato la giurisprudenza ad affermare la neutralità del modello societario rispetto alle finalità che si intendono perseguire. Tuttavia, autorevole dottrina rileva che, a parte i casi di società c.d. "legali" (istituite, trasformate o comunque disciplinate con apposita legge speciale), «ci troviamo spesso di fronte a società di diritto, comune, in cui pubblico non è l'ente partecipato bensì il soggetto, o alcuni dei soggetti, che vi partecipano e nella quale, perciò, la disciplina pubblicistica che regola il contegno del socio pubblico e quella privatistica che regola il funzionamento della società convivono» (F. FIMMANÒ).

Questa interpretazione risulta avvalorata dalla tendenza dell'ordinamento comunitario ad essere indifferente al profilo nominalistico, rilevando invece – ai fini della classificazione della natura pubblica o privata degli enti – la sostanza delle funzioni esercitate e la tipologia degli interessi perseguiti; ciò anche sul riflesso dell'influenza dell'ordinamento comunitario, che, non tollera ingiustificati privilegi in capo alla prima a scapito dei principi della libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali (artt. 49 e 63 TFUE), strumentali alla tutela del principio di concorrenza (F. NICOTRA).

In proposito, il dibattito tradizionale sviluppatosi evidenzia una contrapposizione tra una visione c.d. "privatistica" e una visione c.d. "pubblicistica".

Secondo la prima visione, le società a partecipazione pubblica sarebbero soggette al medesimo regime di disciplina delle società di capitali a partecipazione privata, sul presupposto che alle stesse si applica lo statuto comune della società per azioni, salvo quanto disposto dall'art. 2449 c.c.

Sulla base della seconda versione, si tratterebbe – comunque – di società sottoposte ad una disciplina legislativa speciale che ne caratterizza in senso pubblicistico la natura, imponendo il perseguimento di un determinato fine pubblico la cui permanenza è resa indisponibile alla volontà degli organi deliberativi; e ciò proprio in considerazione della rilevanza degli interessi pubblici perseguiti.

3. Le c.d. “società in house”

Le società *in house* sono aziende pubbliche costituite in forma societaria, tipicamente società per azioni, il cui capitale è detenuto *in toto* – direttamente o indirettamente – da un ente pubblico che affida loro attività strumentali o di produzione. La costituzione di una società *in house* rappresenta una delle modalità con cui un ente può organizzarsi per erogare i servizi di gestione interna (informatica, pulizie, ecc.) o i servizi ai cittadini o alle imprese (trasporti, energia, igiene, ecc.).

La Corte di Giustizia – con la sentenza Teckal – ha individuato per la prima volta, in maniera chiara, i tratti qualificanti dell’*in house providing*, rinvenendoli nell’assenza di un rapporto contrattuale tra l’amministrazione aggiudicatrice e la persona giuridica destinataria dell’affidamento, in quanto l’ente conferente esercita sul prestatore del servizio un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e tale persona (giuridica) realizza la parte più importante della propria attività con l’ente o gli enti che la controllano.

La Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 5 novembre 2013, n. 26283) ha, più precisamente, affermato che le società *in house* si caratterizzano pertanto per la contemporanea presenza di tre requisiti:

- la natura esclusivamente pubblica dei soci;
- l’esercizio dell’attività in prevalenza a favore dei soci stessi;
- la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici.

Quindi, si può parlare di società *in house* quando ci si trovi in presenza di una società caratterizzata da totale assenza di un potere decisionale suo proprio, in conseguenza dell’assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell’ente pubblico titolare della partecipazione sociale.

Sulla base di queste premesse, la Corte di Cassazione afferma che la società *in house*, come in qualche modo già la sua stessa denominazione enuncia, non pare in grado di collocarsi come un’entità posta al di fuori dell’ente pubblico, che ne dispone come di una propria articolazione interna; in altri termini si tratterebbe di una *longa manus* della pubblica amministrazione, al punto che l’affidamento pubblico mediante *in house contract* neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo (Corte Cost. 20 marzo 2013, n. 46); ne consegue che «l’ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all’amministrazione controllante, ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell’amministrazione stessa» (Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1).

La Corte, dunque, conclude ritenendo che solo per le società *in house* non

valgono i limiti di giurisdizione del giudice contabile nelle cause riguardanti la responsabilità degli organi di gestione di società a partecipazione pubblica e «non possono valere perché – ciò sia detto quanto meno ai limitati fini del riparto di giurisdizione – queste ultime hanno della società solo la forma esteriore, ma, come s'è visto, costituiscono in realtà delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi», ciò anche con riferimento al loro patrimonio.

In definitiva, le Sezioni Unite affermano – con riferimento alle società *in house* – che la loro prevalente attività dovrebbe essere destinata a favore dell'ente o degli enti partecipanti, sicché in buona sostanza, dovrebbe trattarsi di una società di capitali non destinata, se non in via del tutto marginale e strumentale, allo svolgimento di attività di imprenditoriali. Ulteriormente, le Sezioni Unite ritengono che il controllo analogo priverebbe gli organi sociali della propria autonomia gestionale, ed è sulla base di quest'ultima caratteristica che s'innesterebbe la convinzione dell'assenza di alterità soggettiva tra socio pubblico e società (F. NICOTRA).

4. Il fallimento delle società a partecipazione pubblica

Come già si è detto, in giurisprudenza e in dottrina si è registrato nel corso del tempo un orientamento discordante.

In particolare, si sono contrapposte due impostazioni metodologiche, quella “tipologica” e quella “funzionale”, le quali hanno dato luogo, in entrambi i casi, sia a soluzioni favorevoli all'applicabilità della disciplina fallimentare alle spa pubbliche, sia a soluzioni contrarie (S. DEL GATTO).

In base all'impostazione c.d. tipologica, la scelta sulla disciplina applicabile va fatta sulla base del “tipo” al quale la società partecipata appartiene. Pertanto, coloro che ritengono che buona parte delle società partecipate siano in verità enti pubblici, non ammettono il fallimento delle società partecipate in base ad un'interpretazione estensiva dell'art. 1 della l. fall. (G. ROSSI); quelli, invece, che ritengono che una società abbia sempre natura privatistica a prescindere dalla partecipazione pubblica e dai collegamenti, più o meno intensi, che vi possano essere con l'ente pubblico (in termini di risorse, controlli, attività, ecc.), affermano, al contrario, la sottoposizione di queste società alle procedure concorsuali senza eccezione alcuna (F. FIMMANÒ).

La scienza giuridica che segue l'approccio “funzionale”, invece, basa la scelta se una determinata disciplina possa essere applicata alle società per azioni partecipate, non sulla natura – pubblica o privata – della società, ma sull'interesse che con tale disciplina si vuole tutelare (G. NAPOLITANO). Per

stabilire, dunque, se la legge fallimentare trovi o no, applicazione nei casi delle spa partecipate da soggetti pubblici, è necessario chiedersi se le ragioni sottese all'esenzione prevista dall'art. 1, l. fall. per gli enti pubblici economici, sussistano anche per le spa partecipate (o, quantomeno, per alcune tra le spa partecipate) (F. GALGANO). In caso di risposta affermativa si dovrà escludere il loro assoggettamento alle norme fallimentari (G. D'ATTORRE).

Al proposito, deve ancora essere osservato che esonerare dal fallimento e dalle altre procedure concorsuali le società a capitale pubblico insolventi – al di là di eventuali ipotesi espressamente previste dal legislatore o in virtù della specifica missione loro assegnata – potrebbe determinare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato, nonché una disparità di trattamento tra imprese pubbliche e private, in violazione dell'art. 106 del Trattato CE, proprio perché, in tal modo, le une, a differenza delle altre, potrebbero continuare ad operare in perdita sul mercato (F. NICOTRA).

La questione è stata esaminata con dovizia di argomenti dalla Corte di Cassazione (Cass. 27 settembre 2013, n. 22209), che ha affrontato la vicenda di una società a responsabilità limitata, partecipata al 51% del capitale da un ente pubblico (Area di Sviluppo Industriale), cui il Prefetto aveva affidato, in regime di concessione, la realizzazione e la gestione di un impianto per lo stoccaggio e lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani della provincia.

In particolare, come affermato dalla Suprema Corte, «il legislatore ha ribadito la scelta favorevole alla riconducibilità delle società pubbliche fra quelle di diritto comune sia con il D.Lgs. n. 3 del 2003, di riforma del diritto societario, che ha sostituito agli artt. 2458/60 gli artt. 2449 e 2450 c.c. (...) sia col D.Lgs. n. 5 del 2006 di riforma del diritto fallimentare, che non ha modificato il R.D. n. 267 del 1942, art. 1, comma 1. E, come sottolineato da autorevole dottrina, neppure le innumerevoli disposizioni normative speciali che, nel corso degli anni, sono state emanate in tema di società pubbliche, costituiscono un corpus unitario, sufficiente a regolamentarne attività e funzionamento ed a modificarne la natura di soggetti di diritto privato, così da sottrarle espressamente alla disciplina civilistica».

Proprio per questo, anche le «eventuali norme speciali che siano volte a regolare la costituzione della società, la partecipazione pubblica al suo capitale e la designazione dei suoi organi, non incidono, infatti, sul modo in cui essa opera nel mercato né possono comportare il venir meno delle ragioni di tutela dell'affidamento dei terzi contraenti contemplate dalla disciplina privatistica». Dunque, «l'eventuale divergenza causale rispetto allo scopo lucrativo non appare sufficiente ad escludere che, laddove sia stato adottato il modello societario, la natura giuridica e le regole di organizzazione della partecipata restino quelle proprie di una società di capitali disciplinata in via generale dal codice civile».

La Corte di Cassazione si sofferma, quindi, sul caso specifico delle società partecipate da enti locali sulle quali «la complessa disciplina ricavabile dal D.Lgs. n. 267 del 2008, artt. 112 e 118 (TUEL.) e dalle successive leggi di modifica e/o di integrazione mantiene fermo il principio della separatezza fra titolarità degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici (che devono restare di proprietà degli enti, salvo che questi non li conferiscano a società a capitale interamente pubblico e incredibile) e attività di erogazione dei servizi, che può essere affidata anche a soggetti privati (L. n. 138 del 2011, art. 4, comma 28). Il fallimento della partecipata, ancorché, in ipotesi, costituita all'unico scopo di gestire un determinato servizio pubblico, non preclude dunque all'ente locale, rimasto proprietario dei beni necessari all'esercizio di quel servizio, di affidarne la gestione ad un nuovo soggetto».

E, con riferimento alle stesse, la Suprema Corte afferma che: «la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali – e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico – comporta anche che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dall'ordinamento, ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con le stesse forme e con le stesse modalità».

5. Segue. *Il fallimento delle c.d. “società in house”*

5.1. *Premessa*

Sulla possibilità per la società *in house* di accedere al concordato preventivo, all'accordo di ristrutturazione dei debiti e di essere assoggettata a fallimento, la giurisprudenza non è univoca. Esistono due orientamenti opposti, che fanno entrambi riferimento alle posizioni (anch'esse discordanti) assunte nel tempo dalla Cassazione.

5.2. *La posizione contro la fallibilità*

L'esercizio di servizi ritenuti essenziali per la collettività ha portato parte della giurisprudenza a estendere alle società *in house* l'esenzione dalla dichiarazione di fallimento che l'art. 1 delle legge fallimentare riserva (invero) ai so-

li enti pubblici territoriali (v. art. 1. l. fall.). In particolare, si esclude l'autonomia fallibilità, considerando le società *in house* come “*propaggini inanimate*” dell'ente territoriale, i cui amministratori rappresentano meri “*esecutori*” delle direttive del socio pubblico (F. NICOTRA).

Come già si è detto, il primo provvedimento edito è quello del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere (Trib. Santa Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009), che ha affermato la non assoggettabilità a fallimento delle società in mano pubblica (nella specie si trattava di una spa a totale partecipazione pubblica, titolare del servizio di raccolta differenziata in ambito provinciale).

Al proposito, lo stesso Tribunale di Santa Maria Capua Vetere ha – a più riprese (Trib. Santa Maria Capua Vetere, 22 luglio 2009; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 24 maggio 2011) – individuato gli elementi qualificanti le società *in house*, affermando quanto segue:

- «Posto che la mera titolarità in capo ad un soggetto pubblico delle partecipazioni ad una società per azioni non consente di concludere tout court per la natura pubblica della partecipata, al fine di stabilire la assoggettabilità o meno a procedura concorsuale della medesima, si dovrà in concreto e caso per caso valutarne la gestione e l'attività svolta. Si potrà, pertanto, ritenere sussistente la natura pubblica qualora i) la società affidataria di un determinato servizio svolga la maggior parte della propria attività a favore dell'ente pubblico; ii) l'impresa non abbia acquisito una vocazione commerciale che renda precario il controllo dell'ente pubblico e che può risultare, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto sociale, dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali, dall'espansione territoriale a tutto il territorio nazionale e all'estero; iii) il consiglio di amministrazione della società non abbia poteri gestionali di rilievo e l'ente pubblico eserciti poteri maggiori e più incisivi di quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale; iiiii) le decisioni di maggior rilievo debbano essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante. Non ha pertanto natura pubblica la società per azioni che pur essendo partecipata in tutto o in parte da un ente pubblico, sia caratterizzata da una gestione interamente riferibile al diritto privato e peculiare dell'impresa commerciale, le cui decisioni siano adottate con i meccanismi previsti dal diritto privato e non siano sottoposte al vaglio preventivo dell'ente pubblico»;

- «La società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato per il solo fatto che l'ente pubblico ne posseda in tutto o in parte le azioni. Pertanto, se la società partecipata dalla mano pubblica si avvale degli strumenti previsti dal diritto societario, essa non può che essere ritenuta un soggetto di natura privata. Le forme privatistiche di esercizio di impresa commerciale potranno eventualmente porre questioni attinenti

alla natura pubblica o privata del soggetto partecipato da enti pubblici solo qualora l'aspetto gestionale e di attività di detti enti risultasse completamente avulso dalle regole e dagli schemi del diritto commerciale, così da rappresentare la società un mero organo, un'articolazione che si immedesima nel soggetto pubblico che la partecipa. Su questo tema la giurisprudenza ha affermato che gli indici di valutazione riguardanti sia l'aspetto gestionale che l'attività della società che gestisce il servizio pubblico in favore dell'ente locale che interamente la partecipa attengono in sintesi alla concorrenza dei seguenti dati: a) il soggetto affidatario deve svolgere la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico; b) l'impresa non deve aver acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che può risultare, tra l'altro, dall'ampliamento del soggetto sociale, dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali, dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutto il territorio nazionale ed all'estero; c) il consiglio di amministrazione della società non deve avere poteri gestionali di rilievo e l'ente pubblico esercita poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale; d) le decisioni di maggior rilievo devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante».

La giurisprudenza di merito ha – successivamente – confermato tale orientamento, sul riflesso che «le società in mano pubblica, al ricorrere di determinate condizioni, non sarebbero fallibili non già perché enti pubblici, ma perché non riconducibili alla categoria dell'imprenditore commerciale» (Trib. Palermo 8 gennaio 2013). In particolare, secondo il Tribunale di Palermo, le società per azioni partecipate dal Comune, pur essendo istituite sotto forma di impresa di diritto privato, non possono fallire poiché sono mancanti del requisito oggettivo previsto dall'art. 1 della legge fallimentare, ossia perché non sono imprenditori commerciali. Allo stesso modo ne è escluso l'accesso all'amministrazione straordinaria ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 270/99. D'altra parte – si è rilevato ancora – la società a partecipazione pubblica è una delle modalità con la quale viene esercitato il servizio pubblico. Per cui, in ipotesi di decozione della società (che si traduce nell'incapacità della società di soddisfare con regolarità i propri debiti), compito dell'ente pubblico che la partecipa (in veste di socio) è quello di trovare una modalità alternativa al soddisfacimento degli interessi pubblici mediante l'affidamento del servizio (da essa fino ad allora gestito) in altra forma ovvero riassegnandolo ad altro soggetto, mentre spetta agli organi del fallimento la liquidazione delle attività della società nel rispetto del principio del “concorso” tra tutti i creditori (secondo criteri di soddisfazione stabilite *ex lege* e nel rispetto delle cause di prelazione in essere).

A ciò si deve anche aggiungere che il sistema di pubblicità legale (attuato

tramite l'iscrizione della società nel Registro delle Imprese) determina nei terzi che hanno (e hanno avuto) a che fare con la società un legittimo affidamento sull'applicabilità alla medesima della disciplina di diritto civile (conforme al *nomen iuris* dichiarato), data dall'insieme di regole valide per tutte le società commerciali comprese, anche, quelle della sottoposizione al fallimento nel caso (estremo) di insolvenza. Detto affidamento verrebbe altrimenti deluso se il diritto civile venisse disapplicato e sostituito con particolari disposizioni pubblicistiche.

Si è, successivamente, affermato che il servizio pubblico è insuscettibile di interruzione senza recare pregiudizio per la collettività (stante la prevalenza dell'interesse pubblico ad una regolare erogazione del servizio sugli interessi dei creditori istituzionalmente tutelati dalla procedura fallimentare) e che gli effetti tipici derivanti dal fallimento determinerebbero una ingerenza dell'autorità giudiziaria in ambiti che sono, invece, riservati alla (sola) Pubblica Amministrazione (Trib. La Spezia, 20 marzo 2013).

È, poi, intervenuta la Corte di Cassazione a sezioni unite (Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283), la quale – pur occupandosi di giurisdizione – ha precisato, indirettamente, che l'esenzione dalle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, prevista per gli enti pubblici dall'art. 1, comma 1, della legge fallimentare, deve essere applicata anche alle società c.d. *in house providing* (v. *supra*).

In presenza delle società in esame non può configurarsi un rapporto di alterità, né una separazione patrimoniale, tra l'ente pubblico partecipante e la società stessa. Ricorrendo i presupposti citati, dunque, deve escludersi l'assoggettabilità delle società *in house* a fallimento.

Inoltre, come accade nelle Amministrazioni pubbliche, gli amministratori della società sono sottoposti ad un controllo assoluto da parte delle amministrazioni, tali da privarli di effettivi e concreti poteri gestori. In qualità di articolazione di enti pubblici, a tali società deve essere estesa la previsione di esenzione di fallimento, ex art. 1 l. fall. La società *in house*, in sostanza, coinciderebbe con l'ente pubblico e, perciò, sarebbe al pari sottratta al fallimento, ai sensi dell'articolo 1 della legge fallimentare.

Tale principio è stato, più di recente, ribadito dalla giurisprudenza di merito, che ha evidenziato come nelle società *in house* gli organi sociali risultano preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla pubblica amministrazione e ad essa legati da un vero e proprio rapporto di servizio; con la conseguenza che non vi è distinzione tra ente pubblico e società e che, dunque, anche quest'ultima riveste le caratteristiche dell'ente pubblico e, pertanto, non è fallibile.

In particolare, la giurisprudenza ha affermato che «L'esenzione dalle di-

sposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo prevista per gli enti pubblici dall'articolo 1, comma 1, l. fall. deve essere applicata anche alle società cd. "*in house providing*", le quali possono essere individuate in base ai criteri indicati nella sentenza della Corte di cassazione 25 novembre 2013, n. 26283, secondo la quale detta qualifica va attribuita alle società che presentino congiuntamente i seguenti tre requisiti: 1) natura esclusivamente pubblica dei soci; 2) lo svolgimento dell'attività in prevalenza a favore dei soci stessi; 3) la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici» (Trib. Verona, 19 dicembre 2013); inoltre, «Se è vero che gli enti pubblici sono sottratti al fallimento, anche la società *in house* integralmente partecipata dagli stessi, non potrà essere soggetta alla liquidazione fallimentare, in quanto concreta mero patrimonio separato dell'ente pubblico e non distinto soggetto giuridico, centro decisionale autonomo e distinto dal socio pubblico titolare della partecipazione, che esercita sullo stesso un potere di governo del tutto corrispondente a quello esercitato sui propri organi interni» (Trib. Napoli, 9 gennaio 2014).

Ancora più di recente si è affermato che non vi è distinzione tra ente pubblico e società e che, dunque, anche quest'ultima riveste le caratteristiche dell'ente pubblico: pertanto, non può fallire (App. Aquila, 3 marzo 2015).

5.3. La posizione a favore della fallibilità

La prima sentenza edita sul punto è quella resa dalla Corte d'Appello di Napoli (App. Napoli, 15 luglio 2009), secondo cui «il rilievo pubblico di alcune società di diritto privato permette l'applicazione di determinati istituti di natura pubblicistica, in presenza di specifiche disposizioni di legge, ma non consente di qualificare l'ente come pubblico e di sottrarlo all'ordinaria disciplina codicistica. Ne consegue che se, in ambito concorsuale, manca una specifica disciplina che preveda l'applicabilità alle società in mano pubblica dell'esenzione del fallimento propria degli enti pubblici, le stesse rimangono assoggettate a tale procedura, al pari delle altre società di diritto privato».

Successivamente, il Tribunale di Velletri (Trib. Velletri, 8 marzo 2010) ha affermato che «È assoggettabile a procedura concorsuale – e può quindi essere ammessa al concordato preventivo – la società per azioni interamente partecipata da capitale pubblico e che utilizzi risorse pubbliche per lo svolgimento della propria attività qualora la sua sfera d'azione sia riconducibile al diritto privato secondo uno schema comunque inquadrabile nel modello previsto dal codice civile. (Nella specie, il potere di indirizzo riconosciuto all'ente pubblico è limitato all'espletamento del servizio nel territorio di riferimento, gli enti locali non hanno alcun potere di ingerenza nella gestione complessiva della

società e di verifica del bilancio e non esercitano comunque un potere analogo a quello esercitato dall'ente pubblico sui propri servizi; l'oggetto sociale ammette infine l'espletamento dell'attività a favore di terzi)».

Ed infatti, anche trascurando il problema della natura pubblica o privata, si è sostenuto che «l'esenzione dalle procedure concorsuali di tali società pregiudicherebbe sia l'interesse dei creditori, sia l'interesse pubblico, sia (potenzialmente) l'interesse della stessa società» (Trib. Napoli, 31 ottobre 2012).

Nello stesso senso di è pronunciata la Corte di Cassazione (Cass. 27 settembre 2013, n. 22209), la quale ha affermato che «in tema di società partecipate dagli enti locali, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità»; d'altronde, la sussistenza di eventuali norme speciali volte a regolare la costituzione delle società a partecipazione pubblica, la partecipazione pubblica stessa al capitale sociale, la designazione (pubblica) dei suoi organi interni (consiglio di amministrazione e collegio sindacale) non muta la natura di soggetto privato delle società partecipate, interamente o parzialmente, da soggetti pubblici, posto che vi è assoluta autonomia tra società e ente, di modo che l'ente può incidere sul funzionamento e sull'attività della società non attraverso poteri autoritativi e discrezionali; ma solo avvalendosi degli strumenti di diritto societario esercitati a mezzo dei componenti degli organi della società che sono affidati alla sua nomina.

In altri termini, l'affermata competenza giurisdizionale della Corte dei Conti non impedisce affatto che le predette società possano essere assoggettate a procedura concorsuale, ben potendo le condotte dei soggetti essere considerate plurioffensive e, cioè, lesive del patrimonio pubblico e, nel contempo, pregiudizievoli per i creditori o i terzi (ai sensi degli artt. 2394 e 2395 c.c.). Inoltre, l'indubbia peculiarità della *governance* della società in house non esclude che questa si atteggi, nei rapporti coi terzi, come un qualunque soggetto imprenditoriale privato (e, come tale, a rischio di insolvenza). Infine, la finalità pubblicistica perseguita dagli enti pubblici soci non è automatica caratteristica della società *in house*, la quale (come quella in esame) agisce sul mercato con finalità di lucro (in termini di perseguimento – quantomeno – di un pareggio di bilancio, se non di lucro); in particolare, «In difetto di diversa qualificazione legislativa, deve ritenersi valido il principio generale della assoggettabilità alle procedure concorsuali delle imprese che abbiano assunto la

forma societaria iscrivendosi nell'apposito registro e quindi volontariamente assoggettandosi alla disciplina privatistica» (Trib. Modena, 10 gennaio 2014).

La giurisprudenza di merito (Trib. Pescara, 14 gennaio 2014) ha affermato, successivamente, che «Sono assoggettabili a procedura concorsuale le società cd. in house, in quanto la natura del rapporto funzionale con l'ente proprietario non si riflette sulla disciplina normativa applicabile all'organizzazione societaria, che rimane quella ordinaria prevista dal codice civile. Le società di capitali con partecipazione pubblica non mutano, infatti, la loro natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici (Comune, Provincia, ecc.) ne posseggono le azioni, in tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno, per le vicende della medesima, la persona dell'azionista, dato che tale società, quale persona giuridica privata, opera "nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico" e gli strumenti utilizzati per regolare il rapporto tra società ed ente locale non possono essere quelli autoritativi di diritto pubblico spendibili nell'organizzazione diretta dell'ente, ma l'ente può avvalersi unicamente degli strumenti propri del diritto societario, da esercitare per il tramite dei membri di nomina pubblica presenti negli organi sociali».

Ed ancora (Trib. Palermo, 13 ottobre 2014), «È di interpretazione autentica la norma di cui al D.L. n. 95/12, convertito in L. 135/2012, che ha dettato, in materia di società a partecipazione pubblica, una disposizione di generale rinvio alla disciplina codicistica delle società di capitali, precisando che: "Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina dettata dal codice civile in materia di società di capitali"; con la conseguenza che «Le società costituite nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili a fallimento, indipendentemente dall'effettivo esercizio di una siffatta attività, in quanto esse acquistano la qualità di imprenditore commerciale dal momento della loro costituzione, non dall'inizio del concreto esercizio dell'attività d'impresa, al contrario di quanto avviene per l'imprenditore commerciale individuale. Sicché, mentre quest'ultimo è identificato dall'esercizio effettivo dell'attività, relativamente alle società commerciali è lo statuto a compiere tale identificazione, realizzandosi l'assunzione della qualità in un momento anteriore a quello in cui è possibile, per l'impresa non collettiva, stabilire che la persona fisica abbia scelto, tra i molteplici fini potenzialmente raggiungibili, quello connesso alla dimensione imprenditoriale».

Pertanto, (Trib. Reggio Emilia, 18 dicembre 2014) «Può dichiararsi il fallimento della società "in house" (totalmente partecipata da enti pubblici) che

non esercita un servizio pubblico essenziale di esclusiva competenza pubblica, poiché la stessa agisce sul mercato con finalità di lucro e si attegga – nei rapporti coi terzi – come un soggetto privato, non potendosi invece desumere un ostacolo alla fallibilità dall’affermata giurisdizione del giudice contabile sulla responsabilità degli amministratori».

Ancora più di recente si è affermato che le disposizioni contenute nel Codice civile e nella legge fallimentare valgono per tutte le società, anche per quelle *in house* che possono quindi fallire (App. Napoli, 27 ottobre 2015), dovendosi considerare insussistenti i presupposti per procedere ad una riqualificazione come ente pubblico delle società *in house*, ossia delle società sotto il totale controllo di enti pubblici.

La Corte d’appello di Napoli, in particolare, esamina i due diversi orientamenti e si sofferma in particolar modo sulla pronuncia della Corte di Cassazione a sezioni unite, affermando i principi di seguito richiamati:

- rifarsi alla pronuncia della Suprema Corte per sostenere la non fallibilità delle società *in house* non è corretto, in quanto la sentenza riguarda la giurisdizione della Corte dei conti sull’azione di responsabilità erariale nei confronti degli amministratori delle società; questione da considerarsi di carattere settoriale;

- l’orientamento della Cassazione non è sistematicamente incompatibile con l’applicazione delle norme fallimentari alle società *in house*, in quanto le condotte dei soggetti possono essere plurioffensive, cioè allo stesso tempo lesive del patrimonio pubblico e pregiudizievoli per i creditori o i terzi;

- a favore dell’applicabilità delle disposizioni fallimentari alle *in house* (e quindi della loro fallibilità) ci sono anche le disposizioni contenute nella legge delega sulla riorganizzazione della Pubblica Amministrazione, anche se resta ferma la necessità di indicazioni legislative specifiche, in arrivo con i decreti ora in fase di approvazione (si veda anche la pagina seguente). «Gli articoli 16-19 della legge n. 124/2015 – si legge nella sentenza – costituiscono conferma sia dell’inesistenza allo stato di indici normativi che consentano di qualificare la società *in house* come enti pubblici sia della necessità di dirimere le criticità sorte in relazione a tali società con un apposito intervento normativo»;

- il fulcro della questione è, quindi, quello di verificare se al momento della dichiarazione di fallimento la società ricorrente poteva essere qualificata come società *in house* e in caso positivo se tale qualificazione precludeva la possibilità di dichiarare il fallimento;

- a una società *in house* possono essere applicate le disposizioni derogatorie previste per gli enti pubblici solo se è possibile escludere che tali società esercitino un’attività commerciale;

- visto che, nel caso sotto esame, dalla verifica era emerso che la società in questione svolgeva attività commerciale, viene respinto il reclamo.

6. La posizione della Corte dei Conti

La questione dell'insolvenza delle società a partecipazione pubblica, e soprattutto delle conseguenze che dalla stessa potrebbero derivare, è stata affrontata anche dalla Corte dei Conti (Corte dei Conti, sezione di controllo per il Piemonte, deliberazione 18 febbraio 2016, n. 14/2016/PAR).

Nel caso sottoposto all'esame della Corte di Conti, il Comune partecipava in via totalitaria ad una società costituita per realizzare operazioni di cartolarizzazione di immobili comunali ad essa conferiti dall'ente locale. A suo tempo, il comune socio aveva prestato una garanzia reale mediante pegno su quote della società medesima nei confronti degli istituti finanziatori e della società interamente partecipata. La società è stata posta in stato liquidazione e il patrimonio sociale, anche a seguito della necessaria e prudente svalutazione degli immobili di proprietà, non è in grado di garantire la chiusura della fase di liquidazione in pareggio, attesa la registrazione da parte del liquidatore di un considerevole deficit nel corso della relativa procedura. Per evitare il fallimento, il liquidatore ha quindi proposto all'ente locale un piano di liquidazione che suddivide il suddetto deficit in 10 anni, con l'onere per l'ente stesso, in qualità di socio unico, di farsi carico delle occorrenti risorse finanziarie (A. SANTUARI).

In considerazione delle garanzie prestate alla società, il Comune si è – dunque – posto il problema di come affrontare l'impatto in bilancio nel caso di fallimento della partecipata, e ha interpellato la Sezione per sapere se l'ente possa legittimamente procedere alla copertura del deficit, nei termini proposti dal liquidatore. Sul punto, i giudici contabili piemontesi hanno precisato quanto segue:

- nel caso di escussione della garanzia reale prestata dall'ente, la responsabilità patrimoniale non può che essere limitata al bene prestato in garanzia;
- da ciò consegue che in tale ipotesi l'impatto sul bilancio del Comune è riconducibile alla diminuzione patrimoniale consistente nell'espropriazione forzata della partecipazione societaria (il cui valore, peraltro, è già stato oggetto di svalutazione);
- il potere d'intervento del socio pubblico deve rispettare l'art. 6, comma 19, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, che fa divieto agli enti locali di effettuare aumenti di capitale, trasferimenti

straordinari, aperture di credito, nonché di rilasciare garanzie a favore delle società partecipate che abbiano registrato perdite per 3 esercizi consecutivi;

- in tale contesto, l'assunzione a carico del bilancio comunale del deficit della partecipata in liquidazione non può che rientrare nella fattispecie residuale dell'accollo da parte dell'ente del debito altrui;

- l'accollo, secondo la definizione che di tale istituto si ricava dall'art. 1273 c.c., è il contratto tra il debitore (accollato) e un terzo (accollante) in virtù del quale quest'ultimo si assume un debito del primo verso un creditore (accollatario);

- l'accollo dell'ente deve rispondere al perseguimento di un rilevante e preminente interesse pubblico, «la cui esistenza va motivata alla luce degli scopi istituzionali e della necessità di perseguire i canoni di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.; artt. 1 e 3, legge n. 241 del 1990), soprattutto, in termini di razionalità economica» (*ex multis*: Sezione di controllo Lombardia, Deliberazione n. 30/2015/PAR).

Alla luce di quanto sopra espresso, risulta evidente che in capo agli amministratori locali grava una responsabilità significativa, poiché essi sono chiamati ad assumere decisioni anche in ordine ad un organismo partecipato in fallimento.

7. La c.d. “*riforma Madia*”

Il tema della fallibilità delle società in mano pubblica è affrontato di petto dalla cd. “*Riforma Madia*” (legge 7 agosto 2015, n. 124).

In particolare, l'art. 14 della bozza di decreto delegato relativo alle società a partecipazione pubblica prevede che:

- le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e a quelle sul concordato preventivo. Nei 5 anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società in controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le Amministrazioni pubbliche controllanti non potranno costituire nuove società, né acquisire partecipazioni in società già costituite o mantenere partecipazioni in società qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita;

- le società a controllo pubblico dovranno adottare con deliberazione assembleare, su proposta dell'organo amministrativo, specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale, al fine di prevenirne la formazione. Qualora da tale valutazione emergano uno o più indicatori di crisi, l'organo amministrativo dovrà adottare senza indugio un idoneo programma di risanamento, contenente i provvedimenti necessari per evitare l'aggravamento della

crisi, per correggere gli effetti negativi e per eliminarne le cause. È importante richiamare l'attenzione sulle responsabilità dell'organo amministrativo: in caso di fallimento o concordato preventivo la mancata adozione di provvedimenti da parte di tale organo costituisce “grave irregolarità” ai sensi dell'art. 2409 del Codice Civile (denuncia al tribunale), con tutte le conseguenze negative che da ciò possono derivare. Un semplice piano di ripiano delle perdite da parte delle Amministrazioni pubbliche socie non può essere considerato un provvedimento adeguato, a meno che non sia accompagnato da un piano di “ristrutturazione aziendale”, dal quale risulti che sussistono concrete possibilità di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte dalla società.

8. Conclusioni

L'analisi svolta evidenzia come la questione dell'insolvenza delle società a partecipazione pubblica possa (*rectius* potesse) essere esaminata secondo due diversi metodi di indagine, delineati da dottrina e giurisprudenza (F. NICOTRA).

Secondo un primo metodo c.d. “tipologico”, il quesito dell'assoggettabilità o meno a fallimento della società a capitale pubblico dovrebbe essere affrontato cercando di individuare la natura giuridica di quest'ultima, nel senso di stabilire se essa sia qualificabile in termini di soggetto privato (fallibile) o di ente pubblico (esclusa dal fallimento).

Tale orientamento, tuttavia, non sempre conduce a risultati univoci. In proposito, mentre un'interpretazione tradizionale ribadisce sempre e comunque la natura privata della società in mano pubblica stabilendone l'assoggettamento alla disciplina fallimentare, contrapposti orientamenti giurisprudenziali ritengono che, in presenza di specifici indici sintomatici, una società a partecipazione pubblica possa essere qualificata come soggetto sostanzialmente pubblico (con conseguente esenzione dal fallimento).

Secondo un altro orientamento, basato su un metodo c.d. “funzionale”, il problema non è tanto quello di qualificare la società in mano pubblica come ente privato o pubblico, quanto piuttosto quello di stabilire se nella specifica materia di riferimento debba trovare applicazione la disciplina privatistica o quella pubblicistica. L'applicazione di questo metodo conduce ad affermare l'esenzione dal fallimento delle società in mano pubblica che presentino il carattere della necessità.

Negli stessi termini si pone la questione se – da parte delle società a partecipazione pubblica – sia possibile ricorrere alle altre procedure concorsuali previste dal nostro ordinamento e, innanzitutto, al concordato preventivo.

Aderendo alla tesi per cui è attività commerciale ogni attività diversa da

quella agricola e per cui, ai fini dell'assunzione della qualifica d'imprenditore, non è necessario che l'attività esercitata sia la prevalente o l'esclusiva, ne potrebbe conseguire che anche l'attività della società *in house* (sebbene indirizzata a favore dell'Ente o Enti partecipanti), se svolta secondo criteri di economicità e imprenditorialità, non dovrebbe sfuggire alla qualificazione imprenditoriale. Pertanto, ricorrendo gli altri requisiti previsti dalla legge, la società *in house* potrebbe accedere al concordato preventivo, all'accordo di ristrutturazione dei debiti ed essere assoggettata a fallimento.

In proposito, come per il fallimento, differenti sono gli esiti derivanti dall'applicazione del metodo "tipologico" o di quello "funzionale" (F. NICOTRA).

A quest'ultimo riguardo, nel caso in cui si applichi il metodo tipologico, dando così rilevanza alla natura giuridica del soggetto debitore, l'affermazione della natura sostanzialmente pubblica del soggetto implica come conseguenza l'esclusione dello stesso non solo dal perimetro delle imprese fallibili, ma anche da quello delle imprese assoggettabili a concordato preventivo.

In senso opposto, ove si applichi il metodo funzionale, che lega l'esenzione dalla procedura concorsuale al carattere della necessità della società, inteso come preordinazione della stessa allo svolgimento di determinati servizi essenziali destinati al soddisfacimento di bisogni collettivi, e, dunque, alla tutela dell'interesse pubblico alla continuità del servizio, vengono meno le ragioni che potrebbero impedire l'ammissibilità del concordato preventivo. Ciò, anche tenuto conto del fatto che, in quest'ultima ipotesi, non si produrrebbero quegli stessi effetti che tradizionalmente vengono invocati per escludere il ricorso alla procedura fallimentare. Con riferimento alla tutela dell'interesse pubblico alla continuità del servizio, viene inoltre rilevato che, nell'ambito del concordato, l'apertura della procedura non impone l'interruzione dell'attività d'impresa che normalmente consegue alla dichiarazione di fallimento (art. 42 l. fall.), né lo spossessamento del debitore.

Infine, con particolare riferimento al concordato preventivo con continuità aziendale, l'ammissione alla procedura non porta con sé l'interruzione nello svolgimento del servizio pubblico, in quanto l'art. 186-*bis*, l. fall., esclude da un lato, che tale procedura impedisca la partecipazione alla gara pubblica, anche in raggruppamento temporaneo con altre imprese, e, dall'altro lato, che si faccia applicazione di quelle previsioni di legge e contrattuali che, per effetto dell'apertura della procedura, prevedono la risoluzione dei contratti sia privati che pubblici in corso d'esecuzione, la cui prosecuzione è anzi agevolata dal divieto di azioni esecutive individuali.

Ma anche il concordato preventivo meramente liquidatorio non pone problemi di compatibilità con la tutela dell'interesse pubblico, in quanto, la scelta

di non proseguire l'attività d'impresa, è assunta dalla stessa società in sede di piano di concordato, senza essere imposta dal Tribunale con il provvedimento di ammissione.

La dottrina ammette, inoltre, il ricorso da parte delle società a capitale pubblico, anche nell'ipotesi in cui si affermi l'esenzione dal fallimento, agli accordi di ristrutturazione dei debiti, ciò muovendo dal disposto dell'art. 182-*bis* l. fall., che si limita a richiedere in capo al soggetto che vi fa ricorso la mera qualità di "imprenditore" (C. TRENTINI).

In conclusione, le problematiche connesse al variegato mondo delle società partecipate dagli enti pubblici ed all'esatto inquadramento giuridico delle stesse, rappresentano uno degli esempi più attuali delle sempre maggiori forme di intersecazione tra diritto pubblico/amministrativo e diritto civile che si riflette sul tema dell'assoggettabilità delle società a capitale pubblico al fallimento e alle altre procedure concorsuali.

In assenza di una disciplina specifica, la materia non ha ancora trovato una soluzione uniforme, essendo state elaborate – alla luce dei principi e delle disposizioni normative vigenti – di volta in volta soluzioni differenti sulla base degli elementi concreti che caratterizzano le varie fattispecie societarie. Unica eccezione sembra rinvenibile nella materia delle società *in house*, ove prevalgono argomentazioni che possono porsi come indici di univocità e di armonizzazione che fanno propendere per la esenzione dal fallimento.

Di fronte ad un quadro così frammentato, il quale presenta ancora elementi di incertezza, parte della dottrina auspica – da tempo – un intervento del legislatore in materia, volto, per esempio, ad introdurre una procedura di insolvenza speciale per quelle società che soggettivamente (perché a capitale pubblico) o oggettivamente (perché di interesse strategico o di rilevanza nazionale) non possono essere assoggettate al regime generale.

E il legislatore, nell'ambito della riforma della Pubblica Amministrazione, ha quindi deciso di risolvere normativamente la questione.

Le società partecipate potranno, quindi, fallire: saranno inequivocabilmente soggetti alle norme in materia di fallimento, concordato preventivo e amministrazione delle grandi imprese in crisi. E le società a partecipazione pubblica non potranno continuare *sine die* a drenare risorse agli enti soci, in quanto il ripianamento delle perdite – anche se attuato con aumento di capitale o trasferimento di partecipazioni – non sarà più la via maestra per continuare a mantenersi in linea di galleggiamento. Sarà – per contro necessario – un piano di ristrutturazione aziendale, da cui emergano "concrete prospettive di recupero".

Bibliografia

Dottrina:

- CODAZZI E., *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società*, 2014.
- D'ATTORRE G., *Gli enti di natura pubblica, in I soggetti esclusi dal fallimento*, a cura di M. Sandulli, Ipsoa, Milano, 2007.
- DEL GATTO S., *Le società pubbliche e le norme di diritto privato*, in *Gior. dir. amm.*, 2014, fasc. 5.
- FIMMANÒ F., *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza*, Giuffrè, Milano, 2011.
- GALGANO F., *L'imprenditore pubblico*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, Zanichelli, Bologna-Roma, 1974.
- IBBA C., *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2015.
- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003.
- NICOTRA F., *Società a capitale pubblico e assoggettabilità a fallimento. Aspetti problematici*, in www.diritto.it, Pubblicato il 12 giugno 2015.
- ROSSI G., *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. Pubbl. e appalti*, 2004.
- SANTUARI A., *Società partecipate: liquidazione e debiti per l'ente locale – corte conti piemonte 14/2016*, in www.personaedanno.it.
- SCHIRRA A., *Nuove frontiere delle società partecipate: il dissesto e la fallibilità*, in www.ilfallimentarista.it.
- TRENTINI C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Ipsoa, Milano, 2012.

Giurisprudenza:

- Cass. 10 gennaio 1979, n. 158, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, pag. 80.
- Corte Giustizia, 18 novembre 1999, in causa C-107/98, in www.curia.europa.eu.
- Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, www.altalex.com.
- Trib. Santa Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009, in www.unijuris.it.
- Trib. Santa Maria Capua Vetere, 22 luglio 2009, in www.ilcaso.it.
- Trib. Velletri, 8 marzo 2010, in www.unijuris.it.
- Trib. Santa Maria Capua Vetere, 24 maggio 2011, in www.ilcaso.it.
- Trib. Palermo, 8 gennaio 2013, in www.dirittodeiservizipubblici.it.
- Trib. La Spezia, 20 marzo 2013, in *Banca borsa tit. credito*, 2014, 4, II.
- Corte Cost. 20 marzo 2013, n. 46, in www.cortecostituzionale.it.
- Cass. 27 settembre 2013, n. 22209, in www.ilcaso.it.

Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, in *www.ilcaso.it*.
Trib. Verona, 19 dicembre 2013, in *www.ilcaso.it*.
Trib. Napoli, 9 gennaio 2014, in *www.unijuris.it*.
Trib. Modena, 10 gennaio 2014, in *www.unijuris.it*.
Trib. Pescara, 14 gennaio 2014, in *www.ilcaso.it*.
Trib. Palermo, 13 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*.
Trib. Reggio Emilia, 18 dicembre 2014, in *www.ilcaso.it*.

I riflessi della riforma sul bilancio delle società a partecipazione pubblica

Christian Rainero-Alessandro Migliavacca

SOMMARIO

1. Il settore pubblico allargato e le società partecipate. – 1.1. La classificazione delle aziende secondo la dottrina economico-aziendale. – 1.2. La classificazione delle unità organizzative secondo il Sistema Europeo dei Conti nazionali. – 1.3. Il settore pubblico allargato. – 2. Il sistema di bilancio nel settore pubblico allargato. – 2.1. Amministrazione razionale fondata sul bilancio. – 2.2. I modelli di bilancio per le aziende pubbliche e le società partecipate. – 2.3. Il processo di riforma del bilancio secondo i principi del Codice Civile. – 3. I nuovi principi di redazione del Bilancio. – 3.1. Principio di prevalenza della sostanza sulla forma. – 3.2. Principio di rilevanza. – 4. I nuovi schemi di bilancio. – 4.1. Lo Stato Patrimoniale. – 4.2. Il Conto Economico. – 4.3. Il Rendiconto Finanziario. – 4.4. La Nota Integrativa. – 5. I nuovi criteri di valutazione delle poste di bilancio. – 5.1. Criterio del costo ammortizzato. – 5.2. Spese di Pubblicità. – 5.3. Spese di Ricerca. – 5.4. Avviamento. – 5.5. Azioni proprie in portafoglio. – 5.6. Strumenti finanziari derivati. – 5.7. Operazioni in valuta. – 5.8. Bilancio consolidato. – 6. Conclusioni. – Bibliografia.

1. Il settore pubblico allargato e le società partecipate

1.1. La classificazione delle aziende secondo la dottrina economico-aziendale

Secondo la dottrina economico-aziendale, osservando un approccio antropologico, le aziende, sono «*un istituto economico destinato a perdurare che, per il soddisfacimento di umani bisogni, ordina e svolge, in continua coordinazione, la produzione o il procacciamento e il consumo della ricchezza*»¹ nonché «*lo strumento dell'umano operare nell'attività economica*»². Secondo

¹ G. ZAPPA, *Le produzioni nell'economia delle imprese*, Giuffrè, Milano, 1957.

² G. FERRERO, *Istituzioni di economia d'azienda*, Giuffrè, Milano, 1968.

questa accezione, si conferisce così all'azienda una natura strumentale e secondaria rispetto alla volontà e ai bisogni della persona, che perdura congiuntamente alla persona e oltre la sua esistenza.

Le aziende assumono, così, una duplice dimensione³, “nello spazio” – in cui le proprie performance devono essere monitorate sotto il triplice aspetto finanziario, economico e patrimoniale – e “nel tempo” – essendo la gestione caratterizzata dal periodico e ricorrente volgere degli eventi e l'attività capace di perdurare nel tempo.

I bisogni delle persone assumono, di conseguenza, un aspetto di preminenza sull'attività delle aziende e guidano la classificazione delle stesse; le aziende, infatti, possono essere distinte sulla base della tipologia di bisogni soddisfatti (pubblici, collettivi, privati) e secondo le conseguenti modalità di procacciamento e impiego delle risorse economico-finanziarie.

Le “aziende di consumo”, chiamate anche “aziende di erogazione”, soddisfano bisogni collettivi, comuni e pubblici, meritevoli di tutela, operando una redistribuzione del reddito in condizioni di vitalità economica riflessa⁴, in quanto non hanno la possibilità di accedere direttamente al mercato e in cui le fonti di finanziamento derivano principalmente da contributi esterni (o, nel caso delle aziende pubbliche, da tributi imposti per legge). I loro impieghi riguardano costi di gestione, investimenti di natura patrimoniale e rimborso del capitale di debito.

Le “aziende di produzione”, individuate nelle imprese e nelle attività assimilabili, soddisfano bisogni privati, in presenza di accesso al mercato, acquisendo risorse e capitale dall'esterno e accumulando ricchezza patrimoniale attraverso la propria attività. Alcune aziende di produzione sono caratterizzate da un principio di mutualità e solidarietà tra i proprietari, in cui l'accumulazione del capitale diventa secondaria rispetto alla soddisfazione del patto di mutualità.

³ L. PUDDU, *Il Processo di Accumulazione del Capitale, L'analisi Funzionale del Management, L'amministrazione Razionale e la Classificazione delle Aziende: Razionalità della Rilevanza e Valori Etici*, Egea, Milano, 2010.

⁴ G. FERRERO, *op. cit.*

Tabella 1 – *il processo di accumulazione del capitale*

TIPOLOGIE DI AZIENDE FONTI/IMPIEGHI	Aziende di CONSUMO		Imprese di PRODUZIONE	
	Aziende Pubbliche (Istituzioni)	Aziende non profit	Imprese	Imprese cooperative
a) Fonti di accumulazione del capitale:				
1a) Capitale sociale/fondo di dotazione	NO	SI ⁵	SI ⁶	SI ⁷
2a) Ricavi di mercato	NO	NO ⁸	SI	SI
3a) Tributi da potere impositivo	SI	NO	NO	NO
4a) Contributi da terzi senza corrispettivo	SI	SI	SI	SI
5a) Disinvestimenti patrimoniali	SI	SI	SI	SI
6a) Debiti	SI	SI	SI	SI
b) Impieghi del capitale:				
1b) Costi di gestione	SI	SI	SI	SI ⁹
2b) Investimenti patrimoniali	SI	SI	SI	SI
3b) Rimborso debiti	SI	SI	SI	SI
4b) Remunerazione, rimborso del capitale sociale/fondo di dotazione	NO	NO	SI	SI ¹⁰

Fonte: Puddu, 2010, ns. rielaborazione.

⁵ Fondo di dotazione da utilizzare per gli scopi dell'ente.

⁶ Capitale sociale da mantenere integro attraverso l'accumulazione del reddito.

⁷ Con limite massimo per socio e con voto capitaro.

⁸ Con eccezione per le imprese sociali.

⁹ Con limiti e riserve indivisibili.

¹⁰ Con ristorni ai soci.

1.2. La classificazione delle unità organizzative secondo il Sistema Europeo dei Conti nazionali

Secondo il Sistema Europeo dei Conti Nazionali¹¹, nella sua versione del 2010 (SEC2010), le unità organizzative presenti nel contesto economico europeo possono essere ricondotte a cinque tipologie fondamentali¹²:

- Organizzazioni non finanziarie (§S.11), composte dalle società ed enti assimilabili (“quasi-corporations”) aventi accesso al mercato e produttrici di beni e servizi non finanziari, ivi comprese le società pubbliche non finanziarie (§S.11001), cioè «*tutte le società non finanziarie, enti assimilabili e istituzioni non profit, costituenti soggetti legali indipendenti, aventi accesso al mercato e sottoposte al controllo di un'unità governativa*».

- Organizzazioni finanziarie (§S.12), società ed enti assimilabili aventi accesso al mercato ed erogatrici di servizi di natura finanziaria, ivi comprese le banche centrali (§S.121) e le società finanziarie pubbliche.

- Organizzazioni governative (§ S.13), o Pubblica Amministrazione, ossia «*quelle unità istituzionali i cui beni o servizi non sono destinati alla vendita bensì erogati per il consumo, sia individuale sia collettivo, e sono finanziate tramite pagamenti coattivi (tributi) effettuati da unità istituzionali appartenenti ad altri settori, nonché quelle unità istituzionali coinvolte nella redistribuzione della ricchezza nazionale*», ivi compresi gli enti previdenziali e assistenziali (§S.1314).

- Famiglie (§S.14), composte dagli individui o loro gruppi, che consumano i beni e servizi prodotti dalle altre unità istituzionali ovvero producono in maniera limitata per l'autoconsumo o per il mercato senza avere un'identità separata.

- Le istituzioni non-profit al servizio delle famiglie (§S.15), che producono beni e servizi non destinati alla vendita per la soddisfazione di bisogni privati.

- Il “resto del mondo” (§S.2), cioè tutte le unità istituzionali che non rientrano tra le precedenti categorie.

Il criterio di determinazione della “destinazione alla vendita/al mercato” di un bene o servizio fa riferimento al prezzo di vendita e al suo rapporto con i costi di produzione. Il prezzo di vendita individua la destinazione al mercato nei casi in cui risulti essere “economicamente significativo”, ossia «*quando esercitano un effetto sostanziale sui volumi di offerta da parte del produttore e sui volumi di domanda da parte degli acquirenti. (...) Un prezzo economicamente non significativo è generalmente proposto al fine di ottenere un minimo corrispettivo o una*

¹¹ Secondo la dizione inglese, European System of Accounts (ESA2010).

¹² Tra parentesi è indicato il riferimento ai relativi paragrafi del documento SEC/ESA2010.

riduzione dell'eccesso di domanda che si avrebbe tramite l'erogazione gratuita». Un prezzo è, di conseguenza, economicamente significativo quando applicato su beni o servizi prodotti da un'entità finanziaria o non finanziaria o da un'impresa familiare. Per le altre categorie, la significatività economica è assunta nel momento in cui i ricavi derivanti dalla vendita coprono i costi di produzione in misura superiore al cinquanta per cento (su un periodo anche pluriennale).

Questa classificazione è coerente con il modello economico-aziendale enunciato nel precedente paragrafo.

1.3. Il settore pubblico allargato

Secondo la classificazione sopra riportata, si possono di conseguenza individuare due sottosectori, afferenti alle amministrazioni pubbliche e alle organizzazioni non aventi caratteristiche di Pubblica Amministrazione (Extra PA). Come si evince dalla Tabella 2, le Amministrazioni pubbliche comprendono le aziende pubbliche delle amministrazioni centrali (es. Stato) e locali (es. Comuni). Le aziende Extra PA comprendono, tra le altre, le società pubbliche partecipate.

Tabella 2 – il settore pubblico allargato

Settore pubblico allargato	Amministrazioni pubbliche	Amministrazioni centrali	Stato Enti dell'Amministrazione centrale
		Amministrazioni locali	Regioni, città metropolitane, comuni, aziende sanitarie, università, camere di commercio, ecc...
	Extra PA	Imprese pubbliche nazionali	Enel, ENI, Poste Italiane, ecc..
		Imprese pubbliche locali	Società partecipate, Consorzi, Fondazioni

Fonte: ns. elaborazione.

Attualmente, le società partecipate da un ente pubblico, a qualsiasi titolo e per qualsiasi percentuale, ammontano a circa 8.000 unità (rilevazione su Ban-

ca Dati delle Amministrazioni Pubbliche¹³, su un totale di aziende pubbliche (settore pubblico allargato) di circa 25.500 unità complessive.

2. Il sistema di bilancio nel settore pubblico allargato

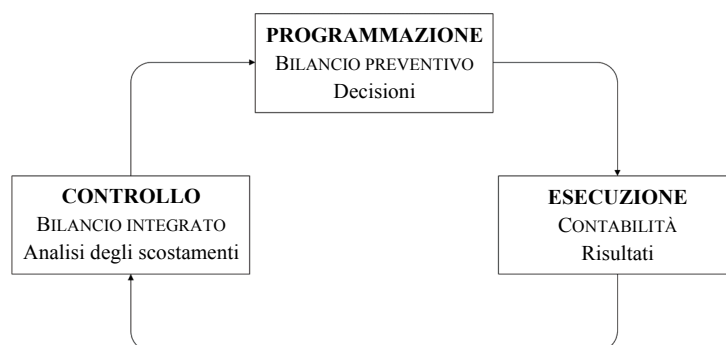
2.1. Amministrazione razionale fondata sul bilancio

Nella dottrina economico-aziendale, il Bilancio è un documento che sintetizza e sublima un processo metodologico di gestione che coinvolge tutti gli aspetti dimensionali delle aziende. In questo senso, secondo l'aspetto dimensionale "nello spazio", le aziende monitorano la propria attività sotto:

1. il *profilo finanziario*, del procacciamento e impiego di risorse finanziarie aventi diverso grado di liquidità;
2. il *profilo economico*, dell'acquisizione e utilizzo di fattori produttivi nella propria attività;
3. il *profilo patrimoniale*, dell'accumulo e dissipazione della ricchezza generata con la propria gestione.

Al fine di monitorare contemporaneamente tutti e tre gli aspetti è posto in essere un processo ciclico, su base annuale, ricorrente e continuo in cui le decisioni manageriali sono prese sulla base di dati raccolti in tre fasi (Figura 1), nelle quali sono prodotti documenti di bilancio e contabili tesi alla quantificazione e al controllo dei tre profili sopra delineati.

Figura 1 – l'Amministrazione Razionale fondata sul bilancio



Fonte: PUDDU, 2010. Ns. rielaborazione.

¹³ <http://www.bdap.tesoro.it/Pagine/default.aspx>.

La prima fase della gestione è rappresentata dalla *Programmazione*, in cui sono stabiliti, delineati e individuati precisamente gli obiettivi dell'attività e in cui si definiscono le azioni da porre in essere per conseguirli. In questa fase sono quindi formalizzati dei documenti di bilancio preventivo, uno per ciascun aspetto della gestione:

1. il *preventivo finanziario di fonti e impieghi*, che mette in luce la variazione finanziaria perseguita;
2. lo *stato patrimoniale preventivo*, che mette in risalto le dimensioni di attività, passività e patrimonio netto da conseguire nel periodo;
3. il *conto economico preventivo*, che individua i costi da sostenere e i ricavi da fatturare sulla base delle risorse da impiegare nella gestione.

La seconda fase, detta di *Esecuzione*, consiste nella attuazione delle decisioni prese nella prima fase, in cui vengono eseguite quelle azioni che si è previsto possano condurre alla soddisfazione dei bisogni per i quali l'azienda è sorta. In questa fase è necessario rilevare gli aspetti finanziari, economici e patrimoniali in contabilità generale, attraverso la *metodologia della partita doppia*, che consente di analizzare e monitorare due aspetti simultaneamente.

La terza fase, di *Controllo*, consiste nella verifica delle azioni poste in essere e la coerenza dei risultati raggiunti con le decisioni prese nella fase di Programmazione e attuate nella fase di Esecuzione, attraverso l'analisi degli scostamenti. In questa fase, inoltre, diventa fondamentale dare conto dei risultati effettivamente raggiunti ai soggetti interessati alla vitalità dell'azienda (*stakeholders*): tale necessità è soddisfatta attraverso la redazione del bilancio d'esercizio, ovvero, attraverso un documento unico di gestione integrata (il Bilancio Integrato, attraverso l'applicazione delle linee guida IIRC, o GRI, o altri, che tenga in conto anche gli aspetti non finanziari e sociali che hanno caratterizzato la gestione). Tale documento consente, inoltre, di porre le basi per una nuova fase di Programmazione, al fine di raggiungere nuovi obiettivi e garantire la perduranza dell'azienda attraverso il tempo.

Nella tabella seguente è riportato un prospetto di sintesi dei documenti prodotti nella gestione secondo un processo di amministrazione razionale fondata sul bilancio.

Tabella 3 – Fasi e aspetti della gestione

Aspetti della Gestione	Fasi della Gestione		
	Programmazione	Esecuzione	Controllo
FINANZIARIO	Preventivo finanziario	Rilevazioni di contabilità	Rendiconto finanziario
Impieghi Fonti			
<i>Variazione finanziaria</i>			
PATRIMONIALE	Stato patrimoniale preventivo		Stato patrimoniale consuntivo
Attivo Passivo			
<i>Netto</i>			
ECONOMICO	Conto economico preventivo	Conto economico consuntivo	
Costi Proventi			
<i>Utile</i>			
Quadratura/Rilevanza	Bilancio preventivo		Bilancio consuntivo

Fonte: PUDDU, 2010. Ns. rielaborazione.

2.2. I modelli di bilancio per le aziende pubbliche e le società partecipate

Ciascuna delle aziende rientranti nel Settore Pubblico Allargato è tenuta a presentare la rendicontazione della propria gestione. Sebbene sia in atto un processo di armonizzazione dei metodi di redazione del bilancio, allo stato attuale ciascuna tipologia di azienda applica normative differenti, le quali richiedono criteri di redazione e valutazione differenti.

Il Bilancio dello Stato è regolato dalla legge n. 196/2009 “Legge di contabilità e finanza pubblica” la quale prevede l’instaurazione di un ciclo di bilancio consistente in momenti di programmazione, esecuzione e controllo opportunamente rendicontati con documenti previsti per legge¹⁴ e l’armonizzazione dei sistemi di contabilità pubblica.

Il Bilancio delle aziende pubbliche territoriali (es. Regioni, Comuni) e delle aziende sanitarie è regolato dal d.lgs. n. 118/2011 “Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi”. Per tali enti è altresì previsto l’obbligo di redazione del bilancio consolidato del Gruppo Pubblico Locale,

¹⁴ Legge di Stabilità e documenti esecutivi collegati; Documento di Economia e Finanza, documento di programmazione triennale contenente il Programma di Stabilità, il Conto Nazionale di Cassa e il Programma nazionale di riforma; il Rendiconto Generale dello Stato, il Conto del Patrimonio e il Conto del Bilancio; i Rapporti sull’andamento delle entrate tributarie e contributive, le Relazioni mensili sul conto consolidato di cassa dell’amministrazione centrale.

composto dall'ente e dalle società ed enti da esso controllati o partecipati.

Regole ancora differenti sono stabilite per le Università, il cui bilancio è normato dalla legge n. 240/2010, e per le aziende pubbliche non territoriali, il cui bilancio è regolamentato dal d.lgs. n. 91/2011, il quale non ha ancora avuto completa attuazione.

Per quanto riguarda le entità e organizzazioni facenti parte del sottosectore Extra PA, esse devono redigere il bilancio secondo i criteri previsti dal Codice Civile, agli artt. 2423 ss., sotto le indicazioni previste dai principi contabili nazionali redatti dall'Organismo Italiano di Contabilità OIC.

Qualora ne ricorrano i requisiti, su base cogente o volontaria, taluni soggetti devono rispettare i criteri forniti dai principi contabili internazionali emanati dall'International Accounting Standards Board (IAS/IFRS), secondo relativi decreti attuativi (d.lgs. n. 38/2005 e d.l. n. 91/2014).

Tali differenze di rendicontazione assumono rilevanza, in particolare per le società partecipate da enti territoriali e amministrazioni locali, in quanto tali enti devono redigere il bilancio consolidato del Gruppo Pubblico Locale, inserendo all'interno del proprio bilancio una "sintesi" quantitativa dei dati gestionali delle società partecipate e controllate dall'ente pubblico. In particolare l'allegato 4 al d.lgs. n. 118/2011 prevede il consolidamento integrale per le società o enti controllati e il consolidamento proporzionale per le società o enti partecipati, secondo un principio di rilevanza della partecipazione.

2.3. Il processo di riforma del bilancio secondo i principi del Codice Civile

Il d.lgs. n. 139/2015 "Attuazione della direttiva 2013/34/UE relativa ai bilanci d'esercizio, ai bilanci consolidati e alle relative relazioni di talune tipologie di imprese, recante modifica della direttiva 2006/43/CE e abrogazione delle direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE, per la parte relativa alla disciplina del bilancio di esercizio e di quello consolidato per le società di capitali e gli altri soggetti individuati dalla legge" ("Decreto Bilanci") ha portato molte novità, tra cui:

- modifiche ai documenti che compongono il bilancio;
- modifiche ai principi di redazione del bilancio;
- modifiche al contenuto di Stato Patrimoniale e Conto Economico;
- modifiche ad alcuni criteri di valutazione;
- modifiche al contenuto della Nota Integrativa;
- introduzione del bilancio "semplificato" per le imprese minori;
- modifiche alla relazione del giudizio dei Revisori Legali al bilancio.

In seguito a tali modifiche, il bilancio d'esercizio assume tre forme:

1. Ordinario,

2. Abbreviato, e
3. “Semplificato” per le Micro-imprese.

Il bilancio ordinario, in particolare, è composto dallo Stato Patrimoniale (art. 2424 c.c.), dal Conto Economico (art. 2425 c.c.), dal Rendiconto Finanziario (art. 2425-ter c.c.) e dalla Nota Integrativa (art. 2427 c.c.), unitamente alla Relazione sulla Gestione (art. 2428 c.c.). La forma ordinaria può essere adottata da qualsiasi tipologia di impresa.

Il bilancio abbreviato, adottabile unicamente dalle imprese che non abbiano superato, nel primo esercizio o per due anni consecutivi, un attivo patrimoniale inferiore ai 4,4 milioni di euro, ricavi netti inferiori a 8,8 milioni di euro e occupato meno di 50 unità (medie), è composto da Stato Patrimoniale, Conto Economico e Nota Integrativa, il cui contenuto deve essere integrato con parte delle informazioni richieste per la Relazione sulla Gestione (art. 2435-bis c.c.)

Il bilancio “semplificato” per le Micro-imprese, introdotto dal Decreto Bilanci all’art. 2435-ter c.c., è adottabile unicamente dalle imprese che abbiano avuto, nel primo esercizio o in due esercizi consecutivi, un attivo patrimoniale non superiore a 175.000 euro, ricavi netti non superiori a 350.000 euro e un numero medio di dipendenti non superiore alle 5 unità. Il bilancio delle micro-imprese è composto unicamente dallo Stato Patrimoniale e dal Conto Economico; in calce allo stato patrimoniale devono essere riportate talune informazioni richieste per la nota integrativa (numeri 9 e 16, comma 1, art. 2427 c.c.) e per la relazione sulla gestione (numeri 3 e 4, comma 1, art. 2428 c.c.).

Né il bilancio abbreviato, né il bilancio per le micro-imprese, sono interessati all’introduzione degli strumenti derivati e alla loro valutazione nel bilancio d’esercizio secondo i nuovi criteri (cfr. anche *infra*). Nella Tabella 4 si riportano in sintesi i tre modelli di bilancio.

Tabella 4 – *Tipologie di bilancio*

Drivers	Ordinario	Abbreviato	Micro-imprese
totale attivo	> 4.400.000	non > 4,400,000	non > 175,000
totale ricavi netti	> 8.800.000	non > 8,800,000	non > 350,000
n. medio dipendenti	> 50 unità	non > 50 unità	non > 5 unità
Stato Patrimoniale	SI	SI	SI
Conto Economico	SI	SI	SI
Rendiconto Finanziario	SI	NO	NO
Nota Integrativa	SI	SI	NO
Relazione sulla Gestione	SI	NO	NO

Fonte: *ns. elaborazione.*

3. I nuovi principi di redazione del Bilancio

3.1. Principio di prevalenza della sostanza sulla forma

Il Decreto Bilanci ha modificato l'art. 2423-*bis* c.c., da cui ha eliminato la disposizione secondo cui le voci dell'attivo e del passivo devono essere valutate secondo la funzione economica e ha stabilito che la rilevazione e la presentazione delle voci deve avvenire in funzione della sostanza dell'operazione o del contratto, che esprime la vera essenza degli eventi.

L'introduzione nel nostro ordinamento del principio di prevalenza della sostanza sulla forma, tra le altre, porterebbe a contabilizzare le "operazioni di leasing" secondo il c.d. metodo finanziario. Tale metodo, alla data del presente contributo, non può essere applicato, in quanto non avendo il Decreto Bilanci modificato il numero 22, comma 1, art. 2427 c.c., che presuppone l'adozione del metodo patrimoniale, si continua ad applicare l'impianto normativo attualmente in essere, che si basa sulla forma giuridica del contratto.

3.2. Principio di rilevanza

Il Decreto Bilanci introduce, all'art. 2423 c.c.¹⁵, il c.d. principio di rilevanza, secondo cui non occorre rispettare gli obblighi di "rilevare", "valutare", "presentare" e "informare", nei casi in cui la loro osservanza generi effetti irrilevanti al fine della rappresentazione "veritiera e corretta". Non vengono modificati però gli obblighi in tema di regolare tenuta delle scritture contabili, pertanto i fatti, ancorché non rilevanti, saranno registrati nel rispetto dell'art. 2219 c.c. e seguenti.

Nella nota integrativa deve essere evidenziato l'eventuale mancato rispetto degli obblighi di rilevare, valutare, presentare e informare.

4. I nuovi schemi di bilancio

Una fondamentale novità riguarda il contenuto degli artt. 2424 e seguenti del Codice Civile. Precedentemente al Decreto Bilanci, il bilancio d'esercizio

¹⁵ Comma 4, art. 2423, c.c.: «Non occorre rispettare gli obblighi in tema di valutazione, presentazione e informativa quando la loro osservanza abbia effetti irrilevanti al fine di dare una rappresentazione veritiera e corretta. Rimangono fermi gli obblighi in tema di regolare tenuta delle scritture contabili. La nota integrativa evidenzia l'eventuale mancato rispetto degli obblighi di rilevazione, valutazione, presentazione e informativa».

era composto da tre documenti fondamentali: lo Stato Patrimoniale, il Conto Economico e la Nota Integrativa.

Il Decreto Bilanci ha introdotto l'obbligatorietà della redazione del Rendiconto Finanziario, sinora solamente consigliato dall'OIC 10 nella sua formulazione del 2014, e precedentemente suggerito unicamente dalla dottrina economico-aziendale.

Inoltre, sono state introdotte alcune fondamentali modificazioni agli schemi di Stato Patrimoniale e Conto Economico, di cui si riportano di seguito gli schemi secondo la nuova formulazione. In grassetto sono indicate le principali modificazioni.

4.1. Lo Stato Patrimoniale

Le principali variazioni riguardano i costi di ricerca e pubblicità, i quali sono stati esclusi dalla possibilità di capitalizzazione (cfr. anche *infra*), l'introduzione in bilancio degli strumenti finanziari derivati, l'eliminazione degli aggi e disaggi su prestiti obbligazionari dalla voce dei ratei e risconti e l'eliminazione della voce per le azioni proprie e della relativa riserva, con introduzione di una nuova riserva "negativa" a riduzione del patrimonio netto (cfr. anche *infra*). Inoltre sono stati eliminati i conti d'ordine, il cui contenuto deve essere riportato nella Nota Integrativa nel rispetto del numero 9, comma 1, art. 2427 c.c.

Tabella 5 – il nuovo Stato Patrimoniale. Fonte: ns. rielaborazione

ATTIVO	PASSIVO
A) verso soci per versamenti ancora dovuti, con separata indicazione della parte già richiamata B) Immobilizzazioni, con separata indicazione di quelle concesse in locazione finanziaria: I – Immobilizzazioni immateriali: 1) Costi di impianto e di ampliamenti; 2) Costi di sviluppo; 3) Diritti di brevetto industriale e diritti di utilizzazione delle opere dell'ingegno; 4) Concessioni, licenze, marchi e diritti simili; 5) Avviamento; 6) Immobilizzazioni in corso e acconti; 7) Altre. Totale. II – Immobilizzazioni materiali: 1) Terreni e fabbricati; 2) Impianti e macchinari;	A) Patrimonio netto: I – Capitale. II – Riserva da sovrapprezzo delle azioni. III – Riserva di rivalutazione. IV – Riserva legale. V – Riserve statutarie. VI – Altre riserve, distintamente indicate. VII – Riserva per operazione di copertura dei flussi finanziari attesi. VIII – Utili (perdite) portati a nuovo. IX – Utile (perdita) dell'esercizio precedente. X – Riserva negativa per azioni proprie in portafoglio. Totale. B) Fondi per rischi e oneri: 11) Per trattamento di quiescenza e obblighi simili; 12) Per imposte, anche differite; 13) Strumenti finanziari derivati passivi;

3) Attrezzature industriali e commerciali;
4) Altri beni;
5) Immobilizzazioni in corso e acconti.
Totale.
C) Crediti verso soci per versamenti ancora dovuti, con separata indicazione della parte già richiamata
D) Immobilizzazioni, con separata indicazione di quelle concesse in locazione finanziaria:
I – Immobilizzazioni immateriali:
8) Costi di impianto e di ampliamenti;
9) **Costi di sviluppo**;
10) Diritti di brevetto industriale e diritti di utilizzazione delle opere dell'ingegno;
11) Concessioni, licenze, marchi e diritti simili;
12) Avviamento;
13) Immobilizzazioni in corso e acconti;
14) Altre.
Totale.
II – Immobilizzazioni materiali:
6) Terreni e fabbricati;
7) Impianti e macchinari;
8) Attrezzature industriali e commerciali;
9) Altri beni;
10) Immobilizzazioni in corso e acconti.
Totale.
III – Immobilizzazioni finanziarie, con separata indicazione, per ciascuna voce dei crediti, degli importi esigibili entro l'esercizio successivo:
1) Partecipazione in:
a) Imprese controllate;
b) Imprese collegate;
c) Imprese controllanti;
d) **Imprese sottoposte al controllo delle controllanti**;
d-bis) **Altre imprese**.
2) Crediti:
a) Verso imprese controllate;
b) Verso imprese collegate;
c) Verso controllanti;
d) **Verso imprese sottoposte al controllo delle controllanti**;
d-bis) **Verso altri**.
3) Altri titoli;

14) **Altri**.
Totale.
C) Trattamento di fine rapporto di lavoro subordinato.
D) Debiti, con separata indicazione, per ciascuna voce, degli importi esigibili oltre l'esercizio successivo:
1) Obbligazioni;
2) Obbligazioni convertibili;
3) Debiti verso soci per finanziamenti;
4) Debiti verso banche;
5) Debiti verso altri finanziatori;
6) Acconti;
7) Debiti verso fornitori;
8) Debiti rappresentati da titoli di credito;
9) Debiti verso imprese controllate;
10) Debiti verso imprese collegate;
11) Debiti verso imprese controllanti;
11-bis) Debiti verso imprese sottoposte al controllo delle controllanti;
12) Debiti tributari;
13) Debiti verso istituto di previdenza e di sicurezza sociale;
14) Altri debiti.
Totale.
Ratei e risconti.

<p>4) Strumenti finanziari derivati attivi. Totale. Totale Immobilizzazioni (B); C) Attivo circolante: I – Rimanenze: 1) Materie prime, sussidiarie e di consumo; 2) Prodotti in corso di lavorazione e semilavorati; 3) Lavori in corso su ordinazione; 4) Prodotti finiti e merci; 5) Acconti. Totale. II – Crediti, con separata indicazione, per ciascuna voce, degli importi esigibili oltre l'esercizio successivo: 1) Verso clienti; 2) Verso imprese controllate; 3) Verso imprese collegate; 4) Verso imprese controllanti; 5) Verso imprese sottoposte al controllo delle controllanti; 5-bis) Crediti tributari; 5-ter) Imposte anticipate; 5-quater) Verso altri; Totale. III – Attività finanziarie che non costituiscono immobilizzazioni: 1) Partecipazioni in imprese controllate; 2) Partecipazioni in imprese collegate; 3) Partecipazioni in imprese controllanti; 3-bis) Partecipazioni in imprese sottoposte al controllo delle controllanti; 4) Altre partecipazioni; 5) Strumenti finanziari derivati attivi; 6) Altri titoli. Totale. IV – Disponibilità liquide: 1) Depositi bancari e postali; 2) Assegni; 3) Danaro e valori in cassa. Totale. Totale Attivo Circolante (C). D) Ratei e risconti.</p>	
--	--

4.2. Il Conto Economico

La novità principale nel Conto Economico riguarda l'eliminazione della macrovoce "E) Proventi e oneri straordinari" e le relative voci, i cui conti (relativi alla gestione straordinaria) confluiranno nei corrispettivi "ordinari" (A.5 – Altri proventi, per i precedenti "Proventi straordinari" e B.14 – Oneri diversi di gestione, per i precedenti "Oneri straordinari"), da cui consegue lo slittamento delle voci per le imposte e del risultato dell'esercizio

Tabella 6 – *il nuovo Conto Economico*

CONTI ECONOMICI	
CONTI ECONOMICI	
A) Valore della produzione:	
1) Ricavi delle vendite e delle prestazioni;	
2) Variazione delle rimanenze di prodotti in corso di lavorazione, semilavorati e finiti;	
3) Variazione dei lavori in corso su ordinazione;	
4) Incrementi di immobilizzazioni per lavori interni;	
5) Altri ricavi e proventi, con separata indicazione dei contributi in conto esercizio.	
B) Costi della produzione:	
6) Per materie prime, sussidiarie, di consumo e di merci;	
7) Per servizi;	
8) Per godimento di beni di terzi;	
9) Per il personale:	
a) Salari e stipendi;	
b) Oneri sociali;	
c) Trattamento di fine rapporto;	
d) Trattamento di quiescenza e simili;	
e) Altri costi;	
10) Ammortamenti e svalutazioni:	
a) Ammortamento delle immobilizzazioni immateriali;	
b) Ammortamento delle immobilizzazioni materiali;	
c) Altre svalutazioni delle immobilizzazioni;	
d) Svalutazione dei crediti compresi nell'attivo circolante e delle disponibilità liquide;	
11) Variazione delle rimanenze di materie prime, sussidiarie, di consumo e merci;	
12) Accantonamento per rischi;	
13) Altri accantonamenti;	
14) Oneri diversi di gestione.	
Differenza tra valore e costi della produzione (A-B)	
C) Proventi e oneri finanziari:	
15) Proventi da partecipazioni, con separata indicazione di quelli relativi ad imprese controllate e collegate e di quelli relativi a controllanti e a imprese sottoposte al controllo di queste ultime;	
16) Altri proventi finanziari:	
a) Da crediti iscritti nelle immobilizzazioni, con separata indicazione di quelli da imprese controllate e collegate e di quelli di controllanti e da imprese sottoposte al controllo di queste ultime;	
b) Da titoli iscritti nelle immobilizzazioni che non costituiscono partecipazioni;	

<p>c) Da titoli iscritti nell'attivo circolante che non costituiscono partecipazioni;</p> <p>d) Proventi diversi dai precedenti, con separata indicazione di quelli da imprese controllate e collegate e di quelli da controllanti e da imprese sottoposte al controllo di queste ultime;</p> <p>17) Interessi e altri oneri finanziari, con separata indicazione di quelli verso imprese controllate e collegate e verso controllanti;</p> <p>17-bis) utili e perdite su cambi.</p> <p>Totale (15 + 16 – 17 + – 17-bis)</p> <p>D) Rettifiche di valore di attività e passività finanziarie:</p> <p>18) Rivalutazione:</p> <p>a) Di partecipazioni;</p> <p>b) Di immobilizzazioni finanziarie che non costituiscono partecipazioni;</p> <p>c) Di titoli iscritti nell'attivo circolante che non costituiscono partecipazioni;</p> <p>d) Strumenti finanziari derivati.</p> <p>19) Svalutazioni:</p> <p>a) Di partecipazioni;</p> <p>b) Di immobilizzazioni finanziarie che non costituiscono partecipazioni;</p> <p>c) Di titoli iscritti nell'attivo circolante che non costituiscono partecipazioni;</p> <p>d) Strumenti finanziari derivati.</p> <p>Totale delle rettifiche (18-19)</p> <p>Risultato prima delle imposte (A – B + – C + – D);</p> <p>20) Imposte sul reddito dell'esercizio, correnti, differite e anticipate;</p> <p>21) Utile (perdite) dell'esercizio.</p>

Fonte: ns. rielaborazione.

4.3. Il Rendiconto Finanziario

Il Rendiconto Finanziario, secondo i dettami dell'OIC 10, deve evidenziare separatamente i flussi finanziari derivanti dalla gestione reddituale, i flussi finanziari derivanti dalla gestione di investimento e i flussi finanziari derivanti dalla gestione di finanziamento, al fine di analizzare quale area della gestione abbia generato o ridotto le disponibilità liquide nel corso dell'esercizio. Per quanto riguarda la gestione reddituale possono essere utilizzate due metodologie di determinazione del flusso: il "metodo indiretto" e il "metodo diretto"

Il flusso finanziario derivante dalla gestione reddituale con il *metodo indiretto* è determinato partendo dall'utile (o la perdita) dell'esercizio, oppure l'utile (o la perdita) prima delle imposte, è rettificato per tenere conto di:

- elementi di natura non monetaria, ossia poste contabili che non hanno richiesto esborso/incasso di disponibilità liquide nel corso dell'esercizio, quali ammortamenti di immobilizzazioni, accantonamenti ai fondi rischi e oneri, accantonamenti per trattamento di fine rapporto, svalutazioni per perdite durevoli di valore.

- variazioni del capitale circolante netto connesse ai costi o ricavi della gestione reddituale, quali variazioni di rimanenze, variazioni di crediti verso clienti e di debiti verso fornitori, variazioni di ratei e risconti attivi/passivi. Le variazioni del capitale circolante netto rappresentano gli scostamenti rispetto ai saldi dell'esercizio precedente;

- operazioni i cui effetti sono ricompresi tra i flussi derivanti dall'attività di investimento e finanziamento, quali le plusvalenze/minusvalenze derivanti dalla cessione di attività, gli oneri finanziari e gli interessi attivi, eventuali dividendi.

Secondo l'OIC 10 deve essere data separata indicazione degli interessi incassati dagli interessi pagati e dei dividendi incassati dai dividendi pagati. In dottrina non vi è accordo teorico circa la loro collocazione nella gestione reddituale o nella gestione di investimento – per i dividendi e interessi incassati – o nella gestione di finanziamento – per i dividendi e interessi pagati.

Tabella 7 – *Flusso della gestione reddituale determinato con il metodo indiretto.*

	200X+1	200X
A. Flussi finanziari derivanti dalla gestione reddituale (metodo indiretto)		
Utile (perdita) dell'esercizio		
Imposte sul reddito		
Interessi passivi/(interessi attivi)		
(Dividendi)		
(Plusvalenze)/minusvalenze derivanti dalla cessione di attività		
1. Utile (perdita) dell'esercizio prima d'imposte sul reddito, interessi, dividendi e plus/minusvalenze da cessione		
<i>Rettifiche per elementi non monetari che non hanno avuto contropartita nel capitale circolante netto</i>		
Accantonamenti ai fondi		
Ammortamenti delle immobilizzazioni		
Svalutazioni per perdite durevoli di valore		
Altre rettifiche per elementi non monetari		
2. Flusso finanziario prima delle variazioni del Capitale Circolante Netto		
<i>Variazioni del capitale circolante netto</i>		
Decremento/(incremento) delle rimanenze		
Decremento/(incremento) dei crediti vs clienti		
Incremento/(decremento) dei debiti verso fornitori		
Decremento/(incremento) ratei e risconti attivi		
Incremento/(decremento) ratei e risconti passivi		

Altre variazioni del capitale circolante netto		
3. Flusso finanziario dopo le variazioni del Capitale Circolante Netto		
<i>Altre rettifiche</i>		
Interessi incassati/(pagati)		
(Imposte sul reddito pagate)		
Dividendi incassati		
(Utilizzo dei fondi)		
4. Flusso finanziario dopo le altre rettifiche		
Flusso finanziario della gestione reddituale (A)		

Fonte: ns. elaborazione.

Il *metodo diretto*, invece, considera tutti gli incassi e i pagamenti effettuati durante l'esercizio per le operazioni afferenti alla gestione reddituale.

Tabella 8 – *Flusso della gestione reddituale determinato con il metodo diretto*

	200X+1	200X
A. Flussi finanziari derivanti dalla gestione reddituale (metodo diretto)		
Incassi da clienti		
Altri incassi		
(Pagamenti a fornitori per acquisti)		
(Pagamenti a fornitori per servizi)		
(Pagamenti al personale)		
(Altri pagamenti)		
Flusso finanziario della gestione reddituale (A)		

Fonte: ns. elaborazione.

I flussi finanziari dell'attività di investimento comprendono i flussi che derivano dall'acquisto e dalla vendita delle immobilizzazioni materiali, immateriali e finanziarie e delle attività finanziarie non immobilizzate. Ad esempio:

- acquisti o vendite di fabbricati, impianti, attrezzature o altre immobilizzazioni materiali (incluse le immobilizzazioni materiali di costruzione interna);
- acquisti o vendite di immobilizzazioni immateriali, quali ad esempio i brevetti, i marchi, le concessioni;
- acquisizioni o cessioni di partecipazioni in imprese controllate e collegate;
- acquisizioni o cessioni di altre partecipazioni;

- acquisizioni o cessioni di altri titoli, inclusi titoli di Stato e obbligazioni;
- erogazioni di anticipazioni e prestiti fatti a terzi e incassi per il loro rimborso.

Tabella 9 – *Flusso dell'attività di investimento*

B. Flussi finanziari derivanti dall'attività d'investimento		
<i>Immobilizzazioni materiali</i>		
(Investimenti)		
Prezzo di realizzo disinvestimenti		
<i>Immobilizzazioni immateriali</i>		
(Investimenti)		
Prezzo di realizzo disinvestimenti		
<i>Immobilizzazioni finanziarie</i>		
(Investimenti)		
Prezzo di realizzo disinvestimenti		
<i>Attività finanziarie non immobilizzate</i>		
(Investimenti)		
Prezzo di realizzo disinvestimenti		
<i>Acquisizione o cessione di società controllate o di rami d'azienda al netto delle disponibilità liquide</i>		
Flusso finanziario dell'attività di investimento (B)		

Fonte: ns. elaborazione.

I flussi finanziari dell'attività di finanziamento comprendono i flussi che derivano dall'ottenimento o dalla restituzione di disponibilità liquide sotto forma di capitale di rischio o di capitale di debito. Ad esempio:

- incassi derivanti dall'emissione di azioni o di quote rappresentative del capitale di rischio;
 - pagamento dei dividendi;
 - pagamenti per il rimborso del capitale di rischio, anche sotto forma di acquisto di azioni proprie;
- incassi o pagamenti derivanti dall'emissione o dal rimborso di prestiti obbligazionari, titoli a reddito fisso, accensione o restituzione di mutui e altri finanziamenti a breve o lungo termine;
- incremento o decremento di altri debiti, anche a breve o medio termine, aventi natura finanziaria.

Tabella 10 – *Flusso dell'attività di finanziamento*

C. Flussi finanziari derivanti dall'attività di finanziamento		
<i>Mezzi di terzi</i>		
Incremento (decremento) debiti a breve verso banche		
Accensione finanziamenti		
Rimborso finanziamenti		
<i>Mezzi propri</i>		
Aumento di capitale a pagamento		
Cessione (acquisto) di azioni proprie		
Dividendi (e acconti su dividendi) pagati		
Flusso finanziario dell'attività di finanziamento (C)		

Fonte: ns. elaborazione.

Il rendiconto finanziario analizza, sotto le tre dimensioni (gestione reddituale, di investimento e di finanziamento), la movimentazione (incremento/riduzione) delle disponibilità liquide avvenute nell'anno.

Tabella 11 – *focus del Rendiconto Finanziario*

Incremento (decremento) delle disponibilità liquide ($A \pm B \pm C$)		
Disponibilità liquide al 1° gennaio 200X+1		
Disponibilità liquide al 31 dicembre 200X+1		

Fonte: ns. elaborazione.

4.4. *La Nota Integrativa*

Il Decreto Bilanci prevede che le informazioni relative alle singole voci dello Stato Patrimoniale e del Conto Economico siano indicate seguendo l'ordine dei rispettivi schemi. Inoltre, è stata introdotta la previsione che la Nota Integrativa esponga i fatti di rilievo avvenuti dopo la chiusura dell'esercizio, che secondo la previgente normativa tali informazioni erano ricomprese nella Relazione sulla Gestione.

5. I nuovi criteri di valutazione delle poste di bilancio

5.1. Criterio del costo ammortizzato

Secondo la nuova formulazione dell'art. 2426, i "crediti" e i "debiti" devono essere rilevati in bilancio secondo il criterio del "costo ammortizzato", tenendo conto del fattore temporale e, per quanto riguarda i crediti, del valore di presumibile realizzo; l'applicazione di tale criterio comporta la necessità di attualizzare i crediti e i debiti che, al momento della rilevazione iniziale, non sono produttivi di interessi o producono interessi ad un tasso significativamente inferiore a quello di mercato. Allo stesso modo, le immobilizzazioni rappresentate da titoli sono rilevate in bilancio (anziché al costo) con il criterio del costo ammortizzato, ove applicabile, ossia nel caso in cui le caratteristiche del titolo lo consentono.

Il criterio del costo ammortizzato, mutuato dai principi contabili internazionali, prevede il calcolo di quel valore «a cui è stata misurata al momento della rilevazione iniziale l'attività/passività al netto dei rimborsi di capitale, aumentato/diminuito dell'ammortamento complessivo utilizzando il criterio dell'interesse effettivo su qualsiasi differenza tra il valore iniziale e quello a scadenza e dedotta qualsiasi riduzione a seguito di una riduzione di valore o di irrecuperabilità» (IAS 39, §9).

L'applicazione di questo criterio si sostanzia nell'utilizzo dell'ammortamento finanziario per i crediti e debiti basato sul tasso interno di rendimento (TIR, o Internal Rate of Return, IRR)¹⁶ calcolato sul debito al netto dei costi iniziali. Utilizzando il Tasso Interno di Rendimento così determinato, anziché il tasso nominale del debito, si ottiene un maggiore costo d'esercizio, che è pari alla somma tra gli interessi dovuti (al tasso nominale) e la quota del costo iniziale, ammortizzata e suddivisa tra gli anni di durata del finanziamento.

Tale principio consente di suddividere la differenza, esistente tra il valore iniziale del credito o debito e il valore a scadenza, secondo un principio di competenza economica in ragione d'esercizio fondato su un calcolo finanziario estremamente preciso, attraverso l'utilizzo del Tasso Interno di Rendimento.

L'utilizzo di tale criterio, qualora non porti rilevanti benefici alla rappresentazione veritiera e corretta della situazione finanziaria e patrimoniale e del risultato economico dell'esercizio, potrebbe essere disapplicato coerentemente con il neo-introdotta principio di rilevanza.

¹⁶ Il tasso interno di rendimento è quel tasso che rende il valore attuale netto dei flussi di cassa futuri al capitale inizialmente erogato a debito.

5.2. Spese di Pubblicità

Il Decreto Bilanci ha sancito l'eliminazione della possibilità di capitalizzare le spese di pubblicità, le quali saranno integralmente spese a Conto Economico. I costi di pubblicità precedentemente capitalizzati, se soddisfano i requisiti stabiliti per la capitalizzazione dei costi di impianto e ampliamento, possono essere riclassificati, in sede di prima applicazione della nuova disciplina, dalla voce "B.I.2" alla voce "B.I.1 Costi di impianto e di ampliamento" (bozza OIC 24).

I costi di pubblicità, che non soddisfano i requisiti per la capitalizzazione tra i costi di impianto e di ampliamento, in sede di prima applicazione della nuova disciplina, sono eliminati dalla voce "B.I.2" dell'attivo dello stato patrimoniale (bozza OIC 24)

Da tale novità è scaturita la modifica allo schema di Stato Patrimoniale, che vede, alla voce B.I.2., i soli "Costi di Sviluppo" in vece della precedente "Costi di Ricerca, Sviluppo e Pubblicità".

5.3. Spese di Ricerca

I costi di ricerca e sviluppo sono quelli sostenuti al fine di studiare e acquisire conoscenze per l'ottenimento di prodotti, processi e servizi nuovi o migliori rispetto a quelli già utilizzati. In particolare, si definisce ricerca di base quel processo di indagine originale e pianificata intrapresa con la prospettiva di conseguire nuove conoscenze e scoperte, scientifiche o tecniche, che si considera di utilità generica alla società. I costi di ricerca di base sono normalmente precedenti a quelli sostenuti una volta identificato lo specifico prodotto o processo che si intende sviluppare. I costi per la ricerca applicata, invece, si riferiscono alla ricerca mirata all'acquisizione di conoscenze, processi e modalità operative per la creazione di un nuovo prodotto o servizio. Lo sviluppo è la fase finale, in cui vi è l'applicazione dei risultati della ricerca di base e applicata o di altre conoscenze possedute o acquisite in un piano o in un progetto per la produzione di materiali, dispositivi, processi, sistemi o servizi, nuovi o sostanzialmente migliorati, prima dell'inizio della produzione commerciale o dell'utilizzazione (bozza OIC 24).

In seguito al Decreto Bilanci, i costi di ricerca non sono più capitalizzabili e vanno spesi integralmente a conto economico. I costi di sviluppo possono essere imputati a conto economico nell'esercizio in cui vengono sostenuti, oppure capitalizzati qualora aventi utilità pluriennale e nel caso in cui si stimino benefici con manifestazione in più esercizi. Al fine di procedere alla capitalizzazione dei costi di sviluppo, sono mantenuti i requisiti di cui alla bozza del principio contabile OIC 24:

- l'identificabilità e la misurabilità del costo, la riferibilità ad uno specifico prodotto o processo;
- la realizzabilità del progetto (il progetto deve essere fattibile);
- la recuperabilità dei costi sostenuti mediante redditi futuri.

Il rispetto dei tre requisiti rende i costi di sviluppo iscrivibili tra le immobilizzazioni immateriali, previo il consenso del collegio sindacale se esistente.

Da tale eliminazione della possibilità di capitalizzazione è scaturita la modifica allo schema di Stato Patrimoniale, che vede, alla voce B.I.2., i soli "Costi di Sviluppo" in vece della precedente "Costi di Ricerca, Sviluppo e Pubblicità".

5.4. Avviamento

L'avviamento è l'attitudine di un'azienda a produrre utili che derivino o da fattori specifici che, pur concorrendo positivamente alla produzione del reddito ed essendosi formati nel tempo in modo oneroso, non hanno un valore autonomo, ovvero da incrementi di valore che il complesso dei beni aziendali acquisisce rispetto alla somma dei valori dei singoli beni, in virtù dell'organizzazione dei beni in un sistema efficiente (OIC 24).

L'avviamento è iscritto tra le immobilizzazioni immateriali se sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

1. è acquisito a titolo oneroso (cioè deriva dall'acquisizione di un'azienda o ramo d'azienda oppure da un'operazione di conferimento, di fusione o di scissione);
2. ha un valore quantificabile in quanto incluso nel corrispettivo pagato;
3. è costituito all'origine da oneri e costi ad utilità differita nel tempo, che garantiscano quindi benefici economici futuri (ad esempio, conseguimento di utili futuri);
4. è soddisfatto il principio della recuperabilità del relativo costo (e quindi non si è in presenza di un cattivo affare);
5. è presente il parere positivo del Collegio Sindacale alla sua iscrizione.

Il Decreto Bilanci ha modificato la disciplina dell'avviamento ponendo l'attenzione sul "periodo di ammortamento": il modificato art. 2426, punto 6, c.c. dispone che l'ammortamento dell'avviamento va effettuato secondo la sua vita utile. Nei casi eccezionali in cui non sia possibile determinare la vita utile, è ammortizzato entro un periodo non superiore a 10 anni.

5.5. Azioni proprie in portafoglio

Il Decreto Bilanci ha previsto l'allineamento del trattamento contabile delle azioni proprie in portafoglio alla prassi internazionale.

Secondo la nuova formulazione, le azioni proprie vanno iscritte in bilancio a diretta riduzione del patrimonio netto.

Da tale modifica è scaturita l'eliminazione delle voci dell'attivo dello stato patrimoniale riferite alle azioni proprie (voce "B.III.4" e voce "C.III.5") e la riserva per azioni proprie in portafoglio (voce "A.IV" del Patrimonio Netto), che viene sostituita dalla nuova voce "A.X" del Patrimonio Netto "Riserva negativa per azioni proprie in portafoglio".

L'acquisto di azioni proprie comporta una riduzione del patrimonio netto di eguale importo, tramite l'iscrizione nel passivo del bilancio di una specifica voce, di segno negativo, invece della costituzione di una riserva indisponibile (pari al valore delle azioni proprie), iscritta nell'attivo del bilancio.

Le azioni proprie, già iscritte nel bilancio dell'esercizio chiuso precedentemente al 1° gennaio 2016, devono essere cancellate dall'attivo dello stato patrimoniale ed iscritte in una riserva negativa del patrimonio netto

Figura 2 – Scritture contabili per la riclassificazione delle azioni proprie

Riserva negativa per azioni proprie in portafoglio (A.X)	a	Azioni Proprie	...
Riserva per azioni proprie in portafoglio (A.IV)	a	Riserva (disponibile)	...

Fonte: ns. elaborazione.

5.6. Strumenti finanziari derivati

È stato introdotto l'obbligo di iscrizione degli strumenti finanziari derivati in bilancio. Il criterio di valutazione previsto è il *fair value*, il quale deve essere determinato:

- pari al valore di mercato, nel caso di strumenti finanziari per i quali sia possibile individuare un mercato attendibile; qualora il valore di mercato non sia facilmente individuabile per uno specifico strumento, ma possa essere individuato per i suoi componenti o per uno strumento analogo, il valore di mercato può essere derivato da quello dei componenti o dello strumento analogo;
- attraverso modelli e tecniche di valutazione generalmente accettati, pur-

ché questi modelli e tecniche di valutazione assicurino una ragionevole approssimazione al valore di mercato, nel caso di strumenti finanziari per i quali non sia possibile individuare facilmente un mercato attendibile.

Sono state conseguentemente introdotte le relative voci in Stato Patrimoniale (per il titolo derivato) e in Conto Economico (per le variazioni del suo valore).

5.7. Operazioni in valuta

Secondo la nuova formulazione prevista dal Decreto Bilanci, l'obbligo di valutazione al tasso di cambio vigente alla data di riferimento del bilancio è diventato applicabile soltanto per le poste di natura esclusivamente monetaria.

5.8. Bilancio consolidato

Il Decreto Bilanci è intervenuto sui requisiti per la redazione del Bilancio Consolidato, redatto secondo i principi di cui al decreto legislativo n. 127 del 1991, rendendolo cogente per i gruppi che vedano superati, per due esercizi consecutivi, due dei seguenti limiti:

- Totale attivo dello Stato Patrimoniale di gruppo: 20 Milioni di Euro.
- Vendite e prestazioni di gruppo: 40 Milioni di Euro.
- Dipendenti occupati in media nell'esercizio: 250 unità.

Le modalità di calcolo delle soglie rimangono invariate, pertanto i limiti si intendono al lordo delle operazioni infragruppo (prima delle rettifiche).

6. Conclusioni

L'introduzione delle importanti novità in tema di redazione del bilancio d'esercizio secondo i principi contabili nazionali assume una rilevanza particolare per le società partecipate o controllate da enti pubblici, in quanto oggetto di consolidamento da parte degli enti a capo del Gruppo Pubblico Locale di riferimento. Il processo di consolidamento vede, in particolare, l'inserimento dei bilanci delle società partecipate e le relative informazioni, anche integrative, all'interno di un contesto più ampio, in cui le valutazioni e politiche di bilancio possono influenzare le decisioni su politiche pubbliche locali e nazionali. Al fine di dare una migliore e più chiara informativa della reale situazione patrimoniale, finanziaria ed economica in cui versa un Gruppo Pubblico Loca-

le, è necessario che le istruzioni e linee guida normative per la redazione dei bilanci siano estremamente chiare e indirizzino a scelte virtuose di rappresentazione veritiera e corretta, in un contesto di chiarezza e competenza economica. Così, per conseguire questi risultati, assumerà rilevanza fondamentale il processo, attualmente in corso, di nuovo aggiornamento dei principi contabili nazionali (e internazionali), per fornire una visione unitaria e certa sui comportamenti contabili da tenersi nelle più disparate fattispecie gestionali.

Bibliografia

- FERRERO G., *Istituzioni di economia d'azienda*, Giuffrè, Torino, 1968.
PUDDU L., *Il Processo di Accumulazione del Capitale, l'analisi Funzionale del Management, l'amministrazione Razionale e la Classificazione delle Aziende: Razionalità della Rilevanza e Valori Etici*, Egea, Milano, 2010.
PUDDU L.-GIOVANDO G.-RAINERO C., *Le valutazioni di bilancio. Teoria e casi*, Celid, Torino, 2013.
PUDDU L., BÜCHI G., POLLIFRONI M.-SORANO E., RAINERO C., TRADORI V. and others, *Ragioneria Pubblica: Il Sistema Unico Di Rilevazione Contabile per Le Aziende Pubbliche*, Celid, Torino, 2012.
ZAPPA G., *Le produzioni nell'economia delle imprese*, Giuffrè, Milano, 1957.

Fonti normative

- Libro V, Titolo V, Codice Civile
Legge n. 196 del 2009 “Legge di contabilità e finanza pubblica”
Decreto-legge n. 91/2014, convertito in legge n. 112/ /2014
Decreto legislativo n. 139/2015 “Attuazione della direttiva 2013/34/UE relativa ai bilanci d'esercizio, ai bilanci consolidati e alle relative relazioni di talune tipologie di imprese, recante modifica della direttiva 2006/43/CE e abrogazione delle direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE, per la parte relativa alla disciplina del bilancio di esercizio e di quello consolidato per le società di capitali e gli altri soggetti individuati dalla legge”
Decreto legislativo n. 118/2011 “Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi”
Legge n. 240/2010
Decreto legislativo n. 91/2011
Decreto legislativo n. 127/1991
Principi contabili nazionali OIC

Sitografia

<http://ec.europa.eu/eurostat/web/esa-2010>

www.bdap.tesoro.it

<http://www.fondazioneoic.eu/>

Approfondimenti

La tutela del patrimonio del minore nel nuovo contesto dell'art. 2929-bis c.c.

Claudia Ramella Trafighet

Ritengo utile prendere le mosse dall'impresa familiare di cui all'art. 230-bis c.c. cui possono partecipare anche i minori sia come coadiuvanti artigiani che commerciali; ed i minori possono avere anni 16 che è l'età minima di ammissione al lavoro (previo l'espletamento di 10 anni di istruzione obbligatoria) e sempre che il lavoro non sia nocivo, pregiudizievole alla salute né pericoloso.

La partecipazione dà diritto al mantenimento secondo le condizioni economiche della famiglia, alla partecipazione agli utili ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi di azienda anche in ordine all'avviamento in relazione alla quantità e qualità del lavoro svolto.

Occorre sottolineare come le recenti modifiche legislative impongono una rivisitazione dell'assunto che l'impresa familiare debba riguardare unicamente la famiglia fondata sul matrimonio e non anche la famiglia di fatto e con essa i figli nati in seno ad un rapporto di fatto (si ricorda che in caso di matrimonio all'estero per la formazione di un'impresa familiare occorre il riconoscimento del matrimonio in Italia). L'art. 230-ter ha introdotto i diritti del convivente per cui al convivente che presti stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa dell'altro convivente spetta (a meno che sia socio o lavoratore subordinato) una partecipazione agli utili dell'impresa ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, commisurata al lavoro prestato.

Quanto all'argomento che mi è stato assegnato devo precisare che la tutela del patrimonio del minore rientra nel concetto di responsabilità genitoriale di cui all'art. 320 c.c. come modificato, a decorrere dal 7 febbraio 2014, dal d.lgs. n. 154/2013.

Gli atti di ordinaria amministrazione possono essere compiuti disgiuntamente da ciascun genitore.

Gli atti di straordinaria amministrazione (alienazioni, ipoteche, pegno, accettazione e rinuncia di eredità o legati, donazioni scioglimento di comunioni,

mutui, locazioni ultranovennali, transazioni di giudizi) non possono essere effettuati, se non, per necessità o utilità evidente del figlio, dopo autorizzazione del giudice tutelare. Così per la riscossione di capitali occorre l'autorizzazione del giudice tutelare (con determinazione del reimpiego). L'esercizio di un'impresa commerciale non può essere continuato se non con l'autorizzazione del tribunale, previo parere del giudice tutelare che ne può autorizzare l'esercizio provvisorio sino alla delibera del tribunale.

Se sorgono conflitti di interesse tra i figli o tra i genitori, il giudice, su richiesta del figlio, del pubblico ministero o di un parente che vi abbia interesse, sentiti i genitori, può nominare un curatore speciale autorizzandolo al compimento di tali atti. Se non viene rispettata tale procedura l'atto può essere annullato su istanza dei genitori, del figlio, dei suoi eredi o aventi causa.

I genitori esercenti la responsabilità genitoriale sui figli non possono rendersi acquirenti dei beni e dei diritti del minore né diventare cessionari di crediti verso il minore.

In base all'art. 334 c.c., quando il patrimonio del minore è male amministrato, il tribunale, su ricorso dell'altro genitore, dei parenti, del pubblico ministero (o quando si tratta di revocare deliberazioni anteriori, anche del genitore interessato) può stabilire le condizioni a cui i genitori devono attenersi nell'amministrazione e può rimuovere entrambi o uno solo di essi dall'amministrazione che è affidata all'altro genitore o, se entrambi sono rimossi, ad un curatore. Il tribunale provvede in camera di consiglio, assunte informazioni e sentito il pubblico ministero, sentendo anche il minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento (l'ascolto è obbligatorio quando il provvedimento è richiesto contro il genitore). Il tribunale può dare provvedimenti temporanei prima dell'audizione in caso di urgente necessità.

Fatte queste doverose premesse in materia di responsabilità genitoriale, vediamo come gli istituti di cui si è prima parlato (in particolare fondo patrimoniale, vincolo di destinazione e trust) possano essere funzionali alla tutela del patrimonio del minore, tenendo conto peraltro che le esigenze del minore sono ancor prima che patrimoniali di cura ed educazione.

Preciso di aver tratto la maggior parte del materiale di cui parlerò da un acuto saggio di Angelo Di Sapia all'interno del trattato di diritto di famiglia edizioni Giuffrè 2012 effettuando i dovuti aggiornamenti.

Preciso subito che, dal 5 giugno 2016, è entrata in vigore la legge 20 maggio 2016, n. 76 con la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenza che all'art. 1, comma 20, precisa che *«le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti la*

parola coniuge, coniugi o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso». Questa clausola di generale estensione della nuova normativa si dovrà dunque applicare anche a tutti gli istituti di cui sto per parlare.

Prenderei prima in esame il Trust e precisamente il trust interno istituito ai sensi della Convenzione dell'Aja 1° luglio 1985 ratificata in Italia dalla legge n. 364/1989. La legge regolatrice, non essendo prevista tale figura nella nostra legislazione, è il diritto internazionale privato con rimandi solitamente al *common law* (ma i *trust* della Repubblica di san Marino sono regolati dal *civil law*).

Vi può essere un trust autodichiarato ove il disponente assume la veste di trustee o trust puro in cui le due figure differiscono.

Il programma enunciato nel suo atto istitutivo (negoziato unilaterale e non contratto) deve assicurare la cura e la protezione del minore nel rispetto della sua personalità, attraverso un adeguato sistema di protezione patrimoniale proporzionale ai suoi bisogni ed alle sue esigenze. Il disponente, solitamente un genitore o un familiare, può istituirlo rinviando a dopo l'apporto patrimoniale o può, con effetto immediato, trasferire beni al trustee (qualunque tipo di bene anche denaro e beni mobili) con segregazione patrimoniale (la convenzione dell'Aja all'art. 2, comma 1, lett. a), prevede che i beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee). Ovviamente per aversi tale effetto occorrerà la trascrizione presso i registri immobiliari o mobiliari competenti e per i titoli di crediti nominativi in trust l'annotazione del vincolo nei registri dell'emittente o degli intermediari finanziari (per i normali beni mobili si applica la regola possesso vale titolo). I creditori non possono a questo punto soddisfarsi sul patrimonio del trustee né sul trust fund. Spesso viene nominato un guardiano (protector) che deve vigilare l'operato del trustee nell'interesse del minore. Il disponente gli può attribuire poteri di veto e di indirizzo. Il trustee può rinunciare all'incarico (nel diritto inglese è prevista però una prorogatio del suo incarico sino alla nomina di un nuovo trustee).

L'interesse al trust è la maggiore vivacità dello strumento rispetto ai mezzi di protezione normali: il trustee deve operare in modo da far rendere il patrimonio del minore e non solamente preservarlo e risponderà sia se opera con avventatezza sia se opera con troppo prudenza e se non rispetta il programma datogli dal disponente (nel diritto inglese si parla di responsabilità oggettiva). Il beneficiario avrà diritto, in caso di perdite, non solo alla tutela risarcitoria (perdite del fondo) ma anche al mancato incremento dello stesso.

L'atto costitutivo del trust a favore del minore viene autorizzato dal giudice tutelare che verifica l'adeguatezza del programma e la sua corrispondenza agli interessi del minore (se vi sono trasferimenti la competenza è del tribunale sentito il parere del giudice tutelare); il legale rappresentante del minore stesso non viene in alcun modo sostituito perché il trustee si occupa solamente di gestire quanto viene conferito nel trust fund e di rispettare il programma attribuitogli. Poi il trustee è libero di operare senza richiedere alcuna autorizzazione al giudice. Può peraltro prevedersi nel trust una proroga della giurisdizione italiana nel senso di attribuire al giudice una sorveglianza sull'attività del trustee.

Interessante è una decisione del giudice tutelare milanese del 6 marzo 2013 che ha autorizzato la madre di un minore alla costituzione di un trust particolare: una declaration of trust in cui trustee sono due trust companies che dichiarano di detenere nell'interesse del figlio minore beneficiario il fondo in trust (quanto pervenuto al minore dall'eredità paterna). La durata è prevista in 125 anni quindi ben oltre al raggiungimento della maggiore età del figlio (ma la madre sottolinea che difficilmente al raggiungimento della maggiore età il figlio potrà farsi carico della gestione di un tale patrimonio). Viene previsto peraltro che ogni atto di gestione, sino al raggiungimento della maggiore età del minore, dovrà essere sottoposto al giudice tutelare. Il figlio potrà poi chiudere il trust o le stesse companies potranno farlo al raggiungimento dei 26 anni di età del beneficiario. Lo svincolo dovrà comunque avvenire con il consenso di un protector (o guardiano) molto vicino al minore. La legge applicabile è quella inglese così come la giurisdizione. Disponente e beneficiario è il figlio rappresentato dalla madre. Trattasi di cosiddetto trust autodestinato. Ma il dubbio che si pone è che comunque i debitori potranno agire in surrogatoria nei confronti dei beni del trust al raggiungimento della maggiore età. Quindi il vero scopo del vincolo sarebbe la segregazione dei beni quanto meno sino al 26 anno di età del figlio congelando le aspettative degli eventuali creditori. Ma questi potrebbero chiedere un sequestro conservativo o pignorare i beni in trust presso le trust companies.

Affine al trust ma non altrettanto conveniente sembra essere il contratto di affidamento fiduciario di diritto interno (legislativamente inquadrato nella Repubblica di San Marino); trattasi di contratto *ex art.* 1322 c.c. e non di atto unilaterale. L'affidante affida sé stesso a qualcuno perché realizzi certi scopi ma l'affidatario risponderà del danno subito dall'affidante e non delle perdite.

Altro mezzo di protezione generale della famiglia è il fondo patrimoniale *ex artt.* 167 e 168 c.c. secondo cui ciascuno o ambedue i coniugi, per atto pubblico, o un terzo, anche per testamento, possono destinare determinati beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri o titoli di credito, azioni, obbligazioni, marchi, brevetti (non preziosi o universalità quali l'azienda) a far

fronte ai bisogni della famiglia. I frutti seguono tale destinazione e l'esecuzione non può avere luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia (ma tale ipotesi è stata interpretata estensivamente dalla giurisprudenza). Il fondo si costituisce con atto pubblico alla presenza dei testimoni. Il fondo patrimoniale termina con lo scioglimento del matrimonio; se vi sono figli minori dura sino al raggiungimento della maggiore età del figlio più piccolo.

Altro mezzo di cui si è già parlato è l'atto di destinazione di cui all'art. 2645-ter c.c. Bene vincolabile in tal senso può essere un immobile o un mobile registrato, la sua durata non può eccedere i 90 anni o la vita della persona fisica. Anche in questo caso vi deve essere un interesse meritevole di tutela. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione per i debiti contratti per tale scopo. Trattasi di norma particolarmente funzionale ad una famiglia di fatto in cui non si poteva ricorrere al fondo patrimoniale o nel periodo di separazione e divorzio per tutelare il corretto adempimento degli obblighi di mantenimento.

Non voglio tediare con altri mezzi di salvaguardia studiati soprattutto per il caso di minori portatori di handicap, necessitanti di cure ben oltre la maggiore età, quali la fondazione di famiglia, i comitati di beneficenza, la sostituzione fedecommissaria.

Quanto alla donazione si ricorda che i beni oggetto di donazione entrano nel patrimonio del donatario e sono quindi aggredibili dai suoi creditori.

La donazione di beni al minore può prevedere una condizione di reversibilità nel senso che, in caso di morte del minore, i beni tornano al donante.

Last but not least una sempre valida e forse più alla portata dell'uomo comune assicurazione a favore del minore o un piano di accumulo.

Ma come cambia tutto ciò con il nuovo art. 2929-bis c.c. quale introdotto dal d.l. n. 83/2015 convertito in legge n. 132/2015.

Leggiamo l'articolo:

«Il creditore che sia pregiudicato da un atto del debitore, di costituzione di vincolo di indisponibilità o di alienazione, che ha per oggetto beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, compiuto a titolo gratuito successivamente al sorgere del credito, può procedere, munito di titolo esecutivo, a esecuzione forzata, ancorché non abbia preventivamente ottenuto sentenza dichiarativa di inefficacia, se trascrive il pignoramento nel termine di un anno dalla data in cui l'atto è stato trascritto. La disposizione di cui al presente comma si applica anche al creditore anteriore che, entro un anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole, interviene nell'esecuzione da altri promossa.

Quando il pregiudizio deriva da un atto di alienazione, il creditore promuove l'azione esecutiva nelle forme dell'espropriazione contro il terzo proprietario.

Il debitore, il terzo assoggettato a espropriazione e ogni altro interessato alla conservazione del vincolo possono proporre le opposizioni all'esecuzione di cui al titolo V del libro III del codice di procedura civile quando contestano la sussistenza dei presupposti di cui al primo comma, nonché la conoscenza da parte del debitore del pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore».

Tanti sono i dubbi posti dalla formulazione e dalla scelta lessicale non sempre felice della norma ma non è chi non veda come ognuna delle tipologie sopraevidenziate quali strumenti di protezione patrimoniale dei beni del minore potranno essere intaccate o forse, secondo alcuni, se ne farà un uso più accorto e più rispettoso delle vere finalità dei vari istituti.

Il Legislatore, tra l'altro, non riferisce l'eccezionale potere di azione del creditore soltanto agli atti di natura donativa e quindi caratterizzati da una causa squisitamente liberale, ma, più in generale, alle alienazioni (di beni immobili o di beni mobili registrati) a titolo gratuito il che implica indubbiamente una maggior estensione della norma.

Prima della novella introdotta dal governo Renzi chiunque trasferiva a titolo gratuito un bene immobile o mobile registrato, lo donava, costituiva un vincolo di destinazione, costituiva un trust o un fondo patrimoniale entro i cinque anni successivi all'atto stesso era soggetto alla cosiddetta azione revocatoria ordinaria; il creditore, azionando tale causa in tribunale, dimostrando l'intento fraudolento del debitore e la consapevolezza del terzo acquirente, poteva rendere inefficace l'atto stesso.

Ora il compito del creditore diventa molto agevolato.

Il creditore non dovrà previamente ottenere una sentenza dichiarativa del Tribunale a seguito della sua azione revocatoria ma potrà, ad esempio, aggredire la casa (inserita nel fondo patrimoniale, nel trust successivamente al sorgere del credito) con il pignoramento immobiliare, con specifica richiesta all'ufficiale giudiziario, alle sole condizioni che sia in possesso di un titolo esecutivo (ovviamente si dovrà trattare di un credito certo, liquido ed esigibile, non essendo stati in alcun modo intaccati i principi dell'esecuzione forzata in generale) e che trascriva il pignoramento entro un anno dalla data di donazione, conferimento in trust o fondo patrimoniale.

Vi è dunque una inefficacia temporanea dell'atto di trasferimento relativamente ai soli creditori del disponente (mentre l'atto rimane valido tra le parti e nei confronti di altro soggetto diverso dai creditori anteriori).

È evidente anche la particolare attenzione che dovrà farsi nelle compravendite successive del bene non disponendo in alcun modo la norma in merito ai terzi subacquirenti a titolo oneroso. Vero è che se non vi fosse una sorta di diritto di seguito per l'anno previsto dalla norma, la norma stessa non avrebbe alcun effetto, ma ciò porterebbe ad inficiare gravemente il principio della tutela del terzo subacquirente di buona fede a titolo oneroso di cui all'art. 2901 c.c. ed il principio della priorità delle trascrizioni (ben potendo palesarsi entro un anno un creditore nonostante l'accertamento esperito dal notaio dell'insussistenza alla data dell'atto a titolo gratuito di formalità pregiudizievoli).

Si noti che la norma consentirebbe nell'anno l'esecuzione anche nei confronti del donante quando vi sia risoluzione per mutuo consenso della donazione, nel caso sia dimostrata la frode dell'atto gratuito.

Parte della dottrina esclude l'applicabilità della norma in caso di cessioni gratuite della quota tra coniugi avvenuta nell'ambito di un procedimento di separazione o divorzio atteso che trattasi di contratti che hanno causa nella crisi familiare e nel suo sciogliersi diversamente dalla causalità degli atti negoziali gratuiti sia diretti che indiretti e, non ultimo, avvengono sotto il controllo del giudice (omologa o sentenza di scioglimento del matrimonio). E ricordiamo che anche l'eventuale – di recente introdotta – negoziazione assistita preparata dai legali necessita pur sempre del nulla osta del PM.

Il debitore, gravato da una nuova presunzione *juris tantum* temporanea, potrà solo opporsi al pignoramento immobiliare effettuato dall'ufficiale giudiziario con un'opposizione all'esecuzione:

- pagherà quindi il contributo unificato per l'iscrizione a ruolo;
- subirà l'inversione dell'onere della prova dovendo dimostrare negativamente che il fondo patrimoniale, il vincolo di destinazione, la donazione o il trust non sono stati posti in essere allo scopo di frodare il creditore (unica prova possibile di fatto sarà quella di avere comunque capienza per onorare il debito) e ciò mentre con la precedente normativa, previa azione revocatoria, era il creditore a dover dimostrare positivamente l'intento fraudolento del suo debitore;
- con il rischio concreto che l'immobile sia nel frattempo venduto all'asta.

In caso di trust, la norma sembrerebbe lasciare aperti degli spiragli alla proposizione dell'opposizione non solo da parte del disponente nella sua qualità di debitore, e del *trustee* in quella di "proprietario", ma anche da parte dei beneficiari del *trust* che sono indiscutibilmente soggetti interessati alla conservazione del vincolo, come peraltro riconosciuto anche in giurisprudenza nel momento in cui è stato riconosciuta l'ammissibilità del beneficiario a svolgere

intervento adesivo dipendente *ex art.* 105 c.p.c. in un'azione di accertamento dell'invalidità di un *trust* e della sua inefficacia (Trib. Reggio Emilia, 27 agosto 2011), in quanto appunto portatore di un interesse giuridico diretto alla conservazione degli effetti del *trust*.

È competente il giudice dell'esecuzione e non più il tribunale ordinario che rimane competente per l'azione revocatoria dopo lo spirare del termine di decadenza annuale. Si ricorda peraltro che la procedura di cui all'*art.* 2929-*bis* c.c. è una facoltà del creditore che ben potrebbe scegliere di ricorrere alla normale azione revocatoria. L'accertamento di cui alla fase dell'opposizione potrebbe infatti portare alla negazione della sussistenza del diritto a procedere *ex art.* 2929-*bis* con conseguente condanna al ristoro del danno patito dal debitore anche *ex art.* 96 c.p.c., quale lite temeraria.

Di fatto pertanto la norma di favor creditoris è più di natura processuale che sostanziale. Solo leggendola così si superano i dubbi già espressi sopra in merito all'affidamento del terzo sub-acquirente a titolo oneroso di buona fede e dei principi riguardanti la trascrizione (se il terzo avrà trascritto prima della trascrizione del pignoramento il suo acquisto, a dire di chi parla, sarà salvo anche se il pignoramento avviene nell'anno)

Si sottolinea che si ritiene comunemente applicabile tale norma alle disposizioni a titolo gratuito effettuate dopo il 27 giugno 2015, data di entrata in vigore del decreto legge, stante la norma transitoria che prevede l'applicabilità alle procedure esecutive iniziate successivamente all'entrata in vigore del decreto (anche qui con un uso della lettera ambiguo atteso che la procedura esecutiva non è di fatto ancora iniziata).

Il fondo patrimoniale: strumento *evergreen* o contenitore ormai privo di contenuto nella pianificazione e protezione del patrimonio familiare?

Barbara Veronese

SOMMARIO

1. Note introduttive. – 2. L'autonomia negoziale e la duttilità dello strumento fondo patrimoniale. – 2.1. Premessa. – 2.2. La valorizzazione dell'autonomia privata. – 2.3. I beni oggetto del fondo. – 2.4. La costituzione del fondo patrimoniale. – 2.5. La funzione del fondo patrimoniale. – 2.6. L'amministrazione dei beni a fondo patrimoniale. – 3. Responsabilità debitoria e tutela del patrimonio familiare. – 3.1. Inquadramento del problema. – 3.2. La nozione di famiglia. – 3.3. I bisogni della famiglia. – 3.4. L'esecuzione sui beni del fondo patrimoniale. – 3.5. Debiti nascenti da obbligazioni non contrattuali. – 3.6. L'iscrizione ipotecaria sui beni del fondo. – 4. Considerazioni finali.

1. Note introduttive

Il fondo patrimoniale è quella figura giuridica¹ introdotta nel nostro ordinamento con la riforma del diritto di famiglia² in sostituzione³ e, per taluni, quale adeguamento⁴ del previgente ed abrogato istituto del patrimonio fami-

¹ Efficace risulta essere anche l'espressione “*nuova costruzione del legislatore*” tratta dallo Studio n. 2384 del Consiglio Nazionale del Notariato dal titolo “*Obbligazioni familiari e fondo patrimoniale: i limiti all'esecuzione*” approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 22 giugno 1999.

² La legge 19 maggio 1975, n. 151.

³ Per F. CARRESI, voce *Fondo patrimoniale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, XIV, 1989, 1, il fondo patrimoniale, per le radicali trasformazioni subite, rappresenta un istituto diverso e non semplicemente una versione ammodernata del patrimonio familiare.

⁴ Usa lo specifico termine di “ammodernamento” F. CORSI, “*Il regime patrimoniale della famiglia*” in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di Cicu e Messineo, VI, II, Milano, 1984, 83 ss.

liare⁵ con lo scopo di consentire al nucleo “famiglia” di poter contare su un substrato patrimoniale in grado di garantire i bisogni dello stesso⁶, salvaguardando quella parte di patrimonio vincolato durevolmente al soddisfacimento dei soli interessi e bisogni familiari⁷ ponendo i beni e i diritti che lo costituiscono al di fuori dei rischi discendenti da una non oculata gestione delle vicende patrimoniali dei coniugi.

Pur nella riconosciuta meritevolezza giuridica dell’originaria intenzione del legislatore⁸ finalizzata a conferire alla fattispecie in esame la funzione di effettivo strumento di tutela dell’interesse, dei bisogni e del patrimonio della famiglia⁹, il fondo patrimoniale, sin dalla sua istituzione, venne additato con sospetto da parte di autorevole dottrina la quale, tra le varie critiche avanzate, sosteneva trattarsi di un tipico “prodotto di laboratorio” legislativo¹⁰ che non avrebbe soddisfatto alcun interesse; che gli aspetti apprezzabili presenti nel precedente istituto del patrimonio familiare erano andati smarriti, senza che altri pregevoli ne fossero stati, al contempo, introdotti¹¹ e che mancavano i ca-

⁵ L’istituto del patrimonio familiare risulta essere ancor oggi in vigore, ai sensi dell’art. 227 della legge n. 151/1975, per i patrimoni familiari costituiti in data anteriore all’entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia, pur se occorre evidenziare la scarsissima applicazione pratica della fattispecie, oltre alla totale disattenzione da parte della dottrina. Preme evidenziare che nel detto istituto la titolarità dei beni e la relativa amministrazione restava in capo al coniuge costituente, *cf.* per disamina approfondita delle analogie e differenze tra i due istituti: M.C. PINTO BOREA, *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale: caratteri comuni e note differenziali*, in nota a Cass. 31 maggio 1988, n. 3703 in *Giur. It.* 1989, I, 1, 873 ss.; E. MANDES, *Il fondo patrimoniale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. not.*, 1990, 641 ss.

⁶ *Ad sustinenda onera matrimonii.*

⁷ Più precisamente, il fondo patrimoniale costituisce lo strumento privilegiato di assolvimento dei doveri di mantenimento, di assistenza e di contribuzione esistenti nell’ambito della famiglia, ai sensi degli artt. 143 e 144 c.c., *in primis* nei riguardi di coloro che i coniugi sono obbligati a mantenere e, cioè, i figli, siano essi legittimi od adottivi, nonché gli affiliati ed i minori in affidamento temporaneo, siano essi già nati o sopravvenuti al tempo di costituzione del fondo.

⁸ Che risulta essere fondata non solo su di un mero giudizio di liceità, ma che deve necessariamente andar oltre nella soppesazione comparativa di valori ed interessi necessariamente contrapposti.

⁹ L’introduzione dell’istituto del fondo patrimoniale evidenzia il particolare *favor* che il legislatore ha voluto porre nei riguardi della famiglia, quale elemento fondamentale per lo sviluppo dell’individuo e nucleo di base della comunità sociale.

¹⁰ *Cfr.* G. GABRIELLI, in voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 294 ss.

¹¹ *Cfr.* F. CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi, I, 1, Cedam 1977, 343-344, richiamato da

ratteri, invece ben definiti nell'istituto antenato, quali la maggior intensità e rigidità del vincolo di destinazione¹², l'inalienabilità e l'inespropriabilità dei beni che ne formavano l'oggetto¹³.

Oggi, ad oltre quarantun'anni dall'ingresso del fondo patrimoniale nel nostro ordinamento giuridico, l'analisi dell'istituto ci conduce a confermare che, a fronte del suo sempre più frequente utilizzo pratico, in particolar modo dovuto al costo non proibitivo della relativa creazione nonché alla nota relativa semplicità della procedura di costituzione, esso, negli ultimi anni, sta incontrando scarsa fortuna in termini di effettivo schermo protettivo offerto al patrimonio della famiglia e la causa principale di tale insuccesso risulta essere fondata sul sospetto, oltre che sulla prudenza, rammostrate da parte sia della dottrina che, ancor più, della giurisprudenza, di legittimità e di merito, per non dimenticare quella tributaria, verso l'istituto e verso le limitazioni di responsabilità di cui, con lo stesso, si vorrebbe beneficiare, basate sulla circostanza per cui troppe volte, nella prassi, il fondo patrimoniale risulta essere stato utilizzato in maniera strumentale, scorretta e distorta rispetto alla funzione tipica alla quale esso dovrebbe essere effettivamente e concretamente destinato¹⁴, in quanto, con sempre maggior frequenza, viene creato *ad hoc* per perseguire il fine precipuo di tentare di sfruttare abusivamente il limite all'esecuzione forzata, garantito dal legislatore all'articolo 170 c.c., sottraendosi alla responsabilità patrimoniale e danneggiando, così, i creditori.

Invero, al proposito, l'osservazione delle fattispecie giunte al vaglio della magistratura, ordinaria e tributaria, confermano l'ipotesi per cui, sia in passato che alla data attuale, la maggior parte dei fondi patrimoniali esistenti sia stata costituita in epoca successiva al sorgere del credito e per la finalità strumenta-

G. D'ELIA, *I bisogni della famiglia e il fondo patrimoniale nella esecuzione immobiliare*, in www.ilcaso.it/articoli/880.it.

¹² Così da assicurare al complesso di beni stabilità e durata in armonia con quelli che erano un tempo anche i caratteri del matrimonio. Si pensi che la regolamentazione inerente il patrimonio familiare inibiva il compimento di atti dispositivi sui beni che vi erano ricompresi fino allo scioglimento del matrimonio, a prescindere da ogni valutazione sulla loro effettiva funzionalità al soddisfacimento di necessità familiari ed indipendentemente dalla presenza di figli minori, cfr. Corte App. Reggio Calabria, 11 aprile 1991, in *Dir fam.*, 1991, 872.

¹³ Essendo consentita sui soli frutti e non anche sui beni, come invece nell'istituto che lo ha sostituito. Non condivide il pessimismo sulla sorte relativa all'applicabilità dell'istituto *de quo* G. OPPO, in *Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 287.

¹⁴ In dottrina, si veda T. AULETTA, *Riflessioni sul fondo patrimoniale*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2012, 326; M. TAMPONI, *Famiglia e lesione degli interessi dei creditori: oltre l'uso strumentale del fondo patrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 278.

le di voler sottrarre determinati beni alla generica garanzia dei creditori, con la conseguente deviazione dalla causa tipica che l'ordinamento attribuisce al negozio giuridico. È, del resto, ormai ben noto che, nella prassi applicativa, lo strumento abbia largamente tradito le aspettative e disatteso le finalità originarie volute dal legislatore¹⁵ essendo stato utilizzato assai di rado per il perseguimento delle finalità solidaristiche attribuitegli dall'art. 167 c.c. e, lungi dal configurare una specifica volontà dei coniugi all'effettivo perseguimento del benessere familiare – in forma positiva e propositiva – ha finito per essere utilizzato per distogliere elementi patrimoniali dalla possibile aggressione dei creditori, divenendo, pertanto, il vero e proprio strumento privilegiato adottato per sottrarre determinati cespiti chiaramente “individuati” all'esecuzione da parte dei creditori e, talvolta ed in occasioni specifiche, anche all'apprensione da parte della curatela fallimentare.

A causa delle dette motivazioni, si stanno consolidando – seppur in modo ancora ondivago e variamente modulato nei diversi ambiti territoriali e temporali – sempre più numerosi orientamenti restrittivi, volti a tentare di fronteggiare la vera e propria degenerazione dell'istituto e per arginare il suo uso fraudolento e distorto, tentando di ripristinare la giusta dignità giuridica del diritto di credito e, conseguentemente, a maggior tutela delle ragioni creditorie, posizioni che chiaramente stanno ulteriormente ridimensionando l'utilità dell'istituto, compromettendo il suo significato e, finanche, la stessa ragione di esistere della fattispecie “fondo patrimoniale” nel nostro sistema giuridico, già del resto fortemente compromessa.

Al contempo, pare utile sottolineare che l'evoluzione normativa ha consentito l'individuazione di altre, ulteriori e, talvolta, più raffinate soluzioni alternative finalizzate al medesimo scopo di segregazione patrimoniale e di specifica destinazione dei frutti, di cui una è rinvenibile nel testo, seppur aggiornato, del codice civile, ove all'art. 2645-ter¹⁶ risulta essere individuabile il versatile atto di destinazione¹⁷ costituente un patrimonio destinato ad uno specifico scopo, il

¹⁵ Si segnala la volontà del legislatore, espressa all'art. 170 c.c., come novellato dall'art. 52 della legge n. 151/1975 di voler conciliare la preminente realizzazione delle esigenze familiari con l'esclusione astratta o, quantomeno, con la limitazione in concreto di un ricorso fraudolento allo strumento giuridico in esame.

¹⁶ Introdotto dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51 di conversione del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273.

¹⁷ Cfr. G. OBERTO, *Famiglia di fatto e convivenze: tutela dei soggetti interessati e regolamentazione dei rapporti patrimoniali in vista della successione*, in *Fam. dir.*, 2006, 661 ss.; ID., *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, in *Contr. Impr./E*, 2007, § 5 e 15.

quale, implicando un regime di parziale inaggregabilità ed inalienabilità dei beni destinati, è funzionale anche alle esigenze della famiglia di fatto e all'assolvimento di funzioni di protezione che vanno oltre la durata del vincolo matrimoniale e nel quale i beneficiari, a differenza di quanto si avrà modo di constatare nel fondo patrimoniale, non risultano essere gravati da alcun onere dimostrativo dello stato soggettivo del creditore, essendo, invece, compito di chi intende aggredire i beni vincolati provare l'attinenza delle proprie ragioni di credito allo scopo della destinazione. Altro prodotto originale, tratto dall'esperienza giuridica anglosassone, è rappresentato dalla figura giuridica del *trust*¹⁸ che consente la creazione di un patrimonio separato, destinato alla realizzazione di un particolare interesse espressamente determinato nell'atto istitutivo, attraverso il quale si realizza una sorta di specializzazione della responsabilità patrimoniale¹⁹.

Da ultimo, non si può sottacere la scarsa considerazione, per non dire la vera e propria lesione del diritto di difesa del debitore (o del terzo che ha ricevuto i beni), posta di recente dallo stesso legislatore²⁰, il quale, con l'introduzione del nuovo art. 2929-*bis* c.c. ad opera dell'art. 12 del decreto legge 27 giugno 2015, n. 83, convertito con legge 6 agosto 2015, n. 132, ha modificato ed ulteriormente indebolito il regime del fondo patrimoniale (e così pure gli altri atti costitutivi di vincoli di indisponibilità o di alienazione aventi per oggetto immobili o mobili registrati), dando la più ampia garanzia al creditore che ritenga di aver subito pregiudizio dall'esistenza dell'istituto in considerazione²¹ abilitandolo ad iniziare l'esecuzione forzata indipendentemente dal previo ottenimento di una sentenza dichiarativa di inefficacia, senza alcun onere della prova, alla sola condizione che il portatore del diritto di credito trascriva il pignoramento nei pubblici registri entro un anno dalla data di trascrizione del fondo patrimoniale. In tal modo, al ricorrere degli esposti presupposti, si verifica una vera e propria perdita di efficacia dell'atto di costituzione del negozio di cui agli articoli 167 e seguenti c.c.

¹⁸ La cui legittimazione in Italia deriva dalla ratifica della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 sulla legge applicabile ai *trust* e al loro riconoscimento, avvenuta con legge 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992.

¹⁹ Per la sua flessibilità che ne consente una costruzione su misura in base agli scopi e ai soggetti coinvolti, sempre più numerosi ne risultano gli utilizzi pratici, tra cui, da ultimo, preme rammentare la previsione nell'ambito della legge sul "Dopo di noi" che introduce il sostegno e l'assistenza a tutela delle persone con grave disabilità dopo la morte dei parenti che li accudiscono, approvata in via definitiva il 14 giugno 2016.

²⁰ Per taluni, di fatto, è stata introdotta una sorta di presunzione *iuris tantum* che il debitore abbia comunque agito in mala fede, ponendo in essere atti in frode ai creditori.

²¹ Ma non solo, anche da donazione, *trust* ed eventuali vincoli diversi.

2. L'autonomia negoziale e la duttilità dello strumento fondo patrimoniale

2.1. Premessa

Stante le numerose critiche di cui il fondo patrimoniale risulta essere perennemente investito, tra le quali quelle che lo identificano quale istituto che offre una protezione debole, rigido fisiologicamente, dall'incerta utilizzabilità su determinati beni, mai fruibile in presenza di mobili ed aziende, preme sottolineare una serie di caratteri salienti che lo rendono uno strumento agevole, economico, anche dal punto di vista fiscale, alquanto duttile e modellabile alle concrete esigenze applicative pratiche che si presentano, caso per caso, nella famiglia; tra di esse occorre evidenziare la particolare idoneità dell'istituto a soddisfare le esigenze di difesa del patrimonio personale e del nucleo familiare per talune categorie professionali particolarmente esposte ai rischi derivanti dall'attività lavorativa, quali imprenditori, amministratori, dirigenti e professionisti, agevolando la diligente amministrazione, oltre che la tutela, del patrimonio domestico anche ai fini della sua trasmissione alle generazioni future.

2.2. La valorizzazione dell'autonomia privata

Come noto, la disciplina del fondo patrimoniale è individuabile agli articoli 167 e seguenti del c.c., anche se le scarse previsioni codicistiche hanno fatto sì che la concreta regolamentazione del negozio giuridico tipico fosse in buona parte sostanzialmente rimessa alla discrezionalità ed autonomia privata dei coniugi, in particolare negli ambiti della costituzione dello stesso, oltre che nel contesto dell'amministrazione e del suo funzionamento, consentendo, così, di adattare ogni singola fattispecie alle particolarità ravvisabili nella realtà seppur con il rischio, quale contropartita, di non riuscire a garantire adeguatamente il creditore da un possibile utilizzo fraudolento dell'istituto. Proprio tali constatazioni hanno condotto all'attuale situazione di incertezza fondata sul sempre più rigoroso atteggiamento di chiusura della giurisprudenza che rischia di far prevalere, sempre e comunque, l'orientamento di *favor* verso le esigenze di protezione del ceto creditore senza tentare di conciliarlo con le garanzie poste a favore della famiglia.

2.3. I beni oggetto del fondo

Con riferimento all'oggetto, pur premettendo che le parti godono di ampio margine di autonomia nel determinare il reale contenuto dell'atto costitutivo del

fondo, rigorosi limiti risultano, perlopiù, essere annoverabili nell'art. 167 c.c. il quale individua, in modo tassativo, le categorie di beni che possono essere destinate al fondo patrimoniale, riassumendole nei beni immobili²² nei beni mobili registrati²³ e nei titoli di credito²⁴, con la possibilità, ai sensi dell'art. 168 c.c., di conferire nel fondo il solo godimento del bene, conservandone la proprietà.

Con riferimento all'ultima categoria menzionata, l'ormai concorde dottrina annovera anche la sicura conferibilità delle azioni sociali che, in via prevalente, tende ad estendersi anche alle quote di società a responsabilità limitata per il regime pubblicitario cui la relativa circolazione risulta essere soggetta, tanto da farle assimilare ai beni mobili iscritti nei pubblici registri²⁵.

Per opinione unanime, tali beni economici costituiscono un numero chiuso, in quanto l'elencazione contenuta all'art. 167 c.c. deve considerarsi tassativa e non suscettibile di interpretazione estensiva.

Da tale disposizione è ricavabile l'esclusione dei beni mobili non registrati, giustificata dall'assenza di un apposito regime pubblicitario inerente gli stessi, che renderebbe impossibile l'opposizione del vincolo "soddisfacimento dei bisogni della famiglia" ai terzi.

Per parte prevalente della dottrina si ritengono introducibili nel fondo patrimoniale anche i brevetti per invenzione industriale, i marchi ed, in genere, i titoli di privativa industriale ed intellettuale in quanto soggetti a registrazione. Con specifico riferimento al marchio d'impresa preme evidenziare che ogni dubbio sulla potenziale conferibilità pare confermata dalla riforma di cui al d. lgs. n. 480/1992 che, innovando in modo specifico l'art. 2573 c.c., ha previsto esplicitamente la facoltà di poter trasferire il diritto indipendentemente dalla contestuale cessione dell'azienda, o di un suo ramo, di cui il marchio era parte. Tale precisazione appare fondamentale considerato che la dottrina unanime esclude che si possano costituire in fondo patrimoniale le aziende, *in primis* per la loro composizione, trattandosi di universalità che potenzialmente abbracciano anche rapporti di credito e beni mobili non registrati, non suscettibi-

²² Il vincolo è posto non tanto sul bene immobile in sé considerato, bensì sul diritto inerente tale bene, per cui oltre alla proprietà, si potrebbe apporre il vincolo su diritti reali diversi dalla proprietà, quali: l'usufrutto, la superficie, l'enfiteusi, la nuda proprietà, pur se – in tali casi – tenendo in debito conto il profilo della temporaneità dei detti diritti, occorre verificare la relativa ed effettiva idoneità alla destinazione.

²³ Questa inclusione costituisce una vera e propria novità rispetto al previgente istituto del patrimonio familiare.

²⁴ I titoli di credito devono essere vincolati, rendendoli nominativi con l'annotazione del vincolo oppure in altro modo idoneo allo scopo.

²⁵ Cfr. R. QUADRI, *Fondo patrimoniale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2007, XVI, 5.

li, pertanto, di autonoma segnalazione pubblicitaria, ma anche per la finalità propria di tale aggregato deputato allo svolgimento di un'attività imprenditoriale che ben poco avrebbe a che vedere con la funzione di soddisfacimento delle esigenze familiari²⁶. L'orientamento segnalato non esclude, invece, che possano essere inseriti nel fondo patrimoniale i singoli beni aziendali, purché rientranti nelle categorie di cui all'art. 167 c.c.²⁷.

Per parte della dottrina²⁸, inoltre, è possibile il conferimento anche dei beni futuri o, forse, sarebbe più corretto parlare di situazioni giuridiche future²⁹ purché essi siano determinati, così come pare richiedere, in un'interpretazione in senso lato, l'art. 167 c.c. tale da potervi ricomprendere anche i beni determinabili od individuabili.

2.4. La costituzione del fondo patrimoniale

Ponendo riguardo ai soggetti legittimati attivi alla costituzione del fondo patrimoniale, il conferimento può essere effettuato da ciascuno o da entrambi i coniugi con convenzione per atto pubblico ricevuto dal notaio alla presenza di due testimoni³⁰ oppure da parte di un terzo con atto tra vivi – caso nel quale risulta essere necessaria l'espressa dichiarazione di accettazione dell'atto dispositivo da parte di entrambi i coniugi – oppure per testamento³¹.

Ci si potrebbe, sul punto, domandare se terzo possa essere considerato anche un figlio dei coniugi, il quale, ovviamente, non può dirsi un vero e proprio estraneo rispetto alla famiglia; al proposito, uno studio del Consiglio Naziona-

²⁶ Cfr. G. GABRIELLI, voce "Patrimonio familiare e fondo patrimoniale", in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, 313; A. ARCERI, M. BERNARDINI, M. BUCCHI, "Trust e altre tutele del patrimonio familiare", 2010, 198.

²⁷ La soluzione, ancora alla data attuale, non risulta essere del tutto pacifica; in senso positivo si sono espressi alcuni autori, tra cui T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, Milano, 1990, 107 e A.M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984, 811, nota 23; per altra parte della dottrina, però, deve essere negata anche la conferibilità di singoli beni aziendali stante il carattere unitario del complesso aziendale, cfr., al proposito e tra gli altri, la posizione espressa da F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.*, a cura di Cicu e Messineo, VI, II, Milano, 1984, 85, nota 7.

²⁸ Cfr. P. PERLINGIERI, *Sulla costituzione del fondo patrimoniale su «beni futuri»*, in *Dir. Fam.*, 1977, 265, fermo il limite del divieto di donazione.

²⁹ Cfr. P. PERLINGIERI, *op.cit.*, 275.

³⁰ Come si ricava dalla lettura dell'art. 171 c.c., non è possibile costituire il fondo patrimoniale per testamento da parte di un coniuge.

³¹ Tale ultima ipotesi è, da taluni, considerata perlopiù un caso di scuola.

le del Notariato³² ha concluso in senso affermativo, ammettendo anche l'operatività di tale ipotesi.

Indefettibile presupposto di esistenza, oltre che condizione necessaria di efficacia del fondo è dato dalla presenza della famiglia legittima consacrata dal matrimonio dei coniugi. Ciò non esclude che, nella pratica, il fondo patrimoniale possa essere costituito in vista di un matrimonio futuro, ma, in tale evenienza, l'efficacia dell'atto costitutivo sarà condizionata, oltre che subordinata, all'effettiva celebrazione del matrimonio³³.

In caso contrario, si pensi al caso delle coppie di fatto, il difetto del necessario presupposto "matrimonio" potrà essere superato avvalendosi dell'istituto previsto all'art. 2645-ter c.c.³⁴ il quale consente di vincolare uno o più beni ad una destinazione specifica, senza la necessità che il titolare sia sposato, pur se per attivarlo non risulta essere sufficiente, come nel fondo patrimoniale, il mero interesse di chi lo crea, ma dovrà sussistere un vero e proprio interesse meritevole di tutela, concetto nel quale si può sicuramente far rientrare anche la finalità protettiva del convivente more uxorio.

Passando ora all'individuazione di quale sia la natura giuridica del fondo patrimoniale in sé considerato (non badando, quindi, al suo atto costitutivo), occorre tener presente che la fattispecie in esame non costituisce un regime coniugale generale, in quanto non riguarda tutti, ma solamente alcuni, beni e, quindi, si innesta necessariamente su un regime di comunione (legale o convenzionale) oppure di separazione dei beni.

L'istituto può, invece, essere qualificato alla stregua di un patrimonio separato, di destinazione, ove la specifica finalità del vincolo impresso su determinati beni, nell'ambito del patrimonio complessivo di un soggetto specifico, sia di poter far fronte e soddisfare i bisogni della famiglia.

Nella sostanza, si può affermare che nell'ambito del patrimonio di spettanza della coppia (o di un terzo ad essa estraneo) si stornano taluni beni che vengono finalizzati al soddisfacimento dei bisogni familiari, con la conseguenza che solo taluni tra i creditori potranno accampare pretese su tali beni, con più precisione solo quelli che siano divenuti tali a seguito di un'obbligazione contratta nell'interesse della famiglia³⁵.

³² Cfr. C.N.N. Quesito 119/2008 dell'11 aprile 2008.

³³ In tal senso, si segnala, in giurisprudenza, Corte App. Catania, 16 aprile 1981, in *Dir. fam.*, 1981, 105, già cit. in nota 12; anche M.L. CENNI, *Il fondo patrimoniale*, Tratt. Zatti, III, Milano, 2002, secondo la quale se l'atto costitutivo del fondo patrimoniale è stipulato prima delle nozze, è necessaria la compresenza di entrambi i nubendi.

³⁴ Cfr. *supra* nel testo in 1. Note introduttive e precedenti note 16 e 17.

³⁵ In giurisprudenza, tra le tante, cfr. la sentenza della Cass. civ., sez. V, 6 giugno 2002, n. 8162.

Il cennato carattere separato del patrimonio costituito in fondo si estrinseca in due diversi vincoli, più precisamente quello di inalienabilità e di indisponibilità, di cui agli artt. 169 e 170 c.c.

Le conseguenze del vincolo di destinazione sono riassumibili nell'obbligo dei coniugi di utilizzare i beni ed i frutti ricompresi nel fondo patrimoniale per i bisogni della famiglia e, conseguentemente, il divieto di distrarli dallo scopo al quale sono stati destinati, oltre alla limitazione al soddisfacimento dei creditori i quali potranno rivalersi sui beni facenti parte del fondo (e sui rispettivi frutti) solo se non conoscevano che il credito era stato contratto per scopi estranei ai bisogni della famiglia.

2.5. La funzione del fondo patrimoniale

Se poniamo attenzione alla funzione attribuita al fondo patrimoniale, possiamo segnalare che è sempre rilevabile la c.d. funzione destinataria, la quale risulta essere legata alla circostanza per cui l'esistenza dell'istituto comporta un mutamento della condizione giuridica dei beni sui quali viene impresso il vincolo di destinazione³⁶. Talvolta, ed eventualmente, ad essa può accostarsi anche la funzione (ed il connesso effetto) traslativa.

Tenuto conto che la lettera dell'art. 168 c.c. prevede che la proprietà dei beni costituenti il fondo spetti ad entrambi i coniugi, salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di costituzione, ne consegue che l'effetto naturale conseguente alla creazione dell'istituto sia quello traslativo in capo ed a favore di entrambi i coniugi. Nella realtà, anche in applicazione dell'autonomia negoziale riconosciuta sul punto alle parti, si ritiene che sia opportuno che l'atto costitutivo regoli espressamente questo aspetto per sopire sin dall'inizio eventuali incertezze e conseguenti contestazioni.

Passando alla disamina della natura giuridica dell'atto costitutivo che dà origine al fondo patrimoniale, per la pressoché unanime giurisprudenza nonché l'ormai consolidato orientamento espresso dalla dottrina maggioritaria, il negozio di attribuzione dei beni al fondo presenta carattere negoziale, più precisamente trattasi di un atto di liberalità o a titolo gratuito³⁷, in quanto, anche qualo-

³⁶ Questa era proprio l'intenzione originaria del riformatore del 1975, il quale voleva che la finalità del fondo patrimoniale fosse quella di destinare determinati beni – immobili, mobili registrati, titoli di credito – al perseguimento di uno scopo esclusivo, individuato nel soddisfacimento dei bisogni della famiglia.

³⁷ Cfr. Cass. civ., sez. III, sent. 17 gennaio 2007, n. 966, in *Fam. dir.*, 2007, 5, 493; Cass. civ., sez. III, sent. 18 ottobre 2011, n. 21492; Cass. civ., sez. III, sent. 7 ottobre 2008, n. 24757,

ra provenga da entrambi i coniugi, è ravvisabile il difetto della corrispondente attribuzione in favore del o dei disponenti, oltre al fatto che non integra l'adempimento di un dovere giuridico, atteso che non è obbligatoria per legge. Ne consegue l'applicazione della relativa disciplina, tra cui, in particolare, l'esperibilità dell'azione revocatoria, tanto che il fondo patrimoniale potrà essere dichiarato inefficace nei confronti del creditore al ricorrere delle condizioni, risultanti necessarie e sufficienti, indicate all'articolo 2901 c.c., al n. 1)³⁸.

Con riferimento alla pubblicità del vincolo di destinazione e dell'effetto destinatorio che ne consegue³⁹ sono previste due diverse forme pubblicitarie, che autorevole dottrina definisce del "doppio binario" o del sistema binario⁴⁰, aventi funzioni e finalità diverse.

La prima, dotata di efficacia dichiarativa, consiste nell'annotazione a margine dell'atto di matrimonio, onere previsto dall'art. 162, 4° comma, c.c., introdotto dalla riforma del diritto di famiglia. L'importanza della detta annotazione consiste nell'attribuzione dell'effetto di rendere il vincolo opponibile ai terzi e, quanto alla decorrenza temporale, si segnala che l'efficacia inizia dal momento in cui l'annotazione ha avuto luogo e non retroagisce al momento in cui l'ufficio competente ha ricevuto l'atto da annotare.

La seconda forma pubblicitaria consiste, per gli immobili, nella trascrizione del vincolo sui pubblici registri immobiliari, onere che, ai sensi dell'art. 2647 c.c., grava sui coniugi.

Per la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza di legittimità, per l'opponibilità del fondo patrimoniale (come pure delle convenzioni matrimoniali) ai creditori e ai terzi in generale la forma di pubblicità prevista dalla legge è rappresentata esclusivamente dall'annotazione a margine dell'atto di matrimonio, mentre la trascrizione del vincolo nei registri della conservatoria dei beni immobili, non essendo idonea ad assicurare detta opponibilità, risulta essere degradata e, pertanto, richiesta solamente ai fini di mera pubblicità notizia e mai potrà sopperire al difetto di annotazione nei registri dello stato civile⁴¹.

in *Mass. giur. it.*, 2008; oltre alla recente Cass. civ., sez. VI-3, ord. 12 dicembre 2012, n. 22878, ined.

³⁸ Cfr. Cass. civ., sez. III, sent. 22 marzo 2013, n. 7250 in *www.dirittoegiustizia.it*; Cass. civ., sez. I, sent. 8 agosto 2013, n. 19019 ined.; Cass. civ., sez. III, sent. 2 agosto 2002, n. 11537, in *Riv. not.*, 2003, 444 e *Dir. e Giust.*, 2002, f. 32, 77; Cass. civ., sez. I, sent. 20 giugno 2000, n. 8379, in *Fam. e dir.*, 2000, 6, 625 e *Dir. fall.*, 2001, II, 913 nota di Maceroni; Cass. civ., sez. I, sent. 2 dicembre 1996, n. 10725, in *Fam. e dir.*, 1997, 2, 169.

³⁹ E non dell'eventuale atto traslativo che sia ad esso collegato.

⁴⁰ Vedi A.M. FINOCCHIARO, *op. cit.*; e C.M. BIANCA.

⁴¹ La prima sentenza che ha enunciato il detto principio è stata Cass. civ., sez. I, sent. 27 novembre 1987, n. 8824, in *Dir. fam. e pers.*, 1988, 854 con nota di Morozzo Della Rocca, in

2.6. L'amministrazione dei beni in fondo patrimoniale

Seppur, in generale, il regime di gestione dei beni immessi nel fondo sia piuttosto rigoroso, si pensi ai noti e stringenti limiti all'alienazione e alla cessazione del fondo, alcuni spazi di autonomia negoziale sono ravvisabili nella relativa amministrazione, indipendentemente dalla titolarità dei beni.

Sul punto, l'art. 168, ultimo comma, c.c. rinvia alle norme sull'amministrazione della comunione legale di cui agli artt. 180 e segg. c.c., che ispirandosi al principio di ordine pubblico di parità, giuridica e morale, tra i coniugi, indipendentemente dal regime patrimoniale adottato, determina che l'ordinaria amministrazione sia attribuita ad entrambi i coniugi in forma disgiunta, mentre gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, in via inderogabile, devono essere necessariamente affidati al consenso congiunto di entrambi i componenti la coppia, salva la facoltà di prevedere, nell'atto di costituzione, un aumento o una diminuzione della rigidità del sistema di gestione.

Aggiungasi che in forza dell'effetto segregante del fondo, di norma, in presenza di figli minori, la situazione gestoria risulta essere tendenzialmente più rigorosa in quanto occorrerà attivare il sistema autorizzatorio domandando il benessere del tribunale che, nei soli casi di necessità od utilità evidente, potrà provvedere in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero⁴², salva l'eventuale clausola derogatoria inserita *ad hoc* nell'atto costitutivo⁴³.

Vita not., 1988, 229, *Giur. agr. it.*, 1988, 226 con nota di Triola, *Giust. civ.*, 1988, I, 677 con nota di Finocchiaro, Giustiniani, la quale è stata successivamente e ripetutamente confermata; tra le altre si annoverano: Cass. sent. 28 novembre 2002, n. 16864, in *Bancadati Big Ipsoa*; Cass. civ., sez. III, sent. 15 marzo 2006, n. 5684, in *Riv. not.* 2007, 1, 161, *Vita not.*, 2006, 2, 1, 796; Cass. Civ, sez. I, 16 novembre 2007, n. 23745 in *Foro it.*, 2008, 6, I, 1936; Cass. Civ, sez. I, sent. 25 marzo 2009, n. 7210, in *Giur. it.*, 2009, 10, 2162, in *Foro it.*, 2009, 11, 1, 3033 e *Foro it.*, 2010, 11, 1, 3122 con nota di Maltese. Si segnala, inoltre, che da ultimo, a conferma del detto principio è intervenuta una sentenza della Cass. SS.UU. 13 ottobre 2009, n. 21658 in *Foro it.*, 2009, 12, 1, 3323, *Foro it.*, 2010, 11, 1, 3122 nota di Maltese, della quale non si sentiva l'esigenza vista l'assenza di un contrasto giurisprudenziale sul punto).

⁴² Cfr. in senso favorevole Trib. Biella sent. 11 febbraio 2015 est. Migliore, ined., che ha autorizzato la vendita di beni immobili, pur se con il successivo obbligo di reimpiego del corrispettivo per il mantenimento dell'originaria finalità del fondo patrimoniale; in senso contrario, invece, Trib. Biella, sent. 1 aprile 2016 est. Migliore, ined., e Trib. Biella, sent. 19 giugno 2015 est. Vaghi, ined., che hanno, invece, negato l'autorizzazione per la non ravvisata necessità od utilità evidente nell'interesse della prole, così come richiesta dall'art. 169 c.c. e a causa del ravvisato connesso rischio di un sostanziale depauperamento del fondo patrimoniale).

⁴³ Cfr. la recente sentenza Trib. Milano, sez. IX, 26 giugno 2013, est. E. Manfredini, in *www.ilcaso.it* per cui: «nell'atto di costituzione del fondo patrimoniale i coniugi hanno espressamente consentito la possibilità di alienare i beni costituenti il fondo, su accordo di entrambi i coniugi, senza necessità di autorizzazione giudiziale, nonostante la presenza di figli minori

Inoltre, in caso di rifiuto di uno dei coniugi a prestare il proprio consenso al compimento di un atto di straordinaria amministrazione, l'altro coniuge potrà ricorrere al giudice per ottenere la relativa autorizzazione quando il compimento dell'atto risulti posto nell'interesse della famiglia.

Nell'istituto in esame, ai sensi dell'art. 169 c.c., vige il divieto generale, pena la nullità, di poter liberamente disporre, alienare o, comunque, assoggettare i beni del fondo a vincoli (ad esempio: costituzione in garanzia) se non con il consenso di entrambi i coniugi, salvo che tale possibilità negoziale sia espressamente consentita dall'atto di costituzione⁴⁴.

Le esposte previsioni testimoniano la concreta variabilità che può assumere il contenuto del vincolo di inalienabilità e disponibilità dell'istituto in esame. Un sicuro limite all'autonomia privata è rappresentato dall'inammissibilità dell'inserimento volontario, nell'atto costitutivo del fondo patrimoniale, di un termine finale o di una condizione, anche in vista della tassatività delle cause estintive o di cessazione di cui all'art. 171 c.c.

In conclusione, pare utile sottolineare che, oggigiorno, nelle sempre più frequenti crisi interessanti il rapporto coniugale, la gestione malleabile del patrimonio vincolato potrebbe risultare oltremodo difficile quando ampio spazio viene delegato all'autonomia negoziale delle parti dall'atto costitutivo, tanto che potrebbero emergere situazioni di conflitto non facilmente risolvibili, rendendo del tutto precaria la garanzia per i beneficiari del fondo.

3. Responsabilità debitoria e tutela del patrimonio familiare

3.1. Inquadramento del problema

In sede pratica ed applicativa, il fondo patrimoniale, per la sua economicità e duttilità, potrebbe ancor oggi rappresentare un ottimo strumento per la protezione di determinati beni dalle aggressioni di creditori futuri a garanzia di un

*nati in epoca antecedente alla costituzione del fondo; (...) pertanto, nel caso di specie non vi sarebbe necessità, per alienare il suddetto bene, dell'autorizzazione del Tribunale, ove i coniugi, che hanno costituito il bene in fondo patrimoniale, ne decidessero l'alienazione»; medesimo indirizzo espresso, tra le altre, da Trib. Lodi 6 marzo 2009, in *Notariato*, 2009, 4, 364 e Trib. Milano 17 gennaio 2006, in *Fam. Pers. Succ.*, 2007, 3, 279. In dottrina, per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2.I. La famiglia*, Giuffrè, 2014, 149).*

⁴⁴ Cfr. Cass. civ., sez. I, 4 giugno 2010, n. 13622, in *Nuova Giur. Civ.*, 2010, 12, 1208 nota di Maione, secondo cui, resta ferma la finalità intrinseca del fondo patrimoniale e degli atti stessi che devono in ogni caso essere assunti a vantaggio della famiglia e «nei soli casi di necessità od utilità evidente».

tenore di vita costante nel tempo, così come concepito dal legislatore del 1975, anche se il tendenziale uso fraudolento fattone di frequente nella prassi con la volontaria e sistematica distorsione della causa propria dell'istituto, ha tradito la genuina volontà del legislatore ispirata al principio solidaristico familiare, palesando esigenze meramente strumentali volte a sottrarre (o tentare di raggiungere tale scopo) i beni alle ragioni dei propri creditori, in spregio ed elusione alla generica garanzia patrimoniale prevista dall'art. 2740 c.c. conducendo all'attuale prevalente orientamento, piuttosto rigido, proprio sia della magistratura ordinaria sia di quella tributaria, ravvisante, a priori, la presunta illegalità dell'istituto tipico in esame con la preoccupazione di tentare di fronteggiare e stroncare il tentativo dei coniugi di frodare i creditori⁴⁵.

Poiché il detto orientamento risulta essere sempre più consolidato, appare legittimo porsi il quesito se il fondo sia giunto al suo naturale, infausto pur se meritato, epilogo.

Partendo da questa amara constatazione fattuale, occorrerebbe verificare la perdurante vitalità ed utilità dell'istituto, tentando di acclarare se l'attuale sistema legislativo coadiuvato dalla giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, anche tributaria nonché dalla più autorevole dottrina operi un corretto ed equilibrato bilanciamento degli interessi coinvolti⁴⁶ oppure tenda a privilegiare sempre e comunque l'uno a scapito dell'altro, valutazione che dovrebbe compiersi senza trascurare l'evoluzione che il ruolo della comunità familiare ha avuto e sta tuttora vivendo nel comune sentire, tanto da portare ad individuare nella famiglia un nucleo proteso a realizzare un sempre maggior benessere materiale e spirituale dei propri membri.

Come noto, di norma, la stragrande maggioranza delle questioni poste al vaglio della magistratura attengono alla possibilità di esecuzione sui beni e sui frutti del fondo patrimoniale e sulla sua opponibilità.

La risposta a tali quesiti ruota sostanzialmente sul limite, consacrato dall'art. 170 c.c., all'esperibilità delle azioni esecutive sui beni e sui frutti del fondo, la quale, in via di principio, non risulta essere ammessa per i debiti che i creditori sapevano essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia, con la conseguenza che, sul punto, assume rilievo determinante l'esat-

⁴⁵ La giurisprudenza, nel corso degli anni, ha avuto occasione di occuparsi del fondo patrimoniale perlopiù per risolvere problematiche di responsabilità del debitore, di opponibilità dell'atto di costituzione o di sua efficacia nei confronti dei terzi titolari di interessi contrapposti, come ben evidenzia M.L. CENNI, *Il fondo patrimoniale*, in *Tratt. Zatti*, vol. III, Milano 2009, 161.

⁴⁶ Da un lato, la più idonea difesa degli interessi della famiglia e dall'altro, la corretta delimitazione del diritto dei creditori di vedere soddisfatte le proprie ragioni.

ta individuazione del concetto di “bisogni della famiglia”, il quale implica l’approfondimento di un aspetto soggettivo individuante cosa debba intendersi per “famiglia” in tale specifico contesto, per poi far riferimento al profilo più prettamente oggettivo, cercando di acclarare ciò che occorre intendere con l’espressione “bisogni”.

3.2. La nozione di famiglia

Per delineare i contorni dell’art. 170 c.c. molto si discute in merito al significato attribuibile al termine “famiglia” contenuto nell’art. 167 c.c.

L’orientamento dottrinale prevalente fa riferimento alla c.d. famiglia nucleare composta dai coniugi e dai figli legittimi nati dal matrimonio. La nozione ha, poi, conosciuto un’estensione andandovi a ricomprendere anche tutti i figli⁴⁷ a carico, senza distinzione tra legittimi, legittimati od adottivi; ne sarebbero, invece, esclusi i figli naturali e di uno solo dei coniugi, ad eccezione di quelli conviventi con la famiglia legittima del genitore naturale, ai sensi dell’art. 252 c.c.⁴⁸.

Per quanto attiene all’aggregato sociale famiglia di fatto⁴⁹ si afferma l’inesistibilità in via analogica dell’istituto *ex art. 167 ss. c.c.* dovendo sottolineare come, alla data attuale, la convivenza di fatto possa usufruire della fattispecie alternativa introdotta dall’art. 2645 *ter* c.c. per creare una fattispecie decisamente affine ad un vero e proprio fondo patrimoniale tra conviventi⁵⁰.

Si segnala, inoltre, che autorevole dottrina ritiene senz’altro ammissibile la costituzione del fondo patrimoniale anche in sede di separazione personale dei coniugi⁵¹, pur se evidenti ragioni di opportunità potrebbero sconsigliarla, in quanto l’amministrazione spetterebbe, comunque, ad entrambi e ciò potrebbe concretamente mal conciliarsi con la situazione di conflitto coniugale, di norma, in essere tra le parti interessate.

⁴⁷ Per taluni solo minori, cfr. A. PINO, *Il diritto di famiglia*, Padova, 1977, 129; per il prevalente orientamento di dottrina vi dovrebbero essere ricompresi anche i maggiorenni sino al raggiungimento della piena autosufficienza economica, ai sensi dell’art. 148 c.c.

⁴⁸ Cfr. T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, in *Il diritto di famiglia*, trattato diretto da Bonilini-Cattaneo, 346.

⁴⁹ Cfr. G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, 262.

⁵⁰ Cfr. G. OBERTO, *Famiglia di fatto e convivenze: tutela dei soggetti interessati e regolamentazione dei rapporti patrimoniali in vista della successione*, in *Fam. dir.*, 2006, 661 ss. e, anche ID., “*Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*”, in *Contr. Impr. Europa*, 2007, § 5 e § 15.

⁵¹ Cfr. G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, Milano, 1999, 687 ss.

Ai sensi dell'art. 171 c.c. la destinazione al fondo termina con l'annullamento, lo scioglimento o, comunque, con la cessazione degli effetti civili del matrimonio.

3.3. I bisogni della famiglia

Nell'analisi dell'istituto tipico del fondo patrimoniale, condotta nel suo profilo oggettivo, risulta essere di essenziale importanza l'identificazione dell'esatto significato attribuibile al concetto "bisogni della famiglia", sul quale sussiste una certa discordanza di opinioni, dovuta anche al fatto che il detto elemento è semplicemente richiamato, e non spiegato contenutisticamente, negli articoli disciplinanti il fondo patrimoniale.

La dottrina pareva dapprima orientata a fornire del termine una lettura piuttosto restrittiva, quale sinonimo di "esigenze indispensabili" connesse con il *manage* domestico-familiare, ragion per cui rientrerebbero nell'alveo di tale definizione le esigenze essenziali comuni istantaneamente a tutti i membri della famiglia (ad esempio: l'abitazione, il vitto, il vestiario), estese successivamente anche a quelle relative a ciascun componente che, per legge o per scelta propria, il gruppo è impegnato a soddisfare (si pensi: all'educazione, all'istruzione o al mantenimento dei figli), purché sorte dopo la celebrazione del matrimonio.

Alla data attuale, l'interpretazione prevalente risulta essere ancor più lata, ricomprendendo in sé non solo le esigenze di natura strettamente materiale⁵², ma anche quelle definibili spirituali⁵³, quelle presenti e, così pure, quelle future, escludendovi in modo categorico solo i bisogni aventi natura voluttuaria e caratterizzati da intenti eminentemente speculativi⁵⁴, pur se, talvolta, "anche operazioni meramente speculative sono state, nello specifico, ricondotte ai bi-

⁵² Vale a dire di mantenimento della famiglia.

⁵³ Ossia di organico ed armonico sviluppo della famiglia, nonché volte al potenziamento della sua capacità lavorativa.

⁵⁴ Si veda quanto statuito da Cass. civ., sez I, 18 settembre 2001, n. 11863, sentenza che ha confermato l'orientamento già espresso da Cass. civ., sez. III, sentenza 7 gennaio 1984, n. 134, in *Giust. civ.*, 1984, 663 per cui nella nozione sono annoverabili «anche quelle esigenze volte al pieno mantenimento ed all'armonico sviluppo della famiglia, nonché al potenziamento della sua capacità lavorativa, restando escluse solo le esigenze voluttuarie o caratterizzate da intenti meramente speculativi». Ancora di recente si sono pronunciate in tal senso: Cass. civ., sent. 3600 del 26 febbraio 2016, nella controversia tra un contribuente ed Equitalia; Cass. Civ, sent. 9188 del 6 maggio 2016 con *favor* per il fondo patrimoniale; Trib. di Como, decisione del 14 marzo 2016.

sogni della famiglia, allorché sia apparso certo, in punto di fatto, che esse erano state poste in essere al solo fine di impedire un danno sicuro al nucleo familiare⁵⁵; ne risulterebbero escluse anche le esigenze ritenute socialmente riprovevoli e, conseguentemente, immeritevoli di tutela⁵⁶, quelle potenzialmente dannose, quelle sorte prima della celebrazione del matrimonio, oltre a quelle inerenti la gestione e l'incremento del patrimonio personale di ciascun membro del gruppo.

In via generale, si ritiene, inoltre, che rientrino nella destinazione di cui all'art. 167 c.c. e, conseguentemente, il fondo ne risponda, tutte quelle obbligazioni sorte per il suo incremento qualitativo⁵⁷ e quantitativo⁵⁸, in quanto anche tali spese sono funzionalizzate, seppur in maniera indiretta, al soddisfacimento dei bisogni familiari, in quanto volte ad accrescere il reddito che viene interamente destinato a tale scopo.

È indubbio che l'esposta lettura sempre più estensiva offerta dalla recente giurisprudenza non può che favorire la posizione del ceto creditorio, andando, in svariate occasioni, a vanificare il tentativo di utilizzo dell'istituto in frode ai creditori⁵⁹.

Per poter stabilire la funzionalità di un determinato rapporto e la natura del relativo debito – estraneo o meno – a soddisfare i bisogni della famiglia, la giurisprudenza ha statuito che dovrà essere apprezzata non già la natura in sé e per sé delle obbligazioni, bensì la relazione esistente tra gli scopi per cui i debiti sono stati contratti ed i bisogni della famiglia, con la conseguenza che l'esecuzione potrà aver luogo qualora la fonte e la ragione del rapporto obbligatorio abbiano inerenza diretta ed immediata con i bisogni della famiglia⁶⁰.

⁵⁵ Si veda quanto espresso dalla Cass., sez. trib. civ., 19 febbraio 2013, n. 4011, in G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile (Breviaria iuris)*, Cedam, Padova, 2013; Cass. civ., 8 maggio 2009, n. 15862, in *Il fisco*, 31, 2009, 1, con commento di P. Turis, 5127 ss.

⁵⁶ Quali, ad esempio: l'adempimento di debiti di gioco; per procurarsi sostanze stupefacenti.

⁵⁷ Si pensi alle spese volte al miglioramento della produttività e all'incremento del valore dei beni ad esso appartenenti.

⁵⁸ In cui annoverare le spese sostenute per incrementarlo.

⁵⁹ Come fa ben osservare anche G. OBERTO, *Lezioni sul fondo patrimoniale*, in http://www.giacomooberto.com/fondopatrimoniale/lezioni_sul_fondo_patrimoniale.htm.

⁶⁰ Cfr. Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2006, n. 12998 e Cass. civ., sez. I, 5 giugno 2003, n. 8991, in *Fam. e dir.*, 2003, 6, 615 Gius, 2003, 22, 2531, in *Notariato*, 2003, 563, secondo cui «il criterio identificativo dei crediti il cui soddisfacimento può essere realizzato in via esecutiva sui beni conferiti nel fondo va ricercato non già nella natura delle obbligazioni, ma nella relazione esistente tra il fatto generatore di esse ed i bisogni della famiglia, con la conseguenza che ove la fonte e la ragione del rapporto obbligatorio abbiano inerenza diretta ed imme-

Ne consegue che ogni obbligazione contratta per finalità extrafamiliari, ove rimasta inadempita ad opera del soggetto passivo del rapporto giuridico, consentirà l'avvio della procedura esecutiva solo su beni diversi da quelli costituenti il fondo patrimoniale.

3.4. L'esecuzione sui beni del fondo patrimoniale

Come detto, l'art. 170 c.c. prevede che la sussistenza del limite all'espropriazione dei beni facenti parte del fondo operi con il necessario concorso di due diversi presupposti, l'uno oggettivo, afferente la causa del credito e l'altro soggettivo, relativo alla conoscenza da parte del creditore della situazione di estraneità delle finalità perseguite dai coniugi.

Risulta, pertanto, esclusa l'esecuzione con riferimento a quei debiti di cui il creditore ben conosceva la strumentalità dell'obbligazione contratta per finalità del tutto estranee rispetto ai bisogni della famiglia.

Ne consegue che i crediti, con riferimento alla loro causa, possono essere distinti in due diverse tipologie, ovverosia i crediti contratti per i bisogni della famiglia e quelli con causa estranea a dette esigenze, dando così luogo ad una sorta di categoria privilegiata di creditori, quelli della famiglia, rafforzando in tal modo la possibilità del nucleo familiare di poter trovar credito presso i terzi per il soddisfacimento dei propri bisogni, attribuendo ai relativi creditori una garanzia di esecuzione sui beni del fondo senza subire il concorso dei creditori personali dei coniugi.

3.5. Debiti nascenti da obbligazioni non contrattuali

Preme ancora sottolineare altra questione saliente, seppur controversa, in materia, derivante dall'interpretazione letterale dell'articolo 170 c.c. che sembra deporre nel senso per cui la limitazione circa l'esecutabilità dei beni facenti parte del fondo sia riferita esclusivamente alle obbligazioni nascenti da contratto, restandone, invece, escluse quelle aventi fonte extracontrattuale, tra cui quelle da fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c. e quelle aventi fonte legislativa, nell'ambito delle quali si possono annoverare i debiti di natura tributaria dei coniugi.

Tale lettura restrittiva dell'art. 170 c.c. andrebbe evidentemente a vantaggio di talune categorie di creditori, quali quelli *ex delicto* e quelli aventi fonte legale, come quelli tributari, i quali non potrebbero, in tal modo, vedersi op-

diata con le esigenze familiari deve ritenersi operante la regola della piena responsabilità del fondo».

porre eccezioni di sorta – sia con riferimento all’espropriazione che all’iscrizione ipotecaria – relative al fatto che i beni pignorati o, comunque, oggetto di esecuzione, siano parte di un fondo patrimoniale.

La recente giurisprudenza ha consentito di fugare ogni dubbio al proposito, statuendo la sicura applicabilità del limite di cui all’art. 170 c.c. indipendentemente dalla natura delle obbligazioni (*ex contractu* o *ex delicto*) dovendo tener opportunamente conto solo della relazione esistente tra il fatto generatore di esse e i bisogni della famiglia⁶¹.

Alla luce di quanto espresso, in via generale, si può sostenere che il vincolo di inespropriabilità risulta, pertanto, essere sempre e comunque subordinato alla conoscenza, da parte del creditore, delle ragioni che hanno portato a contrarre il debito, la c.d. inerenza ai bisogni della famiglia, il cui *onus probandi* – che potrebbe nella realtà configurarsi quale prova diabolica in quanto attinente ad uno stato soggettivo altrui – incombe su chi intende valersi dell’esclusione di responsabilità, quindi sui coniugi⁶².

3.6. L’iscrizione ipotecaria sui beni del fondo

Altro problema di interesse nell’approfondimento dell’istituto in esame fa riferimento all’iscrizione del vincolo ipotecario sui beni costituenti il fondo

⁶¹ Cfr. Cass., 7 gennaio 1984, n. 134, secondo cui: «in tema di esecuzione sui beni del fondo patrimoniale e sui frutti di essi, il disposto dell’articolo 170 del codice civile per il quale detta esecuzione non può avere luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia, va inteso non in senso restrittivo, in riferimento alla necessità di soddisfare l’indispensabile per l’esigenza della famiglia bensì (...) nel senso di far comprendere in detti bisogni anche quelle esigenze volte al pieno mantenimento ed all’armonico sviluppo della famiglia, nonché al potenziamento della sua capacità lavorativa, restando escluse solo le esigenze voluttuarie o caratterizzate da intenti meramente speculativi»; nel merito: Trib. Pavia, sez. III, ord. 21 maggio 2015, in *Fam. Dir.*, 2016, 3, 290 nota di Randazzo; da ultimo, Trib. Lodi, ord. 14 gennaio 2016.

⁶² L’onere della prova inerente il ricorrere dei presupposti di applicabilità dell’art. 170 c.c. grava su chi intenda avvalersi del regime di impignorabilità proprio del fondo patrimoniale, ragion per cui ove venga proposta opposizione ex art. 615 c.p.c., per contestare il diritto del creditore ad agire esecutivamente, il debitore che si oppone deve dimostrare la regolare costituzione del fondo e la sua opponibilità al creditore precedente, ma anche che il suo debito verso quest’ultimo venne contratto per scopi estranei ai bisogni della famiglia. Ne consegue che i beni costituiti in fondo patrimoniale non potranno essere sottratti all’azione esecutiva dei creditori quando lo scopo perseguito con l’obbligazione fu quello di soddisfare i bisogni della famiglia, cfr. Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4011, in *Giur. it.*, 2013, 12, 2501 nota di Brolin. In dottrina, in questo senso, F. SANTOSUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Utet, Torino, 1983, 146 ss.; A.M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984, 834 ss.

patrimoniale, il quale potrebbe essere considerato illegittimo ogniqualvolta la pretesa si riferisca a debiti contratti per soddisfare bisogni extrafamiliari.

La prevalente giurisprudenza ritiene che l'iscrizione del vincolo sia legittimo solo quando prodromico all'esecuzione sui detti beni in virtù di un debito contratto dai coniugi per soddisfare i bisogni della famiglia⁶³, nel cui contesto l'indagine inerente la dimostrazione che il creditore conosceva che l'obbligazione era stata contratta per finalità estranee alle esigenze della famiglia⁶⁴ opera come una sorta di principio di diritto, di presunzione di inerenza dei debiti ai detti bisogni⁶⁵, pur se alcune statuizioni di segno opposto sostengono che l'iscrizione ipotecaria sui beni del fondo debba essere subordinata alla prova – da fornirsi a cura del procedente – che il credito era sorto per rapporti finalizzati a soddisfare bisogni della famiglia⁶⁶.

⁶³ Cfr. al proposito, la sentenza Cass. civ., sez. I, 4 giugno 2010, n. 13622, in *Guida al diritto*, 2010, 45, 56, con cui la Suprema Corte ha chiarito che: «i terzi non possono iscriverne ipoteca sui beni costituiti in fondo patrimoniale, qualunque clausola abbiano inserito i costitutori del fondo circa le modalità di disposizione degli stessi (...), proprio perché i beni non possono essere distolti dal loro asservimento ai bisogni familiari; quando, però, i coniugi o uno di essi abbiano assunto obbligazioni nell'interesse della famiglia, in questo caso, qualora risultino inadempienti alle stesse, il creditore può procedere ad esecuzione sui beni e iscriverne ipoteca in base a titolo esecutivo proprio perché le obbligazioni erano state contratte per le esigenze familiari ed in detta ipotesi la funzione di garanzia per il creditore che i beni del fondo vengono ad assumere a seguito della iscrizione dell'ipoteca (preordinata all'esecuzione) risulta sempre correlata al soddisfacimento (già avvenuto) delle esigenze familiari»; il medesimo orientamento è stato, di recente, espresso da Comm. Trib. Prov. Grosseto, sent. 280 del 30 novembre 2009; da Comm. Trib. Reg. Toscana, sent. 118 del 10 novembre 2010, da Comm. Trib. Prov. Padova, sent. 20 gennaio 2011; da Comm. Trib. Prov. Milano sent. 437 del 20 dicembre 2010, ove si può osservare che il giudice di prime cure ha affermato l'illegittimità dell'iscrizione ipotecaria sui beni del fondo patrimoniale, sia in ragione della loro finalità non rappresentata dalla soddisfazione dei bisogni della famiglia, che per via del periodo non sospetto in cui ha avuto luogo la costituzione dello stesso.

⁶⁴ Al proposito, si veda, tra le altre, la statuizione della Cass. civ., sez. III, sent. 1295 del 30 gennaio 2012, ove il giudice di legittimità chiarisce che: «spetta al contribuente fornire la prova dell'estraneità del debito fiscale ai bisogni familiari e della conoscenza dell'estraneità in capo al creditore».

⁶⁵ La presunzione risulta essere affermata anche da Cass. civ., 15 marzo 2006, n. 5684, che, nel contesto della distribuzione dell'onere probatorio con riguardo all'elemento soggettivo della fattispecie, recita testualmente: «Coerentemente all'opinione dominante in dottrina si ritiene che spetta al debitore provare che il creditore conosceva l'estraneità del credito ai bisogni della famiglia; ciò perché i fatti negativi (in questo caso l'ignoranza) non possono formare oggetto di prova ed ancora perché esiste una presunzione di inerenza dei debiti ai detti bisogni».

⁶⁶ Cfr. Comm. Trib. Reg. Lazio, sez. XXII, sent. 321 del 5 dicembre 2011; Trib. Ferrara, 10 gennaio 2012, n. 9, ined..

Interessante menzionare, in tema, a conforto dell'orientamento ondivago già menzionato, il dettato di una recente pronuncia resa nel merito⁶⁷ che ha negato l'iscrizione di ipoteca sul fondo patrimoniale per crediti contributivi, affermando che «non si vede come le obbligazioni per contributi previdenziali (la cui debenza derivava dal mancato riconoscimento di sgravi contributivi) possano ascrivere ad esigenze familiari sorte a carico della parte opponente in riferimento all'esercizio di una attività imprenditoriale svolta non in proprio, ma sotto forma di partecipazione societaria. Né può essere esclusa la conoscenza di tale estraneità in capo all'ente creditore, ove si consideri che il debito inerisce a recupero contributivo. Pertanto, nel caso di specie, non poteva che esservi consapevolezza dell'estraneità del debito rispetto alla naturale destinazione del fondo patrimoniale».

In materia, risulta essere interessante il confronto inerente l'ammissibilità o meno dell'iscrizione di ipoteca esattoriale da parte dell'agente della riscossione sui beni del fondo per debiti erariali quando essi siano da considerarsi, in via generale, estranei ai bisogni della famiglia del contribuente.

Le posizioni potrebbero differire a seconda della diversa ricostruzione fornita alla natura dell'istituto, per cui l'interpretazione cautelare e conservativa (che come tale non rientrerebbe negli atti impediti dall'art. 170 c.c.) la cui finalità non sia tale da provocare l'effetto spoliativo del patrimonio del debitore, comportandone solamente limitazioni alla disponibilità aprirebbe la strada dell'iscrivibilità dell'ipoteca⁶⁸, mentre quella esecutiva o, comunque, con rilevanza prodromica rispetto all'azione esecutiva, ne impedirebbe l'iscrizione⁶⁹,

⁶⁷ Cfr. Trib. Teramo, 26 settembre n. 647, in *Archivio di Giurisprudenza Locale su DeJure, banca dati on-line*; Comm. Trib. Reg. Piemonte, sez. VI, 21 ottobre 2009 n. 54; Comm. Trib. Prov. Grosseto, sez. IV, 30 novembre 2009, n. 280; Comm. Trib. Prov. Milano, sez. XXI, 20 dicembre 2010, n. 437; Comm. Trib. Prov. Mantova, sez. 1, 10 giugno 2008; Comm. Trib. Prov. Padova, sez. I, 20 gennaio 2011.

⁶⁸ Cfr. Comm. Trib. Prov. Pisa, 18 marzo 2009, n. 74; Comm. Trib. Prov. Treviso, sez. II, 22 dicembre 2008, n. 112; Id., 11 dicembre, 2008, n. 94, reperibili in *Big Unico Ipsoa*. Sulla natura cautelare dell'ipoteca iscritta dall'agente della riscossione *cf.*, altresì, Agenzia delle entrate, ris. 24 aprile 2002, n. 128, in *www.finanze.it*). In senso contrario si sono espresse alcune pronunce rimarcando come l'ipoteca non potesse essere iscritta quale misura cautelare preordinata all'espropriazione nel caso di esercizio di attività di impresa, la quale deve essere tenuta distinta e valutata in modo autonomo rispetto alla gestione del fondo patrimoniale (si vedano, gli orientamenti espressi in tal senso dalla Comm. Trib. Prov. Ferrara, sez. II, sentenza 172/02/11 del 31 maggio 2011 e, così pure, da Comm. Trib. Reg. Toscana, sez. V, sent. 34 del 27 aprile 2010).

⁶⁹ Cfr. Comm. Trib. Prov. Mantova, 10 giugno 2008, n. 71; Comm. Trib. Prov. Treviso, 5 febbraio 2009, n. 22, in *Big Unico Ipsoa*; Comm. Trib. Reg. Piemonte, 18 maggio 2010, inedi-

pur se occorre tener conto che un consolidato orientamento interpretativo pare essere dell'opinione di ritenere il divieto esteso anche agli atti prodromici all'esecuzione vera e propria in quanto recano in sé la potenzialità di poter pregiudicare l'alienazione e la monetizzazione dei beni volti alla soddisfare i bisogni della famiglia, costituendo, pertanto, una palese violazione dell'integrità del fondo⁷⁰.

Al di là della riconducibilità all'uno o all'altro filone interpretativo, sarebbe opportuno badare con attenzione alla concreta funzionalità dei debiti per i quali si intende procedere⁷¹, escludendo ogni decisione aprioristica ed automatica scaturente dalla mera collocazione in una determinata categoria individuata astrattamente.

Anche in relazione all'iscrizione di ipoteca ai sensi dell'art. 77 del d.P.R. n. 602 del 1973, l'onere della prova dell'illegittimità dell'iscrizione ipotecaria, ai sensi dell'art. 170 c.c., inteso sia nel profilo oggettivo che in quello soggettivo, graverà sul soggetto (coniuge o terzo) costituente il fondo, il quale dovrà provare che il debito per cui è stata iscritta l'ipoteca è stato contratto per uno scopo estraneo ai bisogni della famiglia e che il creditore era a conoscenza di tale circostanza⁷²⁷³.

Alla luce di quanto affermato, per poter stabilire se il soggetto creditore, tra cui anche l'ente impositore amministrazione finanziaria, possa far legittimamente valere la propria pretesa creditoria sui beni vincolati al soddisfacimento

ta, secondo cui i beni del *fondo patrimoniale* non possono essere oggetto di ipoteca da parte di Equitalia per crediti tributari poiché ciò pregiudica la loro commerciabilità, volta a soddisfare unicamente i bisogni della famiglia. Cfr., da ultimo, Comm. Trib. Reg. Lazio, n. 208 del 2012, inedita, che ha dichiarato che le imposte e i tributi non sono debiti contratti per gli interessi della famiglia e che pertanto, per tale ragione, il *fondo patrimoniale* ben può ben porsi quale garanzia e protezione efficace nei confronti delle eventuali pretese dell'erario e nei confronti dell'ipoteca iscritta dal fisco, passibile di annullamento;

⁷⁰ Cfr. Comm., Trib. Reg. Piemonte, sez. V, sentenza 11 febbraio 2010, n. 18.

⁷¹ Cfr. Cass., sez. trib., 7 luglio 2009, n. 15862, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 1051.

⁷² Cfr. Cass. civ., sez. III, 5 marzo 2013, n. 5385, consultabile su www.dirittoegiustizia.it per cui: «*Qualora il coniuge che ha costituito un fondo patrimoniale familiare conferendovi un suo bene agisca contro il suo creditore chiedendo, in ragione della sua appartenenza al fondo, la declaratoria, ai sensi dell'art. 170 c.c., della illegittimità dell'iscrizione di ipoteca che egli abbia fatto sul bene, deve allegare e provare che il debito per cui è stata iscritta l'ipoteca è stato contratto per uno scopo estraneo ai bisogni della famiglia e che il creditore era a conoscenza di tale circostanza*».

⁷³ Nonostante i detti orientamenti, non mancano recentissime decisioni di segno opposto che consentono l'iscrizione ipotecaria sui beni costituenti il F.P., quali la Comm. Trib. Reg. Toscana, sentenza 27 febbraio 2012, n. 11.

dei bisogni familiari e, di conseguenza, sia o meno possibile aggredire, in presenza di obbligazioni in tutto o in parte inadempite, i beni del debitore inseriti nel fondo patrimoniale, occorrerà accertare quale sia la finalità del debito contratto, ovverosia se esso debba considerarsi uno strumento o mezzo per soddisfare i bisogni della famiglia (nel qual caso il bene risulterà aggredibile) o, al contrario, se presenta, invece, una funzione diversa.

Non è pertanto corretto sostenere, come fa parte della giurisprudenza, che la costituzione del fondo vanifica in modo assoluto le pretese dei creditori, in particolare del fisco, in quanto le potrebbe eventualmente limitare, anche in modo significativo, tenuto conto che i creditori, per poter procedere, avranno la necessità di dimostrare la riconducibilità dei debiti per i quali agiscono alle necessità della famiglia⁷⁴.

4. Considerazioni finali

Come sinora emerso, l'istituto giuridicamente lecito del fondo patrimoniale rappresenta formalmente uno strumento facile da costituire, economico, anche dal punto di vista della convenienza fiscale ed efficace, pur se esso, oggi, pare essere diventato uno strumento annacquato, un contenitore vuoto, privo in

⁷⁴ Cfr. Cass. 31 maggio 2006, n. 12998 per cui tale finalità non può affermarsi come esistente per il solo fatto che trattasi di debito sorto nell'esercizio di un'impresa, anche se non può escludersi in via di principio il contrario. Si vedano: Comm. Trib. Reg. Piemonte, sez. VI, 21 ottobre 2009, n. 54; Comm. Trib. Prov. Grosseto, sez. IV, 30 novembre 2009, n. 280, entrambe in *Big Unico Ipsoa*; Comm. Trib. Prov. Milano, sez. XXI, 20 dicembre 2010, n. 437; Comm. Trib. Prov. Mantova, *cit.*; Comm. Trib. Prov. Padova, sez. I, 20 gennaio 2011, reperibili in www.dejure.giuffre.it; diversamente, Comm. Trib. Prov. Reggio Emilia, 11 giugno 2010, n. 90, rinvenibile in www.dejure.giuffre.it. Particolarmente interessante appare la Comm. Trib. Reg. Piemonte, n. 56 del 2009, reperibile in www.dejure.giuffre.it, in quanto, nelle motivazioni sviluppate, rigetta la forzosa distinzione, sovente, proposta dal Concessionario della Riscossione in ordine alle iscrizioni ipotecarie: «queste ultime sarebbero "atti cautelari", ben distinti dagli "atti esecutivi, ancorché, di quest'ultimi, ne siano atti prodromici. Invero, il termine dell'esecuzione non può essere interpretato in senso stretto, vale a dire essere limitato alla sola fase espropriativa. Se è vero che l'ipoteca non costituisce un atto esecutivo in senso stretto, risulta, però, essere un atto prodromico all'esecuzione, che comporta un vincolo di indisponibilità del bene finalizzato alla conservazione della garanzia in vista di una futura espropriazione forzata. Ne consegue che non è possibile procedere all'apposizione di tale vincolo, poiché sarebbe in contrasto con la volontà legislativa di conservare i beni del fondo patrimoniale alle necessità familiari, ed evitare che possano essere aggrediti dai creditori, anche attraverso atti meramente conservativi, ma che costituiscono certamente un grave pregiudizio per la commerciabilità del bene in vista della sua monetizzazione per soddisfare i bisogni della famiglia».

gran parte della sua utilità, perlopiù a causa della vera e propria ostilità ravvisabile negli orientamenti dottrinali e di giurisprudenza che lo considerano, di fatto, perlomeno presuntivamente, alla medesima stregua di un contratto in frode ai creditori ravvisandone con sistematicità l'intento abusivo, con la conseguenza che, se non equilibratamente orientate, certe conclusioni potrebbero condurre, se non lo abbiano già fatto, a fare degli articoli 167 e seguenti del c.c., regole destinate a restare solo sulla carta e, di fatto, costantemente disapplicate, tanto da avanzare il dubbio circa la stessa ragion d'essere dell'istituto.

Non si può nascondere che, con gran frequenza, il fondo patrimoniale venga e sia stato utilizzato in chiave elusiva nei confronti dei creditori, ma un ruolo edificante e chiarificatore della giurisprudenza dovrebbe volgere all'analisi della singola fattispecie individuando e cercando di bilanciare i contrapposti interessi giuridici in gioco, in un idoneo temperamento delle esigenze dei creditori con quelle della famiglia, dando rilevanza pratica anche al c.d. periodo "sospetto" o "non" della relativa costituzione che, seppur irrilevante normativamente, potrebbe dare un valido contributo nel consentire di valutare ed acclarare l'eventuale liceità e rispondenza ad un'oggettiva e reale esigenza familiare o, al contrario, la fraudolenza della condotta del soggetto costituente.

Se dall'analisi della singola concreta fattispecie emergeranno condotte illecite preordinate a ledere la posizione del creditore e la sua integrità patrimoniale, la costituzione del fondo patrimoniale, pur se effettuata in conformità alla legge ed in osservanza delle formalità pubblicitarie, dovrà cedere il passo al dovere di adempimento del debito contratto, in taluni casi, potendo il comportamento antidoveroso del contribuente addirittura configurare la violazione del divieto di abuso del diritto, con onere di prova circa la presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi, sul soggetto creditore; in mancanza, invece, degli elementi probatori o degli indizi gravi, precisi e concordanti, l'opponibilità dell'istituto non potrà che essere garantita in sede giudiziale e, conseguentemente, nella pratica.

Solo in tal modo sarà consentito vagliare quale sia oggi la capacità di resistenza del fondo patrimoniale rispetto all'aggressione dei creditori, per stabilire sino a che punto l'istituto possa ancora essere considerato un valido strumento per la salvaguardia delle esigenze domestiche, degno di essere consigliato ai soggetti potenzialmente interessati ad una congrua politica di *good governance* e di *asset protection* familiare.

Per chiudere, sia consentita una notazione finale: come noto, in data 5 giugno 2016 è stata introdotta nel nostro ordinamento giuridico una profonda innovazione del sistema dei rapporti familiari e para-familiari volta ad assicurare una certa coerenza con l'evoluzione socio-culturale del nostro Paese. In attesa

delle norme attuative che renderanno del tutto operative le nuove disposizioni di legge, converrebbe riflettere su alcuni aspetti che il nostro legislatore non ha affrontato in modo organico, tra i quali la differenziazione dei rapporti patrimoniali tra le diverse tipologie di convivenza consentite.

Poiché, a livello normativo, manca una specifica previsione che abbia adattato gli schemi tradizionali delle c.d. convenzioni patrimoniali speciali alla natura particolare inerente alcuni rapporti di coppia che sono fuori del matrimonio, ci si può domandare se e fino a quale punto l'autonomia privata possa spingersi ad una specifica applicazione della fattispecie fondo patrimoniale ad un rapporto di coppia che sia estraneo a quello matrimoniale.

Allo stato, non parrebbe possibile adottare un trattamento diverso del fondo patrimoniale a seconda che esso sia inerente ad una famiglia tradizionale piuttosto che ad un'unione tra soggetti dello stesso sesso riconosciuta civilisticamente o di una coppia di fatto. Detto ciò, il superamento delle incertezze e degli orientamenti, talvolta localistici, potrebbe essere alquanto positivo anche in un'ottica di espansione applicativa dell'istituto per la sua possibile adozione da parte anche delle nuove fattispecie regolamentate dalla legge.

L'utilizzo del *trust* in ambito societario

Luciano Matteo Quattrocchio-Bianca Maria Omegna

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. L'utilizzo del *trust* nel diritto societario. – 2.2. Il *trust* intestatario di partecipazioni. – 2.2.1. I patti di sindacato. – 2.1.2. La fusione e la scissione di società. – 2.1.3. Le *stock option*. – 2.1.4. La gestione unitaria della *holding* di famiglia: il *family trust*. – 2.2. Il *trust* a garanzia dei debiti. – 2.2.1. Il *trust* per l'acquisto di un immobile. – 2.2.2. Il *trust* a garanzia di un prestito obbligazionario. – 2.2.3. Il *trust* per la liquidazione. – 2.3. La trasformazione di *trust* in società.

1. Premessa

Il *trust* – che nella sua traduzione letterale significa “*fiducia*” – è un istituto del sistema giuridico anglosassone di *common law*, sorto nell'ambito della giurisdizione di *equity*, il cui scopo è regolare una molteplicità di rapporti giuridici di natura patrimoniale¹.

In particolare, il *trust* è un rapporto giuridico che nasce da un atto dispositivo *inter vivos* o *mortis causa*, con cui il soggetto disponente (*settlor*) – che può essere una persona fisica o un ente (con o senza personalità giuridica) – trasferisce tutti o parte dei suoi beni (*asset*) ad un *trustee*, il quale ha il compito di amministrarli e gestirli secondo quanto previsto nell'atto istitutivo del *trust*, nell'interesse di un beneficiario (*beneficiary*) o al fine del raggiungimento di un determinato scopo (*purpose*). In tale ambito, talvolta figura anche un altro soggetto – il guardiano (*protector* o *enforcer*) –, nominato dal disponente quale supervisore dell'operato del *trustee*, con il potere di revocare e sostituire il *trustee* medesimo.

Sintetizzando, i soggetti del *trust* o – più correttamente – le “*posizioni giuridiche*”, sono le seguenti:

¹ Wikipedia, voce “*Trust*”.

- il disponente (o *settlor* o *grantor*), cioè colui che istituisce il *trust*;
- l'amministratore (*trustee*), il quale ha il potere-dovere di gestire i beni secondo le "regole" del *trust*, fissate dal disponente;
- il beneficiario (*beneficiary*);
- il guardiano (*protector*).

"Posizioni" e "soggetti" possono non coincidere. Infatti, lo stesso soggetto può assumere più di una posizione giuridica – come, ad esempio, nel "*trust autodichiarato*", in cui un soggetto è nel contempo disponente e *trustee* –; così come più soggetti possono rivestire una medesima posizione – come nel caso del *trust* con una pluralità di disponenti –.

L'effetto principale e connaturato al *trust* è il c.d. "*effetto segregativo*", che determina la separazione dei beni conferiti dal patrimonio sia del disponente sia del *trustee*; da ciò discende che i beni conferiti non possono formare oggetto di azioni esecutive e/o cautelari, da parte né dei creditori particolari del disponente né dei creditori del *trustee*; fermi restando i limiti di cui agli artt. 2901 ss. e (ora) dell'art. 2929-bis c.c.

Nel caso di *trust* autodichiarato, la sua costituzione non determina – per contro – alcun trasferimento, ma si concretizza nella sola apposizione di un vincolo di destinazione su taluni beni del patrimonio del disponente. Per tale motivo, la giurisprudenza ne pone in dubbio la legittimità, affermando che «Il *trust* autodichiarato (o *sham trust*), il cui tratto distintivo è integrato dalla riunione del *settlor*, del *trustee* e del beneficiario nella medesima persona, travalica i limiti di ammissibilità configurati dall'art. 2 legge n. 364/1989. Presupposto coesistente alla natura dell'istituto del *trust* è che il disponente perda la disponibilità di quanto conferitovi, al di là di determinati poteri che possano competergli in base alle norme costitutive. Tale condizione è ineludibile al punto che, ove risulti che la perdita del controllo dei beni da parte del disponente sia solo apparente, il *trust* è nullo e non produce l'effetto segregativo che gli è proprio»².

È opportuno ancora rammentare che – con la Convenzione dell'Aja del 1985, ratificata senza riserve dall'Italia con la legge 16 ottobre 1989, n. 364, resa esecutiva ed in vigore dal 1° gennaio 1992 – l'Italia si è impegnata a riconoscere nel proprio ordinamento gli effetti dei *trust* aventi determinate caratteristiche, senza peraltro alcun obbligo di introdurre una disciplina interna del *trust*.

In assenza di una disciplina di riferimento, le "regole" di funzionamento del *trust* sono scelte dal disponente, seppure nel quadro normativo di riferimento (Convenzione dell'Aja, leggi straniere sul *trust*, leggi nazionali).

² Si veda, ancora di recente, Trib. Massa, 12 aprile 2016, in www.ilcaso.it.

In tale contesto, si è – peraltro – posto il problema della legittimità del c.d. *trust* “interno”, ovvero del *trust* in cui tutti gli elementi soggettivi ed obiettivi sono legati ad un ordinamento che non qualifica lo specifico rapporto come *trust* (nel senso accolto dalla Convenzione), mentre esso è regolato da una legge straniera che gli attribuisce quella qualificazione. La Corte di Cassazione ha avuto occasione di pronunciarsi sul punto, riconoscendo cittadinanza al *trust* i cui elementi principali (parti, oggetto e luogo di stipulazione) siano collegati al territorio italiano, pur in assenza di una normativa nazionale³. In particolare, sono fatti salvi gli effetti del *trust*, con particolare riguardo a quello cosiddetto interno, intendendosi per tale il *trust* che presenta quale unico elemento di estraneità rispetto all’ordinamento italiano la legge regolatrice, che deve essere necessariamente straniera (generalmente inglese), stante la mancanza nell’ordinamento italiano di norme specifiche in materia.

Come si è anticipato, dal *trust* conseguono necessariamente effetti peculiari, che possono coincidere con lo scopo per cui lo stesso è stato istituito:

- separazione del patrimonio;
- intestazione all’amministratore;
- gestione fiduciaria, vincolata e responsabilizzata dei beni.

Sul piano operativo, il disponente – persona fisica o ente – conferisce i beni che costituiscono il fondo del *trust*; il conferimento è irrevocabile, cosicché i beni confluiscono nel fondo in via definitiva, uscendo dalla sua disponibilità materiale e giuridica (fatto salvo il caso del c.d. *trust* “autodichiarato”, sui cui v. *supra*, e a meno che siano previste riserve di usufrutto, possesso, ecc.). E il controllo sull’operato del *trustee* è esercitato da soggetti diversi dal disponente (es. *protector*), così da scongiurare il rischio che il *trust* possa essere considerato simulato.

Il trasferimento dei beni nel fondo del *trust* è vincolato da un legame che intercorre tra il *settlor* e il *trustee*: il c.d. “*patto di fiducia*”. In virtù di tale patto, il *settlor* (disponente) trasferisce l’intestazione – ma non la proprietà, così come è intesa nel diritto italiano – dei beni, perché vengano amministrati dal *trustee* nell’interesse dei beneficiari e nei limiti di quanto stabilito nell’atto istitutivo (*deed of trust*).

Le differenze del *trust* rispetto al mandato fiduciario di diritto continentale sono, tuttavia, molto profonde: nel mandato fiduciario, infatti, la proprietà dei beni appartiene solo formalmente al fiduciario, che si obbliga ad obbedire a dare corso a tutte le disposizioni del fiduciante, ivi compreso l’eventuale ordi-

³ Si veda, recentemente, Cass. 9 maggio 2014, n. 10105, in www.ilcaso.it.

ne di restituzione dei beni. Nel *trust*, invece, il *trustee* è pieno proprietario del bene in *trust*, sebbene sia vincolato nell'esercizio del proprio diritto dalle disposizioni contenute nell'atto istitutivo, da esercitare nell'interesse del *beneficiary*: in particolare, il *trustee* può alienare, permutare, concedere in locazione, dare a garanzia i beni in *trust* – alle condizioni del disponente e se ciò è funzionale alle volontà espresse nell'atto di *trust* dallo stesso disponente –; tuttavia, rispetto ad un pieno proprietario, egli non può distruggere la cosa (salva *substantia rerum*).

Come si è detto, il *trustee* può essere una persona fisica – un professionista di fiducia del *settlor* – o un ente (con o senza personalità giuridica), come ad esempio un fondo pensione; l'atto istitutivo del *trust* disciplina gli obblighi e i diritti del *trustee* e, in caso di pluralità di *trustee*, i modi di soluzione delle controversie.

Anche il *beneficiary* può essere una persona fisica o un ente (dotato o meno di personalità giuridica), ovvero ancora un insieme di soggetti determinati anche genericamente e/o non ancora esistenti al momento della costituzione del *trust*, come spesso avviene nei *trust* costituiti a scopo benefico.

Il *protector* – invece – è necessariamente una persona fisica (normalmente un professionista di fiducia del *settlor*), che garantisce la correttezza delle attività svolte dal *trustee* ed, eventualmente, svolge attività di supplenza del *trustee*.

I vantaggi dell'utilizzo del *trust* sono evidenti soprattutto con riferimento alla flessibilità dell'istituto rispetto agli strumenti tradizionali del diritto italiano, nonché ai possibili vantaggi economici. Tra l'altro, il *trust* è idoneo a realizzare una vasta molteplicità di scopi (anche nell'ambito del diritto societario: v. *infra*), che – tuttavia – devono essere considerati meritevoli, secondo i principi dell'ordinamento giuridico. Inoltre, le disposizioni contenute nel *trust* possono essere riservate, e questo può essere un ottimo motivo per la sua creazione; la riservatezza è riferita prevalentemente ai *trust* c.d. “*opachi*”.

2. L'utilizzo del trust nel diritto societario

2.2. Il trust intestatario di partecipazioni

2.2.1. I patti di sindacato

Il *trust* può essere – anzitutto – utilizzato come strumento per consolidare patti di sindacato (*voting trust*), altrimenti esposti al rischio di defezione di alcuni aderenti.

Più in particolare, con il termine *voting trust* si intendono gli accordi con i

quali alcuni soci di una società costituiscono un *trust* con lo scopo di disciplinare l'esercizio del diritto di voto nelle assemblee e – a tale fine – trasferiscono al *trust* le loro partecipazioni: all'atto istitutivo del *trust*, contenente le norme alle quali il *trustee* dovrà adeguarsi nell'esercizio della propria funzione, segue l'atto di conferimento delle partecipazioni societarie in *trust*.

Si attua in tal modo un vero e proprio spossessamento da parte dei soci delle loro partecipazioni che vengono trasferite al *trustee*, il quale dovrà esercitare i diritti relativi secondo le indicazioni contenute nell'atto istitutivo del *trust* e concordate dai disponenti. L'atto istitutivo potrà anche prevedere che le partecipazioni ad esso trasferite, alla cessazione del *trust*, vengano attribuite, invece che ai disponenti, a beneficiari predeterminati o, addirittura, individuati dal *trustee* in base a criteri predefiniti dal disponente⁴.

Gli elementi principali del *voting trust* sono:

- l'emissione da parte del *trust* e a favore dei disponenti di “*trust certificate*” relativi alle partecipazioni societarie conferite;
- la previsione che il *trustee* nelle deliberazioni assembleari debba comportarsi secondo le prescrizioni dell'atto istitutivo del *trust*. Si potrebbe anche prevedere che il *trustee* debba, prima del compimento di determinate operazioni, chiedere il consenso di soggetti terzi, quali il guardiano;
- il diritto del *trustee* di ricevere i dividendi spettanti alle partecipazioni conferite nel *trust*;
- il diritto del *trustee* di esercitare la prelazione nel caso in cui uno dei soci disponenti intenda cedere il proprio “*trust certificate*”;
- la previsione di un termine di durata del *trust* (obbligatorio per la maggior parte delle legislazioni statunitensi) e comunque il diritto dei disponenti di porre fine al *trust* medesimo, con il loro consenso unanime.

Rispetto ai patti parasociali si ha dunque un evidente vantaggio, giacché nelle assemblee è presente il solo *trustee* e non i singoli soci, e dunque non è possibile l'esercizio del diritto di voto in modo difforme da quanto previsto nell'atto istitutivo del *trust*.

Sotto il profilo della tutela, l'operato del *trustee* può essere in ogni caso controllato attraverso gli strumenti propri del *trust*, in primo luogo la figura del guardiano (che può essere anche lo stesso disponente), al quale il *trustee* può essere tenuto a rivolgersi in determinate ipotesi previste dall'atto istitutivo. Il potere del guardiano può essere esteso anche alla sostituzione del *trustee*, che si sia

⁴ Sul punto, si veda A. FUSI, *I patti parasociali alla luce della nuova disciplina societaria e le possibili applicazioni dei voting trust*, in *Società*, 6/2007.

reso inadempiente agli obblighi imposti dal *trust* e contro il quale è sempre possibile agire in via risarcitoria.

Il *trust* consente, inoltre, di andare oltre il possibile assetto di interessi realizzabile per mezzo dei patti di sindacato, attribuendo efficacia reale alle obbligazioni assumibili da ciascun sottoscrittore. Ed infatti, ponendo in capo al *trustee* le partecipazioni, ciascun disponente perde la qualifica di socio in favore del *trustee* medesimo, il quale diviene l'unico soggetto titolato ad intervenire e votare nelle assemblee, con conseguente eliminazione di ogni possibile difformità di voto rispetto all'orientamento, di volta in volta, espresso dai sottoscrittori dei patti di sindacato. Inoltre, inserendo nell'atto istitutivo un'apposita clausola recante l'indisponibilità per il *trustee* delle azioni conferite nel fondo, si può ottenere la garanzia che le azioni non possano essere alienate a terzi estranei al patto, assicurando quindi – anche per tale ipotesi – piena coercibilità al patto stesso⁵.

2.1.2. La fusione e la scissione di società

Sempre attraverso l'intestazione delle partecipazioni, il *trust* può essere utilizzato per rendere più agevole la fusione fra società (o enti).

In particolare, al fine di evitare che – nel corso della fusione – i soci (soprattutto quelli di minoranza) frappongano ostacoli, possono conferire le loro azioni in un *trust*, il cui il *trustee* – solitamente un professionista esperto in operazioni straordinarie – ha l'incarico di portare a termine la fusione e, al termine, di riassegnare le azioni ai soci originari, nelle proporzioni previste.

In tale contesto, si potrebbe prevedere anche la presenza di uno o più *protector*, con il compito di vigilare sulla corretta esecuzione – da parte del *trustee* – delle disposizioni impartite.

Il *trust* può essere utilizzato nella scissione di società (o enti), al fine di soddisfare le stesse esigenze.

2.1.3. Le *stock option*

Con una finalità leggermente diversa, il *trust* può essere utilizzato nell'ambito di piani di *stock option*.

In particolare, lo schema operativo potrebbe essere il seguente:

- una società istituisce un *trust* al fine di conferirvi, al termine di ciascun esercizio, una somma a titolo di premio per gli obiettivi economici raggiunti dagli amministratori e dai dipendenti;

⁵ Cfr. A. DE DOMINICIS, *L'impiego dei trust nelle operazioni commerciali*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 6/2010.

- con tali somme ed eventualmente con capitale preso a prestito, il *trustee* sottoscrive (o acquista) le azioni della società stessa;
- per tutta la durata del mandato degli amministratori o del rapporto di lavoro con i dipendenti, il reddito prodotto dalle azioni di titolarità del *trust* viene utilizzato per il graduale rimborso dell'eventuale prestito;
- le azioni vengono detenute e amministrare in nome e per conto dei destinatari, che ne acquisiscono la proprietà solo al momento della cessazione del mandato (per gli amministratori) ovvero dell'interruzione del rapporto di lavoro o del raggiungimento dell'età pensionabile (per i dipendenti);
- il *trustee* trattiene una quota predeterminata delle azioni fino a quando non sia decorso il termine previsto nel patto di non concorrenza o in altra clausola contrattuale;
- la società rimane beneficiaria delle eventuali somme che non dovessero essere (definitivamente) attribuite ai destinatari.

Il *trust* risponde – quindi – ad una duplice esigenza:

- per i destinatari, vedere segregati in un “*patrimonio separato*” i premi maturati ed acquisire le azioni quando se ne verificheranno i presupposti;
- per la società, controllare il rispetto degli obblighi contrattuali.

In particolare, i vantaggi (definitivi) per i destinatari si concretizzano al termine del mandato o al momento dell'interruzione del rapporto di lavoro, in quanto entrano nella loro disponibilità le azioni accumulate durante gli anni di servizio prestato. Da questo momento, se la società è quotata, i destinatari sono liberi di vendere le loro azioni sul mercato come qualsiasi altro azionista; mentre, se la società non è quotata e se è previsto, possono rivendere le loro azioni alla società stessa.

Per la società emittente, l'emissione delle nuove azioni garantisce un flusso di denaro che può essere utilizzato per il miglioramento della gestione aziendale, per la ristrutturazione interna o per la realizzazione di strategie di straordinaria amministrazione quali fusioni, privatizzazioni o quotazioni⁶.

Inoltre, i benefici di tale operazione non sono solo di natura economica, ma si estrinsecano anche in maggiori motivazioni degli amministratori e dei dipendenti, che risultano incentivati a migliorare le loro prestazioni.

⁶ Evidentemente, se le azioni sono acquistate dal *trustee* sul mercato, tale possibilità è preclusa.

2.1.4. La gestione unitaria della *holding* di famiglia: il *family trust*

Il venir meno dell'imprenditore, con il subingresso di coeredi che non hanno necessariamente le stesse capacità imprenditoriali del fondatore e – spesso – neppure uniformità di vedute, è un momento di forte criticità per le sorti dell'impresa. Ne consegue che la gestione efficiente del trapasso generazionale è un'esigenza fortemente avvertita nel mondo imprenditoriale, tenuto anche conto del fatto che la maggior parte delle imprese italiane assume dimensioni medio-piccole e normalmente appartiene ad un unico nucleo familiare.

L'impiego del *trust* nella programmazione dei passaggi generazionali si rivela, quindi, particolarmente efficace nel perseguire congiuntamente le seguenti esigenze⁷:

- tutela dell'integrità del patrimonio aziendale: tale esigenza è avvertita soprattutto in presenza di una molteplicità di coeredi con differenze sul piano delle capacità imprenditoriali, della propensione al rischio e degli interessi;
- tutela del patrimonio aziendale nei confronti di soggetti terzi o di componenti indesiderati della famiglia: l'imprenditore teme che soggetti terzi si avvicinino alla famiglia per appropriarsi di parte del patrimonio o che gli eredi cedano l'azienda ai concorrenti;
- scelta di chi tra i coeredi sarà il vero continuatore dell'impresa di famiglia: è particolarmente avvertita l'esigenza di affidare l'impresa ai successori che dimostrino di avere particolari capacità imprenditoriali;
- eventuale mantenimento del controllo da parte dell'imprenditore fino alla sua morte.

In particolare, il *trust* può essere proficuamente utilizzato soprattutto nel passaggio generazionale di quote societarie di imprese (collettive) di matrice familiare: attraverso il *trust* il disponente (*settlor*) può disporre il trasferimento delle partecipazioni ai propri eredi, affidandone la gestione ad un soggetto di fiducia (*trustee*), il quale le amministra nell'interesse dei beneficiari.

È, dunque, un utile strumento per assicurare un controllo unitario su una *holding* di famiglia e per tutelare in modo imparziale gli interessi sia dei familiari "attivi" (coloro che si occupano della gestione della società) sia di quelli "passivi" (coloro che partecipano alla società solo a titolo di investimento di capitale), in conformità alle esigenze ed alle aspirazioni di ciascuno di essi.

È vero che le esigenze sopra elencate potrebbero essere soddisfatte con la donazione. Tuttavia, alcuni istituti successori – e, in particolare, l'azione di ri-

⁷ Si veda, per ulteriori approfondimenti, A. DE DOMINICIS, *L'impiego dei trust nelle operazioni commerciali*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 6/2010.

duzione e l'istituto della collazione – potrebbero impedirne di fatto la praticabilità. I legittimari lesi dalla donazione possono – infatti – agire in riduzione contro il donatario delle partecipazioni; inoltre, ciascun coerede familiare – salvo espressa dispensa dalla collazione – può pretendere che, del valore che le partecipazioni avranno al tempo dell'apertura della successione, si tenga conto nelle operazioni e nei conteggi della divisione ereditaria.

La legge 14 febbraio 2006, n. 55, nell'introdurre il c.d. "*patto di famiglia*", ha inteso ovviare a queste difficoltà prevedendo che i beni oggetto del patto di famiglia (aziende o partecipazioni sociali) non possano essere assoggettati né ad azione di riduzione né a collazione. Le regole proprie della tutela della legittima vengono – quindi – sterilizzate relativamente al mondo dell'impresa, continuando ad operare per il restante patrimonio dell'imprenditore: in pratica, è come se si avessero due successioni di due persone diverse con masse completamente autonome tra di loro, assicurando la tutela della stabilità del bene produttivo e – contemporaneamente – eliminando il rischio di disgregazione dello stesso a seguito dell'apertura della successione.

Tuttavia, sono stati individuati alcuni limiti endemici all'impiego dei patti di famiglia nella programmazione dei passaggi generazionali⁸:

- la limitazione relativa ai soggetti in favore dei quali può essere effettuato il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni, potendo essere questi solo i discendenti dell'imprenditore;
- la limitazione dell'oggetto del trasferimento, che non può essere costituito da partecipazioni di minoranza;
- la necessità del consenso unanime dei legittimari;
- la circostanza che i legittimari sopravvenuti possono, a determinate condizioni, condurre all'annullamento del patto.

Inoltre, può accadere che i discendenti dell'imprenditore siano troppo giovani e non è possibile sapere chi tra loro avrà la stoffa dell'imprenditore e potrà essere quindi meritevole di continuare l'attività imprenditoriale.

Un'utile alternativa al patto di famiglia è costituita dal *trust*, che offre una serie di vantaggi:

- titolarità unitaria delle partecipazioni;
- regolamentazione, tramite l'atto istitutivo del *trust*, delle modalità di gestione e dell'esercizio dei diritti inerenti le partecipazioni sociali;
- segregazione delle partecipazioni conferite nel *trust*, con conseguente in-

⁸ Si veda ancora A. DE DOMINICIS, *L'impiego dei trust nelle operazioni commerciali*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 6/2010.

differenza rispetto alle vicende dei singoli soggetti (quali il divorzio, il fallimento, il decesso).

In particolare, con il *trust* viene affidato al *trustee* il “controllo proprietario” dell’impresa, con il risultato di mantenere l’unità degli assetti proprietari e – nel caso frequente in cui oggetto del *trust* non sia l’azienda ma le partecipazioni che la rappresentano – di continuare ad affidare la gestione agli amministratori in carica, senza discontinuità di politiche aziendali.

In tale prospettiva, può essere opportuno istituire un *trust* in cui confluiscono tutte le partecipazioni sociali, che vengono intestate al *trustee*, oltre agli altri beni di famiglia necessari per soddisfare gli altri legittimari; in tale modo, la politica gestionale del *trust* viene realizzata in modo unitario da un unico soggetto (il *trustee*) e non – invece – da diversi soggetti, spesso in conflitto tra di loro. È inoltre possibile designare un *protector* del *trust*, con la funzione di sorvegliare l’operato del *trustee* ed eventualmente di sostituirlo qualora non dia corso alle indicazioni contenute nell’atto istitutivo (*deed of trust*); oltreché, eventualmente, di esercitare un controllo sulla gestione societaria.

Inoltre, compito del *trustee* non è solo quello di garante della continuità sul piano della conduzione dell’impresa (in conformità alle indicazioni provenienti dal fondatore dell’impresa), ma anche e soprattutto quello di individuare – all’interno del gruppo dei beneficiari – i discendenti più idonei ad assumere il controllo aziendale. Tale valutazione non potrà prescindere da criteri il più possibile oggettivi, da indicarsi nell’atto di *trust*, quali – ad esempio – il senso degli affari, il senso di responsabilità, l’attitudine imprenditoriale, la propensione al rischio d’impresa.

Inoltre, è possibile garantire – al capofamiglia – la conservazione della carica di amministratore unico, anche attraverso il rinnovo da parte del *trustee* incaricato, fino al momento (prestabilito o da valutare secondo determinati criteri prescelti) in cui questi sarà in grado di amministrare la società.

Al suo decesso (o al verificarsi di altre cause), poi, è possibile prevedere la nomina di uno dei figli (quello interessato a gestire la società), evitando così che – in seno alla stessa – possano insorgere contrasti tra gli eredi. Nel contempo, è possibile disporre – a favore degli altri figli – la provvista necessaria per assicurare gli obiettivi da questi perseguiti.

Infine, sotto il profilo della tutela patrimoniale, poiché la titolarità dei beni viene conferita nel fondo, i beni stessi risultano separati dalla massa patrimoniale sia del disponente sia del *trustee*; con la conseguenza che non sono aggredibili da parte dei suoi creditori.

In sintesi, il disponente – attraverso il *trust* – può:

- creare i presupposti per la trasmissione patrimoniale;
- conservare – fino al tempo della propria permanenza in vita (o della capacità di gestire l'impresa collettiva) – la carica di amministratore unico;
- fare in modo che il suo patrimonio non sia aggredibile da alcun creditore personale.

2.2. Il trust a garanzia dei debiti

2.2.1. Il trust per l'acquisto di un immobile

Anzitutto, potrebbe prospettarsi il caso in cui imprenditore intenda acquistare un immobile strumentale all'esercizio della propria attività, facendo ricorso ad un mutuo garantito da ipoteca sull'immobile medesimo. Se si ricorresse al modello classico (mutuo ipotecario erogato all'imprenditore), la banca – anche se titolare della prelazione ipotecaria – rientrerebbe nel novero dei creditori dell'imprenditore, con la conseguenza che le eventuali somme di cui disporrà quest'ultimo saranno destinate non solo al pagamento del mutuo, ma anche al soddisfacimento degli altri debiti, e ciò secondo l'ordine di priorità che – di volta in volta – l'imprenditore medesimo riterrà più opportuno.

È vero che, in caso di inadempimento, la banca potrà attivare il procedimento di esecuzione immobiliare, ma con risultati incerti in termini di risultato, tenuto anche conto dei tempi del procedimento e degli oneri ad esso correlati⁹.

In tale ipotesi, potrebbe invece – più opportunamente – essere istituito un *trust* di scopo, che provveda all'acquisto dell'immobile e all'assunzione del mutuo ipotecario; l'immobile verrebbe, quindi, concesso in locazione all'imprenditore e i canoni destinati ad onorare le rate del mutuo.

Con tale operazione, la banca godrebbe di una serie di vantaggi:

- l'immobile non entrerebbe a far parte del patrimonio dell'imprenditore (almeno fino al completo pagamento del mutuo);
- il *trust* non assumerebbe debiti ulteriori rispetto a quello contratto con la banca stessa e, pertanto, tutti i flussi finanziari potrebbero essere destinati al rimborso del mutuo;
- in caso di mancato pagamento del numero di rate preventivamente stabilito tra la banca e l'imprenditore, l'immobile potrebbe essere venduto direttamente dal *trustee*, in tempi rapidi, senza costi legali e con il procedimento

⁹ Si veda, al proposito, A. DE DOMINICIS, *L'impiego dei trust nelle operazioni commerciali*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 6/2010.

concordato tra le parti in sede di istituzione del *trust*, evitando così la procedura esecutiva.

Pare opportuno rammentare che lo scenario normativo di riferimento ha subito una profonda modifica negli ultimi mesi, soprattutto in forza di due provvedimenti legislativi:

- il d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72, recante “*Attuazione della direttiva 2014/17/UE, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali nonché modifiche e integrazioni del titolo VI-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sulla disciplina degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi e del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141*”, il quale ha introdotto – nel T.U.B. – il nuovo art. 120-*quinquiesdecies* (“*Inadempimento del consumatore*”), prevedendo che:

- «1. Fermo quanto previsto dall’articolo 2744 del codice civile, le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l’estinzione dell’intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l’ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. Se il valore dell’immobile come stimato dal perito ovvero l’ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all’eccedenza. In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo. La clausola non può essere pattuita in caso di surrogazione nel contratto di credito ai sensi dell’articolo 120-*quater*.

- (...)

- 4. Agli effetti del comma 3

- (...)

- c. costituisce inadempimento il mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili»;

- d.l. 3 maggio 2016, n. 59, recante “*Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione*”, il quale ha introdotto – nel T.U.B. – il nuovo art. 48-*bis* (“*Finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*”), prevedendo che:

- «1. Il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti

- del pubblico può essere garantito dal trasferimento, in favore del creditore o di una società dallo stesso controllata o al medesimo collegata ai sensi delle vigenti disposizioni di legge e autorizzata ad acquistare, detenere, gestire e trasferire diritti reali immobiliari, della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore a norma del comma 5.
- 2. In caso di inadempimento, il creditore ha diritto di avvalersi degli effetti del patto di cui al comma 1, purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento.
 - (...)
 - 4. Il patto di cui al comma 1 può essere stipulato al momento della conclusione del contratto di finanziamento o, anche per i contratti in corso al momento dell'entrata in vigore del presente decreto, per atto notarile, in sede di successiva modificazione delle condizioni contrattuali. Qualora il finanziamento sia già garantito da ipoteca, il trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento, una volta trascritto, prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria.
 - 5. Per gli effetti del presente articolo, si ha inadempimento quando il mancato pagamento si protrae per oltre sei mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive, nel caso di obbligo di rimborso a rate mensili; o per oltre sei mesi dalla scadenza anche di una sola rata, quando il debitore è tenuto al rimborso rateale secondo termini di scadenza superiori al periodo mensile; ovvero, per oltre sei mesi, quando non è prevista la restituzione mediante pagamenti da effettuarsi in via rateale, dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento. Al verificarsi dei presupposti di cui al presente comma, il creditore è tenuto a notificare al debitore e, se diverso, al titolare del diritto reale immobiliare, nonché a coloro che hanno diritti derivanti da titolo iscritto o trascritto sull'immobile successivamente alla trascrizione del patto di cui al comma 1 una dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto di cui al medesimo comma, secondo quanto previsto dal presente articolo».

2.2.2. Il *trust* a garanzia di un prestito obbligazionario

Il *trust* può, inoltre, essere opportunamente utilizzato come strumento di garanzia a fronte dell'emissione di un prestito obbligazionario.

In particolare, una società che dispone di un immobile e intende emettere un prestito obbligazionario potrebbe concedere l'immobile medesimo a garan-

zia, ma con una serie di inconvenienti, tra cui – da una parte – l'impossibilità di accantonare i frutti dell'immobile ad esclusivo vantaggio degli obbligazionisti e – dall'altra – la necessità (per questi ultimi) di ricorrere ad una procedura esecutiva immobiliare in caso di inadempimento.

In alternativa, la società emittente potrebbe ricorrere ad un *trust*, nell'ambito del quale gli obbligazionisti – per accrescere il loro grado di tutela – potrebbero designare un tutore (*enforcer*), con funzione di controllo e supervisione dell'operato del *trustee*. In particolare, potrebbero essere seguiti due diversi "percorsi": il primo "diretto" e il secondo "indiretto"¹⁰.

Con il primo, la società potrebbe conferire l'immobile in un *trust*, a garanzia del pagamento delle cedole e del rimborso del capitale. Alla scadenza del prestito, se la società adempirà regolarmente le proprie obbligazioni, il *trustee* retrocederà l'immobile; in difetto, procederà alla sua vendita e con il ricavato soddisferà gli obbligazionisti dei loro crediti, retrocedendo l'eventuale eccedenza alla società. Si potrebbe anche prevedere una variante nell'atto istitutivo del *trust*, ossia che il *trustee* utilizzi i canoni di locazione incassati, per pagare le cedole del prestito obbligazionario; anche in tale ipotesi, il *trustee* – in caso di inadempimento – utilizzerà i canoni di locazione incassati e il ricavato della vendita dell'immobile per pagare gli obbligazionisti.

Con il secondo, invece, la società potrebbe procedere preliminarmente al conferimento degli immobili in una società immobiliare di nuova costituzione, trasferendo poi al *trustee* le relative quote di partecipazione. In caso di adempimento, il *trustee* retrocederà alla società disponente le quote di partecipazione; in difetto, avrà due opzioni per procedere al soddisfacimento degli obbligazionisti: vendere l'immobile e liquidare la società oppure cedere la partecipazione. Anche in tale ipotesi, il *trustee* potrebbe utilizzare i dividendi incassati per pagare le cedole del prestito obbligazionario.

Quale che sia la configurazione prescelta, il *trust* consente di ottenere i seguenti risultati:

- l'immobile e i relativi frutti vengono segregati dalle pretese dei creditori della società disponente;
- i frutti dell'immobile (o della partecipazione nella *newco*), se previsto, possono essere destinati al pagamento delle cedole;
- in ipotesi di mancato pagamento delle cedole o di mancato rimborso del capitale, il *trustee* potrà adottare – d'intesa con il tutore (*enforcer*) e quindi

¹⁰ Per approfondimenti, si veda S. MARCHESE, *Trust immobiliare a scopo di garanzia di un prestito obbligazionario: i riflessi nel bilancio della società emittente*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 3/2003.

con piena trasparenza nei confronti degli obbligazionisti – la soluzione liquidatoria preferibile.

2.2.3. Il *trust* per la liquidazione

I *trust* liquidatori possono distinguersi in diverse categorie¹¹:

- i *trust* “*puramente liquidatori*”: realizzano una modalità alternativa alla liquidazione disciplinata dagli art. 2487 ss. c.c., consentendo al *trustee* di eseguire le operazioni di liquidazione e alla società posta in liquidazione di procedere immediatamente alla cancellazione dal Registro delle Imprese;

- i *trust* “*protettivi*”: sono istituiti da un imprenditore *in bonis* per prevenire azioni esecutive da parte di creditori “*pericolosi*”, conferendo in un *trust* alcuni beni destinati alla loro soddisfazione¹²;

- i *trust* “*di salvataggio*”: sono utilizzati da un imprenditore in stato di crisi reversibile per supportare soluzioni negoziali della crisi¹³;

- i *trust* “*falsamente liquidatori*”: sono istituiti da imprenditori in stato di crisi irreversibile e hanno lo scopo di ostacolare le pretese creditorie e di procrastinare il fallimento, “*aspirando*” al decorso del termine annuale previsto dall’art. 10 l. fall., che decorre dalla cancellazione dal Registro delle Imprese.

La giurisprudenza di merito¹⁴ aveva precedentemente affermato che – nell’ambito di fattispecie in cui la società posta in liquidazione trasferisca l’intero patrimonio sociale (attivo e passivo) a un *trust*, presenti il bilancio finale di liquidazione e ottenga la cancellazione dal registro delle imprese – la cessione senza corrispettivo, dunque senza realizzo, al *trust* non coincide con l’attività di liquidazione, che – quindi – non può considerarsi effettuata (anzi, neppure iniziata). In particolare, aveva ritenuto che la cancellazione costituisce l’esito di una fattispecie a formazione progressiva, articolata nell’accertamento ad opera degli amministratori della causa di scioglimento (art. 2484 c.c.), nella nomina assembleare del liquidatore (art. 2487 c.c.), nell’attività di liquidazione in senso proprio, culminante nella redazione del bilancio finale di liquidazione (art. 2492 c.c.); con la conseguenza che soltanto dopo l’approvazione del bilancio finale di liquidazione si può far seguito alla richiesta di cancella-

¹¹ Così M. PALAZZO, *Il trust liquidatorio e il trust a supporto di procedure concorsuali*, Studio n. 305-2015/I.

¹² Essi attribuiscono ai creditori che ne beneficiano una “*prelazione atipica*”.

¹³ Nel *trust fund* possono essere conferiti anche beni personali dell’imprenditore o di terzi.

¹⁴ Si vedano: Trib. Milano, 12 settembre 2013, in *Trusts e att. fid.*, 2014, p. 307; Trib. Milano, 22 novembre 2013, in *www.ilcaso.it*.

zione della società dal Registro delle Imprese. In definitiva, la cancellazione è lecita soltanto se è stata svolta l'attività di liquidazione e il fatto che si riservi la liquidazione a un terzo e non la si realizzi secondo il procedimento classico non conduce in alcun modo a ritenere conclusa l'attività liquidatoria.

La Corte di Cassazione invece, in una recente sentenza¹⁵, pare – seppure solo implicitamente – aver confermato l'ammissibilità dell'impiego del *trust* per svolgere la liquidazione da parte di una società *in bonis*, a condizione che non vengano danneggiati gli interessi dei creditori.

Se si tiene conto dell'"apertura" della giurisprudenza di legittimità, si può – quindi – ritenere che l'imprenditore (individuale o collettivo) possa conferire in un *trust* i beni necessari a soddisfare i propri creditori, nel rispetto dei gradi di preferenza.

A tale fine, l'imprenditore potrebbe procedere come segue: *i*) istituisce un *trust* conferendogli i beni necessari alla liquidazione; *ii*) il *trustee* procede alla vendita dei beni conferiti, alle migliori condizioni possibili, e distribuisce il ricavato della vendita ai creditori (secondo quanto spettante a ciascuno di essi); *iii*) il *trustee* restituisce l'eventuale eccedenza al disponente.

In tal modo:

- i beni conferiti nel *trust* vengono segregati dal patrimonio del disponente e si elimina così il rischio che i beni conferiti siano sottoposti a procedure esecutive in capo al debitore;
- il compito di alienare i beni viene affidato ad un soggetto in possesso di adeguata competenza professionale;
- si ripartiscono tra i creditori sociali le somme ottenute per effetto dell'alienazione dei beni conferiti nel *trust*, rispettando le cause legittime di prelazione;
- si tiene adeguatamente conto delle posizioni creditorie incerte nell'esistenza e/o nell'ammontare;
- si restituisce al disponente l'eccedenza del ricavato.

2.3. La trasformazione di *trust in società*

Recentemente è stata anche avanzata l'ipotesi di istituzione di un *trust* attraverso lo strumento giuridico della trasformazione eterogenea di società di capitali¹⁶.

¹⁵ Cass. 9 maggio 2014, n. 10105, in www.ilcaso.it.

¹⁶ Per gli opportuni approfondimenti, si veda D. MURITANO, *La trasformazione di società in trust*, Studio n. 17-2013/I.

La giurisprudenza si è occupata del tema una sola volta, negando l'iscrivibilità nel Registro delle Imprese di una deliberazione di trasformazione di una società di capitali in *trust*¹⁷.

L'ipotesi prospettata è quella della trasformazione eterogenea regressiva, disciplinata dall'art. 2500-*septies* c.c., cioè della trasformazione di una società di capitali in consorzio, società consortile, società cooperativa, comunione di azienda, associazione non riconosciuta o fondazione.

Se si tiene conto del tenore letterale della norma, la trasformazione di una società di capitali in *trust* dovrebbe essere radicalmente esclusa, soprattutto in ragione del principio di tipicità delle ipotesi di trasformazione eterogenea. Tuttavia la pretesa tassatività delle ipotesi di trasformazione eterogenea indicate nell'art. 2500-*octies* c.c. è stata posta in dubbio dalla dottrina, che – in senso contrario alla giurisprudenza di merito – ritiene che il “*catalogo*” contenuto nel Codice Civile non sia chiuso ma, sia pure entro certi limiti, aperto.

Con particolare riguardo alla trasformazione in *trust*, si individua un punto di forza nella previsione espressa – nell'ambito della trasformazione eterogenea – della trasformazione in comunione di azienda, sul riflesso che quest'ultima non dà luogo a soggettività giuridica, al pari del *trust*.

Operativamente, vi sono alcuni casi in cui la trasformazione di una società in *trust* può essere utile: ad esempio, al fine di ottimizzare la liquidazione della società (in alternativa alle possibilità più sopra illustrate) ovvero di eliminare dal mondo giuridico una società di comodo. Nella prima ipotesi, la trasformazione verrebbe utilizzata per la «soppressione dell'ente senza liquidazione, senza preventivo appuramento ed estinzione delle passività»¹⁸; in altri termini la trasformazione di società in *trust* avrebbe la stessa funzione della trasformazione in comunione di azienda, costituendo un'alternativa alla liquidazione estintiva della società.

Come già si è detto, la trasformazione della società in *trust* con tale finalità era stata posta – almeno sino a poco tempo fa – in dubbio, sul riflesso che il procedimento di liquidazione sarebbe necessario e inderogabile; la situazione pare, peraltro, essersi più di recente modificata, alla luce della posizione assunta dalla giurisprudenza di legittimità.

Nel caso di utilizzo del *trust*, può essere individuato un ulteriore elemento di criticità, dovendosi escludere che i *trustee* e i beneficiari possano essere esclusivamente gli stessi soci, perché ciò implicherebbe coincidenza tra la posizione di *trustee* e quella di beneficiari del *trust*, che – almeno secondo un

¹⁷ Così Trib. Sassari (decr.), 13 luglio 2010, in *Giur. comm.*, 2012, 1040, con nota di Carraro.

¹⁸ Così P. SPADA, *Dalla trasformazione delle società alle trasformazioni degli altri enti e oltre*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, III, Milano, 2005, 3893.

certo orientamento – sarebbe inammissibile (v. *supra* il c.d. “*trust autodichiarato*”). Sarebbe, quindi, necessario che l’atto istitutivo del *trust* prevedesse beneficiari ulteriori rispetto agli originari soci: in tal caso, infatti, la coincidenza tra beneficiari del *trust* e *trustee* non sarebbe assoluta.

Potrebbero, quindi, prospettarsi le seguenti fattispecie:

- trasformazione di società in *trust* che preveda quale *trustee* un terzo e beneficiari i soci medesimi: in tale ipotesi si verifica un effetto di continuità riferibile al patrimonio, che rimane il medesimo, mentre c’è totale discontinuità con riferimento al soggetto titolare di esso; il *trust fund*, infatti, all’esito della trasformazione passerebbe nella disponibilità del *trustee* e non dei soci;

- trasformazione di società in *trust* che preveda quale *trustee* un terzo e beneficiari estranei rispetto ai soci (da soli o in aggiunta ai soci medesimi): in questo caso i destinatari finali del patrimonio già sociale non sarebbero (soltanto) i soci ma anche (o esclusivamente) terzi (ad esempio i figli dei soci oppure i creditori sociali);

- trasformazione di società in *trust* che preveda quali *trustee* i soci e beneficiari gli stessi soci e ulteriori soggetti: il *trust* che sorgerebbe per effetto di tale trasformazione di società in *trust* potrebbe, peraltro, configurarsi come *trust* autodichiarato (con tutte le conseguenze, di cui si è detto, in ordine alla sua eventuale illegittimità).

Un’ulteriore ipotesi che potrebbe essere prospettata è quella della trasformazione di società in *trust* di scopo: il *trust* di scopo si caratterizza per l’assenza di beneficiari individuati (o anche solo individuabili). L’operazione di trasformazione di una società in *trust* di scopo può condurre, alternativamente, al sorgere di un *trust charitable* (benefico) ovvero *non charitable*, nel quale ultimo caso esso è considerato valido soltanto se regolato da una legge diversa da quella inglese, che ne preveda espressamente la validità. La necessità di imputare i risultati della gestione del patrimonio e il patrimonio stesso ai soci per effetto della trasformazione eterogenea sembra porsi in contrasto con la natura propria del *trust* di scopo; quest’ultimo – infatti – non prevedendo beneficiari, avrebbe l’effetto di determinare la permanenza dei risultati della gestione del patrimonio in capo al *trust* medesimo e non in capo agli ex soci.

In ogni caso, ove si dovesse giungere alla conclusione della illegittimità della trasformazione della società in *trust*, si potrebbero individuare altre soluzioni percorribili per giungere al medesimo risultato, senza violare le norme imperative in materia di liquidazione della società¹⁹:

¹⁹ Per ulteriori approfondimenti, si veda D. MURITANO, *La trasformazione di società in trust*, Studio n. 17-2013/I.

- una prima soluzione consiste nell'istituzione di più *trust*, i cui *trustee* (anche terzi rispetto ai soci) procederebbero all'acquisto delle partecipazioni diventando soci della società, che poi si trasformerebbe in comunione di azienda;

- altra soluzione consiste nel trasformare previamente la società in comunione di azienda: gli *ex* soci, a questo punto, potrebbero conferire in un *trust* la comunione d'azienda, affidandone la gestione a un *trustee* terzo, a vantaggio di beneficiari che potrebbero a loro volta essere terzi rispetto agli *ex* soci;

un'ultima soluzione consiste nel conferimento delle quote di partecipazione della società in un *trust* e nella “*trasformazione*” della società in impresa individuale: l'ammissibilità di tale fattispecie presuppone, peraltro, la soluzione positiva (che non è affatto scontata) della trasformazione di società in impresa individuale.

Gli strumenti di tutela del patrimonio e le procedure concorsuali

Francesco Pipicelli

SOMMARIO

1. Nozioni preliminari. – 2. Le diverse tipologie di *trust* in ambito societario e delle procedure concorsuali. – 3. Cass., sez. I, n. 10105/2014: il c.d. *trust* illecito, anti-concorsuale o falsamente liquidatorio. – 4. La liquidazione di società di capitali attraverso la struttura del *trust* puramente liquidatorio. – 5. Il *trust* c.d. di salvataggio nei concordati preventivi alla luce della recente giurisprudenza di merito.

1. Nozioni preliminari

Obiettivo del presente contributo è tentare di verificare se e in quali limiti l'istituto del *trust* (con la sua attitudine a segregare e ad imprimere un vincolo “reale” di destinazione al patrimonio ad esso imputato) possa essere legittimamente ed efficacemente utilizzato nelle procedure di liquidazione societaria o a supporto di procedure concorsuali (fallimento e concordato preventivo), così come queste sono state ridisegnate dal legislatore delle riforme del diritto concorsuale iniziate da oltre un decennio e tuttora in corso (d.l. n. 83/2015, conv. in legge 6 agosto 2015, n. 132). L'esame sarà condotto, come è ovvio, alla luce della più avveduta dottrina e dei contributi della giurisprudenza di merito e, ove esistente, di legittimità.

Quanto alla definizione di tale negozio di destinazione, secondo la Convenzione dell'Aja del 1985, ratificata senza riserve dall'Italia con legge 16 ottobre 1989, n. 364, il *trust* è un rapporto giuridico che nasce da un atto dispositivo *inter vivos o mortis causa* con cui il soggetto disponente (*settlor*) trasferisce tutti o parte dei suoi beni (*assets*) ad un *trustee* il quale avrà il compito di amministrarli e gestirli secondo quanto previsto nell'atto istitutivo del *trust* e nell'interesse di un beneficiario o al fine del raggiungimento di un determinato scopo (*purpose*). Figura egualmente tipica dell'istituto del *trust* è quella del

guardiano (*protector o enforcer*), nominato dal disponente quale supervisore dell'operato del *trustee*, il quale avrà, in particolare, il potere di revocare e sostituire il *trustee* medesimo.

Ciò che caratterizza in generale il *trust*, secondo la definizione dell'art. 2 della Convenzione, è lo scopo di costituire una separazione patrimoniale in vista del soddisfacimento di un interesse del beneficiario o del perseguimento di un fine dato. I beni vengono separati dal restante patrimonio ed intestati ad altro soggetto, parimenti in modo separato dal patrimonio di quest'ultimo. Quello enunciato costituisce, tuttavia, lo schema generale (se si vuole, la causa astratta) di segregazione patrimoniale propria dello strumento in esame, che si inserisce nell'ambito della più vasta categoria dei negozi fiduciari, e nel quale quindi un soggetto viene incaricato di svolgere una data attività per conto e nell'interesse di un altro.

Come noto, l'effetto principale e connaturato al *trust* e, più precisamente, al sotteso atto di dotazione dei beni, è il c.d. "effetto segregativo" che determina la separazione dei beni conferiti nei confronti sia del patrimonio del disponente sia del patrimonio del *trustee*, con la conseguenza che i medesimi beni non potranno essere oggetto di azioni esecutive e/o cautelari tanto da parte dei creditori particolari del disponente una volta decorso il termine annuale previsto dal nuovo art. 2929-*bis* (se trascrive il pignoramento nel termine di un anno dalla data in cui l'atto di costituzione del vincolo di disponibilità è stato trascritto), quanto da quelli del *trustee*.

Variante ampiamente diffusa è il c.d. *trust* autodichiarato, cioè quella tipologia di segregazione nella quale il soggetto disponente e il gestore coincidono nella stessa persona. In tal caso la costituzione del *trust* non determina alcun trasferimento, ma si concretizza nella sola apposizione di un vincolo di destinazione su taluni beni del patrimonio del disponente. Quest'ultima, come è evidente, è la figura che maggiormente può prestarsi a possibili abusi in danno dei creditori.

2. Le diverse tipologie di trust in ambito societario e delle procedure concorsuali

Secondo l'elaborazione dottrinale, è possibile distinguere i *trust* liquidatori, aventi cioè finalità di liquidazione del patrimonio sociale segregato, in relazione alla loro tipologia e soprattutto allo scopo enunciato. Così possono distinguersi:

- 1) i *trust* "di salvataggio o endo-concorsuale" che sono istituiti da un im-

prenditore in stato di crisi reversibile e mirano a scongiurare un'istanza di fallimento o a favorire e supportare soluzioni negoziali della crisi (ad esempio per rendere maggiormente appetibile una proposta di concordato può essere costituito con beni personali dell'imprenditore o di terzi), specialmente diffusi come si vedrà innanzi nelle procedure di concordato preventivo; in tal caso il *trust* è concluso quale alternativa alle misure concordate di risoluzione della crisi d'impresa

2) i *trust* "puramente liquidatori", che realizzano una modalità alternativa alla liquidazione disciplinata dagli art. 2487 ss. c.c., consentendo al *trustee* di eseguire le operazioni di liquidazione e all'impresa liquidata di cancellarsi dal registro; il *trust* viene concluso per sostituire in toto la procedura liquidatoria, al fine di realizzare con altri mezzi il risultato equivalente di recuperare l'attivo, pagare il passivo, ripartire il residuo e cancellare la società.

3) i *trust* "falsamente liquidatori, illeciti o anti-concorsuali" istituiti da imprenditori già decotti che hanno soltanto lo scopo di ostacolare le pretese creditorie e di procrastinare (contando sul decorso del termine annuale previsto dall'art. 10 l. fall., decorrente dalla cancellazione dal registro dell'impresa) il fallimento di un'impresa già in stato di conclamata insolvenza; in tal caso, il *trust* viene a sostituirsi alla procedura fallimentare ed impedisce lo spossessamento dell'imprenditore insolvente. La fattispecie è oggetto di analitica e specifica trattazione nell'importante pronuncia di legittimità Cass., sez. I, n. 10105/2014.

3. Cass., sez. I, n. 10105/2014: il c.d. trust illecito, anti-concorsuale o falsamente liquidatorio

Nel caso di specie, la Corte d'appello di Roma aveva respinto il reclamo proposto, ai sensi della l. fall., art. 18, avverso la sentenza del Tribunale di Roma, che aveva dichiarato il fallimento della società ricorrente per cassazione.

La Corte territoriale aveva ritenuto la sussistenza dello stato di insolvenza, sebbene la società, già posta in liquidazione, avesse costituito un c.d. *trust* liquidatorio, in cui era stata conferita l'intera azienda, comprensiva dei debiti e dei crediti, provvedendo successivamente alla cancellazione della stessa dal registro delle imprese, opinando che la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, ratificata con legge 16 ottobre 1989, n. 364, esclude si possa impedire l'applicazione della *lex fori* in tema di protezione dei creditori in caso d'insolvenza e che tale strumento sia stato utilizzato in funzione illecita, valorizzando una serie di accertamenti di fatto: in particolare, l'entità del debito nei confronti di

Equitalia Sud S.p.A. e gli infruttuosi tentativi di pignoramento, il ridotto attivo residuo, la costituzione del *trust* da parte del legale rappresentante della società che ha pure il ruolo di *trustee* (che se da un punto di vista formale non qualifica il *trust* come “autodichiarato” in ragione della alterità soggettiva, la circostanza è stata però correttamente assunta dalla corte del merito come indizio significativo della illiceità dell’atto, mancando nella sostanza un vero affidamento intersoggettivo dei beni) ed il mancato compimento di qualsiasi concreta attività di liquidazione (non essendo indicato nel c.d. libro degli eventi quali di tali attività siano state avviate nei confronti dei creditori sociali) rendono apprezzabile il pericolo che il *trust* sia stato di fatto utilizzato per eludere la disciplina concorsuale, tenuto conto anche della successiva cancellazione della società dal registro delle imprese.

Occorre premettere che, come evidenziato dalla Corte di legittimità, la Convenzione dell’Aja del 1° luglio 1985, resa esecutiva in Italia con la citata legge n. 364/1989, quale convenzione di diritto internazionale privato, regola la possibilità del riconoscimento degli effetti in Italia ad un particolare strumento di autonomia negoziale proprio dei sistemi di *common law*, il *trust*.

Peraltro, in ragione della estraneità dello strumento agli istituti giuridici di molti ordinamenti, la Convenzione dell’Aja contiene plurimi limiti di efficacia per il *trust*. In particolare, la norma di cui all’art. 13, nell’ambito di quelle deputate proprio a regolare le condizioni del riconoscimento, prevede: “*Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi significativi, ad eccezione della scelta della legge applicabile, del luogo di amministrazione o della residenza abituale del trustee, siano collegati più strettamente alla legge di Stati che non riconoscono l’istituto del trust o la categoria del trust in questione*”. Essa è dunque rivolta agli Stati e costituisce una norma di preventiva chiusura, che come vedremo innanzi non sarà in concreto quella applicata dalla Cassazione per bloccare l’operatività interna del *trust* “falsamente liquidatorio”.

Nella presente pronuncia, la Cassazione si rifà all’orientamento, diffuso presso i giudici di merito, secondo cui il c.d. *trust* liquidatorio, inteso quale segregazione patrimoniale di tutto il patrimonio aziendale istituita per provvedere, in forme privatistiche, alla liquidazione dell’azienda sociale – è nullo, ai sensi dell’art. 1418 c.c., allorché abbia l’effetto di sottrarre agli organi della procedura fallimentare la liquidazione dei beni in contrasto con le norme imperative concorsuali, secondo le espresse regole di esclusione previste dall’art. 13, e art. 15, lett. e), della convenzione dell’Aja del 1° luglio 1985.

L’alternatività degli strumenti lecitamente utilizzabili va esclusa, qualora non due istituti privatistici si comparino, ma strumenti di cui l’uno, quale il *trust*, ancorato a regole ed interessi comunque privati del disponente, e l’altro di natura schiettamente pubblicistica, qual è la procedura concorsuale, destina-

ta a sopravvenire nel caso di insolvenza a tutela della *par condicio creditorum* e che non è surrogabile da strumenti che (ove pure siano trasferiti al *trustee* anche i rapporti passivi) né garantiscono tale parità, né escludono procedure individuali, né prevedono trattative vigilate con i creditori al fine della soluzione concordata della crisi, né contemplano alcun potere di amministrazione o controllo da parte del ceto creditorio o di un organo pubblico neutrale.

Del pari, altro è rispetto alle soluzioni negoziali delle crisi d'impresa il realizzare un'operazione – come il trasferimento in *trust* dell'azienda sociale – elusiva del procedimento concorsuale e degli interessi più generali alla cui soddisfazione esso è preposto.

Ove, pertanto, la causa concreta del regolamento in *trust* sia quella di segregare tutti i beni dell'impresa, a scapito di forme pubblicistiche quale il fallimento, che detta dettagliate procedure e requisiti a tutela dei creditori del disponente, l'ordinamento non può accordarvi tutela.

Il *trust*, sottraendo il patrimonio o l'azienda al suo titolare ed impedendo una liquidazione vigilata – in quanto rimette per intero la liquidazione dell'attivo alla discrezionalità del *trustee* – determina l'effetto, non accettabile per il nostro ordinamento, di sottrarre il patrimonio del debitore ai procedimenti pubblicistici di gestione delle crisi d'impresa ed all'attivo fallimentare della società *settlor* il patrimonio stesso.

Nel caso di specie, la Cassazione formula in via preliminare un giudizio di riconoscibilità del *trust* nel nostro ordinamento, nel raffronto con le norme inderogabili e di ordine pubblico in materia di procedure concorsuali.

E poiché il *trust* – secondo gli accertamenti di merito della sentenza impugnata, che ha ravvisato come esso fu costituito in una situazione di insolvenza – si palesa oggettivamente incompatibile con queste, lo strumento, ponendosi in deroga alle medesime, sarà “non riconoscibile” ai sensi dell'art. 15 della Convenzione, mentre non potrà applicarsi il predetto art. 13 che si rivolge allo Stato.

Tale norma, invero, espressamente prevede che la Convenzione non possa costituire “ostacolo all'applicazione delle disposizioni della legge designata dalle norme del foro sul conflitto di leggi” in tema di “protezione dei creditori in caso di insolvenza” (ed applicandosi a società italiana disponente le disposizioni della legge fallimentare interna), e l'ultimo comma aggiunge che “qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del *trust*, il giudice cercherà di attuare gli scopi del *trust* in altro modo”, così dunque palesando che proprio al giudice compete, e proprio per i motivi elencati nel primo comma, denegare il disconoscimento (e che dar corso alla procedura fallimentare costituisce appunto un modo compatibile con l'ordinamento di realizzare il fine liquidatorio).

La conseguenza è che il giudice che pronuncia la sentenza dichiarativa del fallimento provvede *incidenter tantum* al disconoscimento del *trust* liquidatorio, il quale finisce per eludere artificiosamente le disposizioni concorsuali sottraendo al curatore la disponibilità dell'attivo societario; una volta accertata la non riconoscibilità, lo strumento non produce alcun effetto giuridico nel nostro ordinamento, in particolare non quello di creare un patrimonio separato, restando *tamquam non esset*; in tal caso, posto che la Convenzione ex art. 15 cit. non può costituire "ostacolo" all'applicazione della disciplina dell'insolvenza, è quest'ultima a porsi, all'inverso, come ostacolo al riconoscimento del *trust*.

Mentre la sanzione della nullità (ex artt. 1343, 1344, 1345 e 1418 c.c.) presuppone che l'atto sia stato riconosciuto dal nostro ordinamento, il conflitto con la disciplina inderogabile concorsuale determina invece la stessa inesistenza giuridica del *trust* nel diritto interno. Il *trust* deve essere disconosciuto dal giudice del merito, ogni volta che sia dichiarato il fallimento per essere accertata l'insolvenza del soggetto, ove l'insolvenza preesistesse all'atto istitutivo. Dalla dichiarazione di fallimento deriva, quindi, l'integrale non riconoscimento del *trust*, ai sensi dell'art. 15, comma 1, lett. e) della Convenzione, ponendosi esso oggettivamente in contrasto con il principio di tutela del ceto creditorio e per il fatto stesso che non consente il normale svolgimento della procedura a causa dell'effetto segregativo, il quale impedirebbe al curatore di amministrare e liquidare l'azienda ed, in generale, i beni conferiti in *trust*.

Ne consegue che:

- la non riconoscibilità permane, sebbene il *trust* indichi fra i suoi scopi proprio quello di tutelare i creditori dell'impresa ricorrendo alla segregazione patrimoniale ed alla liquidazione. Invero, l'insolvenza, come non è nelle fattispecie generali esclusa dalla mera capienza del patrimonio del debitore, così non è nella specie scongiurata dalla destinazione di quel patrimonio al soddisfacimento dei creditori. Ed infatti, ciò che può evitare la situazione d'insolvenza non è in sé l'istituzione del *trust*, ma, semmai, l'attuazione del programma, con l'avvenuto pagamento dei creditori e la soddisfazione delle obbligazioni originariamente in capo al debitore;

- nelle ipotesi in cui, come nel caso in esame, l'atto istitutivo contenga la clausola (riportata dalle parti) di risoluzione allorché sopravvenga una vicenda concorsuale nei confronti della disponente (c.d. clausola di salvaguardia), essa resta inoperante, come tutto il negozio, privo in via assoluta di effetti in quanto non riconosciuto *ab origine*.

In conclusione, il *trust* liquidatorio in presenza di uno stato preesistente di insolvenza non è riconoscibile nell'ordinamento italiano, onde il negozio non ha l'effetto di segregazione desiderato. Pertanto l'inefficacia non è esclusa: a)

né dal fine dichiarato di provvedere alla liquidazione armonica della società nell'esclusivo interesse del ceto creditorio (od equivalenti); b) né dalla clausola che, in caso di procedura concorsuale sopravvenuta, preveda la consegna dei beni al curatore.

Se l'atto istitutivo del *trust* è *tamquam non esset*, occorre poi considerare quale sorte abbia il trasferimento dei beni o dell'azienda operato in favore del *trustee*.

Secondo l'art. 4 della Convenzione, questa non si applica alle questioni preliminari relative alla validità degli “atti giuridici in virtù dei quali dei beni sono trasferiti al trustee”. Alla stregua, dunque, della legge interna, dal momento che il negozio istitutivo del *trust* si pone come antecedente causale (almeno dal punto di vista logico-giuridico, anche qualora contestuale) dell'attribuzione patrimoniale operata con l'atto di trasferimento dei beni, ove non riconoscibile il primo diviene privo di causa il secondo (nullo per difetto di causa ex art. 1418, comma 2, prima parte, c.c., perché operato in esecuzione di negozio non riconoscibile). In tal modo, il curatore, per effetto dello spopolamento fallimentare che priva il fallito della disponibilità di suoi beni, tra i quali sono da ricomprendere tutti i diritti patrimoniali inefficacemente trasferiti, può materialmente procedere all'apprensione di essi.

Dalla lettura della sentenza, che ha individuato limiti specifici alla utilizzazione del *trust* in materia concorsuale, possono ricavarsi i seguenti principi:

a) il *trust* liquidatorio, a determinate condizioni, è legittimo, anche quando si attegga a *trust* interno, specialmente quale strumento finalizzato alla positiva gestione di crisi d'impresa destinate a dar luogo a concordati preventivi, in base alle norme che negli ultimi anni tutelano la regolazione concordata dell'insolvenza, oltre che per svolgere la liquidazione da parte di una società in bonis, senza danneggiare gli interessi dei creditori;

b) ai fini di valutarne la legittimità, non ci si può arrestare allo scrutinio della “causa astratta” e cioè del programma di segregazione con il quale un soggetto svolge una determinata attività per conto e nell'interesse di un altro soggetto, ma occorre anche valutare la “causa concreta”, che risulta dal regolamento d'interessi effettivamente perseguito;

c) il giudizio sulla validità dell'atto istitutivo del *trust* come dei susseguenti atti di attribuzione patrimoniale dev'essere preceduto da un giudizio sulla riconoscibilità da parte dell'ordinamento italiano del *trust*, dovendosi intendere che l'ordinamento italiano. disconosce, ai sensi dell'art. 15 della Convenzione dell'Aja, i *trust* che violino nelle materie ivi indicate principi di ordine pubblico propri del sistema interno (*par condicio creditorum* che va tutelata in caso di insolvenza nell'ambito della procedura fallimentare): nel caso d'insolvenza

dell'imprenditore che sfoci in fallimento, il patrimonio del debitore non può essere sottratto alla procedura pubblicistica di liquidazione, sostituendola con l'attività del *trustee*; l'ordinamento non può riconoscere un *trust* sostitutivo della procedura fallimentare, quando la situazione d'insolvenza sia già prodotta. Esso non sarebbe solo nullo, ma del tutto inesistente giuridicamente e, dunque, *tamquam non esset*, siccome lesivo non solo di una norma, ma di un intero plesso normativo imperativo e di ordine pubblico e, dunque, incapace di produrre alcun effetto giuridicamente rilevante. La Suprema Corte aderisce dichiaratamente, pur con un apparato motivazionale parzialmente difforme, all'orientamento già espresso dalla giurisprudenza di merito, secondo cui il *trust* segregativo dell'intero patrimonio aziendale è nullo (e, per la Suprema Corte, anzi, inesistente) allorché abbia l'effetto di sottrarre agli organi della procedura fallimentare la liquidazione dei beni in contrasto con le norme imperative concorsuali.

La dottrina ha evidenziato due punti deboli della predetta pronuncia:

1) in primo luogo, la tutela dei creditori è affidata in linea generale dall'ordinamento italiano al sistema delle azioni revocatorie che notoriamente operano sul piano della inefficacia relativa, e non della validità degli atti che incidono sulla garanzia patrimoniale: pertanto, gli atti compiuti da un imprenditore poi fallito dovrebbero quindi essere inefficaci, e non nulli come sembra concludere la Suprema Corte;

2) in secondo luogo, non pare del tutto congruo evocare la “non riconoscibilità” in relazione al *trust* c.d. interno in quanto la riconoscibilità, secondo i principi del diritto internazionale privato, parrebbe riferirsi a fattispecie internazionali e non interne.

Infine, va rilevato che la Suprema Corte nulla dice espressamente con riguardo al caso in cui un'impresa istituisca un *trust* liquidatorio per favorire la propria liquidazione, trovandosi in una situazione di solvibilità ma venga successivamente dichiarata fallita. In proposito, giova rammentare che il d.l. n. 83/2015 conv. in legge n. 132/2015 ha introdotto un nuovo comma 2 all'art. 64 l. fall., il quale stabilisce che i beni trasferiti a titolo gratuito vengono acquisiti alla massa fallimentare mediante semplice trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento. Ove si consideri gratuito il trasferimento dei beni al *trustee* la inefficacia dell'atto dipende oggi dall'adempimento di tale specifica forma di pubblicità, contro il *trustee* e a favore della procedura.

4. *La liquidazione di società di capitali attraverso la struttura del trust puramente liquidatorio*

A tale riguardo occorre tener conto di alcuni orientamenti, senz'altro più rigorosi, espressi sia dai giudici del registro sia dai tribunali in sede di impugnazione di tali provvedimenti, guidati da un consolidato orientamento del giudice del registro di Milano.

Dinanzi a fattispecie nelle quali una società posta in liquidazione trasferisca l'intero patrimonio sociale (attivo e passivo) a un *trust*, presenti il bilancio finale di liquidazione e ottenga la cancellazione dal registro delle imprese, la posizione dei giudici ambrosiani è netta: la cessione senza corrispettivo, dunque senza realizzo, al *trust* non coincide con l'attività di liquidazione che quindi non è stata effettuata anzi non è stata neanche iniziata.

In altri termini, si cancella perché si è liquidato; il fatto che si riservi la liquidazione a un terzo e non la si realizzi secondo il procedimento classico non conduce in alcun modo a ritenere conclusa l'attività liquidatoria. Essa, per vero, non è neppure iniziata, ma meramente programmata attraverso la costituzione del *trust* e la relativa dotazione.

Per vero, anzi, l'affrettata liquidazione e cancellazione della società, tale da lasciare insoddisfatti creditori sociali di cui gli organi conoscevano l'esistenza rappresenta l'ipotesi più classica di responsabilità *ex art. 2395 c.c.*

5. *Il trust c.d. di salvataggio nei concordati preventivi alla luce della recente giurisprudenza di merito*

Come è noto l'art. 160, comma 1, lett. a), l. fall. prevede che il piano di concordato raggiunga l'obiettivo della ristrutturazione dei debiti e della soddisfazione dei crediti "attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, acollo o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito".

Possiamo dunque ipotizzare la fattispecie di un imprenditore in stato di crisi che presenta una proposta di concordato preventivo incentrata su un *trust* con finalità liquidatorie (il *trustee* ha l'incarico di pagare i creditori dopo aver liquidato i beni) ovvero conservative (ai fini del risanamento dell'azienda) ovvero prima conservative e poi liquidatorie. Questa figura è suscettibile di un'ulteriore possibile configurazione nei c.d. concordati misti, ossia con intervento di soggetti terzi che forniscono beni al fabbisogno concordatario: nel fondo

in *trust* in aggiunta o in alternativa ai beni dell'imprenditore vengono conferiti beni di terzi al fine di destinarli alla soddisfazione di creditori.

Accanto alla fattispecie della cessione delle attività all'assuntore non è infrequente nella prassi delle procedure concorsuali la formulazione di piani di concordato basati sulla presenza di terzi che apportano propri beni a garanzia del soddisfacimento delle obbligazioni dell'imprenditore. Tali figure sono dette di concordato misto. La presenza di beni del terzo può essere funzionale o semplicemente a garantire in modo maggiore i creditori ovvero a colmare la differenza negativa tra i valori di realizzo dei beni dell'imprenditore e la percentuale offerta ai creditori.

Vantaggi di questa soluzione negoziale:

- possibilità di anticipare il vincolo di destinazione istituendo il *trust* prima del deposito della domanda di concordato preventivo, fermi gli effetti del nuovo art. 2929-*bis* c.c.;

- possibilità della nomina del commissario giudiziale/ liquidatore quale *trustee* e del comitato dei creditori quale guardiano;

- possibilità di condizionare sospensivamente il conferimento in *trust* all'accoglimento della domanda o alla omologazione del concordato preventivo e di condizionare risolutivamente il conferimento nel caso di successivo fallimento della società ammessa alla procedura; andrebbe inoltre regolata la sorte di eventuali atti di disposizione compiuti dal *trustee* durante la pendenza della condizione, al fine di chiarire se essi restano efficaci oppure vengono travolti retroattivamente in seguito al verificarsi dell'evento dedotto in condizione risolutiva. Rispetto ad un conferimento dei beni nella società in procedura (che avrebbe comportato per il terzo l'irrimediabile perdita dei beni sia in caso di mancata omologazione del concordato sia in caso di fallimento) la maggiore flessibilità e vantaggiosità del *trust* appare di immediata evidenza.

Nell'ambito di una procedura di concordato la semplice "offerta" di beni da parte del terzo o dell'assuntore non solo non assicura la successiva liquidazione dei beni in favore dei creditori, ma, soprattutto, non attribuisce ai creditori del concordato alcun diritto di prelazione (e tanto meno di esclusiva) sui beni del terzo o dell'assuntore, che restano esposti alle azioni esecutive dei rispettivi creditori nonché a sequestri o iscrizioni di ipoteche giudiziali. Infatti, trattandosi di soggetti diversi dal debitore assoggettato a procedura il c.d. ombrello protettivo previsto dagli artt. 168 e 182-*bis* l. fall. non può trovare attuazione, sicché è possibile che anche in pendenza del concordato i creditori personali del terzo, agendo a tutela dei propri crediti, riescano a vanificare in pratica la "messa a disposizione" dei beni in favore dei creditori concordatari.

Necessario appare inoltre indicare un termine entro il quale il *trustee* deve

provvedere a liquidare i beni onde consentire compiutamente, con il ricavato della vendita il soddisfacimento dei creditori secondo quanto deve essere indicato nella proposta di concordato. La durata del vincolo segregativo deve coincidere con la durata della procedura concordataria. In tal senso essa dovrà alternativamente essere determinata in un termine fisso (attualmente cinque o sei anni sembrano una prospettiva temporale plausibile per l'esecuzione di un concordato, ma i tempi variano in base alle diverse sedi giudiziarie) ovvero deve essere resa coincidente con l'avvenuta realizzazione dello scopo liquidatorio qualora si tratti di un *trust* di scopo.

Opportuno appare prevedere la facoltà per il giudice di sostituire il *trustee* ed il guardiano rispettivamente con la persona del commissario giudiziale e con il comitato dei creditori, per assicurare l'effettivo adempimento delle finalità per le quali il *trust* è stato costituito.

Trib. Ravenna, 4 aprile 2013¹⁰ ha ammesso una società a r.l. in liquidazione alla procedura del concordato preventivo che nel caso di specie si caratterizzava per la natura liquidatoria e per la messa a disposizione, in favore della procedura, di nuova finanza ad opera di un terzo mediante il conferimento di due beni immobili in un *trust* disciplinato dalla legge di Jersey.

L'apporto dei cespiti avveniva attraverso la costituzione di un *trust* di scopo la cui efficacia era condizionata risolutivamente alla mancata omologazione del concordato entro il termine di diciotto mesi dall'istituzione del *trust*. Una seconda condizione risolutiva era costituita dal fallimento "in qualsiasi momento" della società in procedura.

Il *trust* ravennate non era della tipologia del *trust* auto-dichiarato poiché il terzo finanziatore assumeva la posizione di disponente e di guardiano; il figlio del medesimo quella di *trustee*, i creditori concorsuali erano indicati beneficiari del vincolo segregativo, sia pure sotto le predette condizioni risolutive. Era prevista la facoltà per il giudice delegato di revocare e sostituire sia il *trustee* sia il guardiano.

Trib. Forlì, 4 febbraio 2015 ha ritenuto meritevole di tutela un *trust* liquidatorio auto-dichiarato con il quale il fideiussore di una società, in procinto di presentare una domanda di concordato preventivo, appone sui propri beni un vincolo di destinazione a favore dei creditori del concordato.

La vicenda oggetto del contenzioso trae origine dalla concessione di una fideiussione a garanzia dell'adempimento di più crediti contratti da una società e rimasti non soddisfatti. Il fideiussore costituisce un *trust*, vincolando più beni immobili al fine di assicurare ai creditori della società garantita la non dispersione del patrimonio e la successiva liquidazione in previsione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo che la società era in procinto di presentare. Si tratta nella specie di un *trust* interno, auto-

dichiarato con soggetti giuridici italiani e beni posti in Italia retto dalla legge di Jersey. Nel caso in esame il *trust* conteneva la previsione che il ricavato della vendita fosse versato al guardiano per saldare i creditori secondo un criterio strettamente proporzionale tra l'entità dei loro rispettivi crediti e quella del patrimonio facente parte del fondo in *trust* posto a garanzia dei loro diritti.

Con ricorso *ex art. 702-bis c.p.c.* il *trustee* (che nel caso coincide con il disponente) chiede al giudice di merito di accertare l'insussistenza del diritto di due istituti bancari creditori di iscrivere ipoteca su alcuni beni immobili vincolati in *trust*.

I convenuti in via riconvenzionale domandano al tribunale di accertare la nullità dell'atto istitutivo o in subordine di revocare ai sensi dell'art. 2901 c.c. l'atto dispositivo relativo agli immobili destinati in *trust*.

Il tribunale con ampia motivazione rigetta la domanda della ricorrente; rigetta la domanda riconvenzionale di nullità dell'atto istitutivo del *trust* e accoglie la domanda riconvenzionale subordinata rivolta ad ottenere la dichiarazione di inefficacia dell'atto di disposizione di tutti i beni in *trust*, cioè l'azione revocatoria ordinaria *ex art. 2901 c.c.*

Occorre dunque sottolineare come il tribunale abbia in primo luogo riconosciuto la piena legittimità al *trust* auto-dichiarato oggetto della controversia. In secondo luogo reputa riconoscibile e valido il *trust* liquidatorio che realizza un programma di segregazione funzionale alla liquidazione del patrimonio del disponente al fine di facilitare la procedura di concordato della società garantita, rassicurando i creditori della stessa sulla non dispersione dei beni.

Il giudice tuttavia accoglie l'azione revocatoria ordinaria, risolvendo il conflitto tra l'interesse del disponente a favorire la soluzione della crisi e l'interesse dei suoi creditori a mantenere inalterata la situazione patrimoniale del loro debitore, a favore di questi ultimi.

Il ragionamento svolto da tribunale per affermare la ricorrenza dei presupposti oggettivi e soggettivi dell'azione pauliana è articolato. L'*eventus damni* è ravvisato nella modifica della situazione patrimoniale del debitore. Ancorché non vi sia trasferimento di beni ma mera funzionalizzazione ad uno scopo connessa alla segregazione patrimoniale, ciò è sufficiente a rendere più difficoltosa la realizzazione coattiva del credito e ciò integra pregiudizio per il creditore, secondo un consolidato orientamento della Cassazione, a partire da Cass. n. 19131/2004.

Il *consilium fraudis* del disponente è ravvisato dal tribunale nella consapevolezza del pregiudizio che sarebbe derivato ai propri creditori, trattandosi di atto di segregazione successivo alla nascita del credito. Il tribunale, inoltre, equipara l'atto di dotazione dei beni al *trust* ad un atto a titolo gratuito (poiché non vi è uno spostamento patrimoniale e non trattandosi di atto di natura solu-

toria), in rapporto all'interesse dei terzi beneficiari cioè i creditori della società garantita, escludendo conseguentemente la necessità della *participatio fraudis*.

In tema di atti di destinazione patrimoniale anche diversi dal *trust* nell'ambito del concordato preventivo, pare interessante soffermarsi sulla sentenza del Trib. Prato, 12 agosto 2015, n. 942.

Nel caso concreto, una banca titolare di un credito per circa un milione e mezzo di euro nei confronti di due società (una debitrice principale e l'altra quale fideiubente), aveva convenuto in giudizio quest'ultima al fine di far accertare e dichiarare la nullità e/o inefficacia e/o inopponibilità nei suoi confronti dell'atto di destinazione *ex art. 2645-ter* avente ad oggetto beni immobili, compiuto dalla convenuta per supportare la domanda di concordato preventivo svolta dalla società debitrice principale (sotto condizione sospensiva dell'omologazione della stessa), domanda che poi era stata valutata favorevolmente ed omologata; di tale circostanza l'attrice si era avveduta, sulla base della nota di trascrizione, nel momento in cui era andata ad iscrivere ipoteca giudiziale sulla base del decreto ingiuntivo ottenuto.

La banca sosteneva che l'avvenuta omologazione del concordato preventivo avrebbe causato un pregiudizio al creditore prelatizio in via ipotecaria e soprattutto che l'atto di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* fosse del tutto inidoneo al raggiungimento dello scopo indicato dalla norma quale specificamente meritevole di tutela, essendo stati tali interessi testualmente limitati dal legislatore a quelli riferibili a persone con disabilità o alla P.A. o ad altri enti e persone fisiche.

La questione giuridica a cui dare risposta – sulla quale la dottrina e la giurisprudenza di merito sono divise e non vi sono state pronunce di legittimità – è se la norma in questione sia strumento idoneo a realizzare soltanto interessi giuridicamente rilevanti collegati alla tutela della disabilità e della P.A. o anche in funzione di un rapporto causale sottostante per scopi ulteriori e diversi di natura patrimoniale rilevanti *ex art. 1322 c.c.*

In proposito, il Tribunale di Prato ha ritenuto che l'atto di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* sia efficace e meritevole di tutela *ex art. 1322 c.c.*, con riferimento al patrimonio posto a garanzia e nell'interesse del soddisfacimento dei creditori di società in crisi, ove vi sia l'intenzione di instaurare procedure di concordato preventivo: è infatti degna di riconoscimento e tutela da parte dell'ordinamento giuridico italiano la finalità di assicurare una soddisfazione proporzionale ai creditori non muniti di causa di prelazione.

Una lettura restrittiva della norma che ritenga utilizzabile l'atto di destinazione solo per finalità di pubblica utilità sarebbe illegittima e non costituzio-

nalmente orientata, oltre che in contrasto con le altre esperienze internazionali (“fiducie” in Francia e “trust” nei paesi anglosassoni, stante il fatto che la norma in questione è stata definita come il *trust* italiano), in cui gli atti di destinazione sono utilizzati per le più svariate finalità, anche di tipo commerciale o finanziario.

In tal senso, il controllo di meritevolezza *ex art.* 1322 c.c. imposto dalla norma non coincide da un lato con la mera non illiceità del contratto né dall’altro con l’utilità sociale. Non è sostenibile che solo gli scopi di tutela di un soggetto debole o disabile giustificerebbero la limitazione della responsabilità del debitore. Al contrario, il concetto di meritevolezza ed il rinvio all’art. 1322 c.c. assumono il significato di richiedere la presenza, quale base dell’atto di destinazione, di una causa diversa ed ulteriore rispetto alla mera intenzione del disponente di limitare la propria responsabilità.

Gli strumenti di tutela del patrimonio e la loro rilevanza penale nell'ambito delle procedure concorsuali

Paola Rava

Occorre affrontare alcuni profili assai delicati, attinenti al possibile rilievo penale di atti negoziali di disposizione che un singolo ponga in essere su beni di sua proprietà o di cui abbia la disponibilità in base ad un qualche titolo giuridico.

Sul tema è necessario trovare un soddisfacente equilibrio fra una pluralità di interessi contrapposti. In particolare, da un lato, è indiscutibile che il singolo possa disporre dei beni di sua proprietà come meglio crede ed anzi tale sua facoltà gode di una significativa tutela da parte dell'ordinamento italiano: la proprietà privata, oltre ad essere protetta da molteplici disposizioni del codice penale (si pensi, senza alcuna pretesa di completezza, al libro XIII del Libro secondo del codice penale), è prima ancora riconosciuta e garantita dalla nostra Carta fondamentale, all'art. 42; ciò nonostante, è d'altro canto parimenti evidente come l'ordinamento si premuri di sottolineare come il godimento del diritto di proprietà possa essere limitato e regolamentato sotto molteplici aspetti, non solo in considerazione della riconosciuta funzione sociale di tale istituto – art. 42, comma 2, Cost. –, ma vincolando altresì l'esercizio delle facoltà del proprietario anche in ragione del perseguimento di interessi di terzi – si pensi, ad esempio, alla posizione dei creditori e dell'erario –, giungendo fino a sanzionare penalmente l'inosservanza di tali disposizioni ed il conseguente irresponsabile esercizio del diritto in parola. Emblematica in questo senso è la disciplina in tema di reati di bancarotta.

L'esame delle singole disposizioni presenti nell'ordinamento penale – disciplina in tema di bancarotta, di reati tributari (art. 11 del d.lgs. n. 74/2000) ed anche la previsione di cui all'art. 388 c.p. – che sanzionano irresponsabili condotte di utilizzo dei beni mobili o immobili da parte del rispettivo proprietario dimostra infatti come lo strumento sanzionatorio penale sia sempre destinato ad intervenire solo quando si verificano determinati presupposti, che li-

mitano il potere che il proprietario vanta sul bene e richiedono la prova da parte dello stesso di comportamenti di gestione dei suoi beni funzionali al raggiungimento di interessi ulteriori e spesso radicalmente divergenti dal godimento e sfruttamento dei beni stessi.

Tale ricostruzione dei rapporti fra riconoscimento e tutela (anche costituzionale) del diritto di proprietà e sanzione penale di determinate forme di utilizzo dei beni da parte del titolare è evidentemente aderente in primo luogo al reato di bancarotta fraudolenta, ma anche alla fattispecie incriminatrice dell'art. 11 del d.lgs. n. 274; in tali ipotesi, infatti, fermo restando il diritto del singolo a gestire i propri beni come meglio ritiene, il legislatore penale a tutela di interessi pubblici sanziona determinate condotte di disposizione del bene, dirette alla frustrazione delle pretese dei creditori e dell'erario. Tra l'altro si tratta di reati che concorrono, come affermato da ultimo dalla sentenza Cass., sez. III, 20 novembre 2015, n. 3539, c.c. (dep. 27 gennaio 2016) Rv. 266133, secondo cui «È configurabile il concorso tra il delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte e quello di bancarotta fraudolenta per distrazione, atteso che le relative norme incriminatrici non regolano la "stessa materia" ex art. 15 cod. pen., data la diversità del bene giuridico tutelato (interesse fiscale al buon esito della riscossione coattiva, da un lato, ed interesse della massa dei creditori al soddisfacimento dei propri diritti, dall'altro), della natura delle fattispecie astratte (di pericolo quella fiscale, di danno quella fallimentare) e dell'elemento soggettivo (dolo specifico quanto alla prima, generico quanto alla seconda). (Fattispecie relativa al delitto previsto dall'art. 11 D.Lgs. n. 74 del 2000 nella formulazione antecedente alle modifiche introdotte dalla legge n. 122 del 2010)».

Ciò premesso, riguardo al nostro tema viene in considerazione principalmente il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione, poiché – com'è facilmente intuibile – gli strumenti di segregazione del patrimonio in questo ambito possono essere facilmente utilizzati per sottrarre i beni ai creditori, dietro uno schema apparentemente lecito, con ciò potendosi ipotizzare appunto la sussistenza del reato in discorso, premesso che il *trust* (come pure il fondo patrimoniale) è certamente di principio uno schema lecito, ma consegue il suo specifico effetto segregativo solo se, nel caso concreto, non è istituito per essere finalizzato a intenti frodativi o per aggirare o violare norme imperative.

Sul punto in giurisprudenza si rinvengono recenti e significative pronunce, specie in materia cautelare riguardo alla sottoponibilità a sequestro preventivo finalizzato alla confisca di beni costituiti in *trust* (o facenti parte di un fondo patrimoniale) o a sequestro conservativo, in tema appunto di reato di bancarotta fraudolenta per distrazione ed anche relativamente a reati tributari, pronunce che hanno elaborato principi direi universalmente validi in questa materia.

Particolarmente significativa è la recente sentenza Cass. 25 marzo 2015, n. 15804 (dep. 16 aprile 2015), rv 263391, secondo cui «È legittimo il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente di beni conferiti in “trust” dall’indagato, ove sussistano elementi presuntivi tali da far ritenere che il trust sia stato costituito a fini meramente simulatori. (Fattispecie in materia di reati tributari, bancarotta fraudolenta e riciclaggio)».

La Corte afferma che i beni immessi nel *trust* sono sottoponibili a sequestro preventivo per equivalente qualora si tratti di beni rimasti nella effettiva disponibilità dell’indagato; per verificare la sussistenza di tale ipotesi degne di rilievo sono gli elementi seguenti: il fatto che il *trust* sia stato istituito a favore di stretti familiari, il fatto che l’amministrazione dei beni del *trust* sia solo formalmente effettuata dal *trustee* e sia invece sostanzialmente compiuta dal disponente; la tempistica delle operazioni poste in essere, e cioè il fatto che esse siano a ridosso del fatto dal quale sorge la pretesa recuperatoria dello stato.

In particolare, come esposto in motivazione, i meccanismi che l’indagato/imputato può porre in essere al fine di mettere in salvo il proprio patrimonio per tentare di sfuggire alla pretesa statale di confisca dei patrimoni illecitamente accumulati, possono essere catalogati nelle seguenti categorie:

a) meccanismi di interposizione fittizia: il bene, pur essendo formalmente intestato a terzi, ricade nella sfera di disponibilità effettiva dell’indagato o del condannato: il che può avvenire sia nella fase dell’acquisto (quando il bene viene acquistato formalmente ma fittiziamente da un terzo) che della vendita dei beni (l’indagato/imputato vende fittiziamente il bene ad un terzo, rimanendo il vero proprietario);

b) meccanismi di interposizione reale: allorché l’interponente (indagato/imputato) trasferisce o intesta, ad ogni effetto di legge, taluni beni all’interposto, ma con l’accordo fiduciario sottostante che detti beni saranno detenuti, gestiti o amministrati nell’interesse del *dominus* e secondo le sue direttive, ossia tutte quelle situazioni in cui l’interposto ne è l’effettivo titolare *erga omnes*, purché legato da un rapporto fiduciario con l’interponente: Cass. n. 41051/2011, rv. 251542;

c) meccanismi di segregazione del patrimonio la cui finalità è quella della gestione controllata dei patrimoni in essi conferiti e, quindi, della loro protezione: in tale categoria rientrano sia la costituzione del trust che del fondo patrimoniale che l’ordinamento, indubbiamente, consente in quanto rispondono ad interessi ritenuti meritevoli di tutela;

d) atti di alienazione di beni a mezzo dei quali l’indagato/imputato pone in essere atti non simulati in quanto il terzo acquista realmente il bene. È l’ipotesi che si verifica quando l’indagato/imputato, piuttosto che subire la confisca,

preferisce alienare a terzi i beni, monetizzarli e, quindi, sottrarsi al provvedimento ablatorio.

A fronte di tali atti, l'ordinamento giuridico consente di porre nel nulla l'attività fraudolenta dell'indagato/imputato, sicuramente nelle ipotesi *sub a)-b)*; a certe condizioni anche nelle ipotesi *sub c)* (vedi *infra*); non è consentito, invece, aggredire, sia pure con un'azione di nullità *ex artt.* 1343 e 1344 c.c., gli atti *sub d)*.

Indicandosi in generale, con particolare riferimento alla materia cautelare in cui si inseriscono i provvedimenti di sequestro finalizzati alla confisca, o di sequestro conservativo, quale concetto rilevante quello di "disponibilità" dei beni, con richiamo alla normativa di settore (cfr da ultimo la legge n. 159/2011, artt. 24, 25 e 26), che «... è inequivoca nell'indicare che i beni possono essere sequestrati (e poi confiscati) all'indagato/imputato solo se, al momento del provvedimento di sequestro o di confisca, ne abbia la disponibilità (così, testualmente, oltre che l'art. 322 ter c.p., anche la L. n. 306 del 1992, art. 12 sexies) laddove per disponibilità si deve intendere "disponibilità attuale"».

La Corte prosegue affermando che è proprio in tale ottica, infatti, che l'unico accertamento di natura "civilistico" che, nell'ambito del procedimento di sequestro/confisca, è ammissibile è quello che tende ad appurare se i beni che appartengono formalmente a terzi, siano o meno, in realtà, nell'attuale disponibilità dell'indagato/imputato: si tratta, com'è intuitivo, di un accertamento che costituisce l'ineludibile passaggio logico-giuridico prodromico al sequestro/confisca tant'è che, nei sequestri di prevenzione, l'art. 26, legge cit., dispone che il giudice dichiari la nullità degli atti di intestazione fittizia (quindi, solo per questa particolare nullità e non per altre nullità).

Dalla suddetta univoca normativa, si desume, pertanto, che i beni di cui l'indagato/imputato abbia fatto in tempo a spogliarsi cedendoli – realmente ed effettivamente – a terzi, sfuggono ad ogni azione "recuperatoria" del Pubblico Ministero quand'anche esercitata *ex artt.* 1343 e 1344 c.c., e finalizzata ad ottenere la nullità dell'atto frodatario con ripristino *ex tunc* della situazione giuridica (*rectius*: rientro nel patrimonio del dante causa del bene ceduto con negozio nullo): la suddetta azione "recuperatoria" non è, infatti, consentita né dalla legge penale (che limita, come si è visto, l'azione ai soli casi in cui sia finalizzata a far dichiarare la nullità della simulazione assoluta) né da quella civile atteso che l'art. 69 c.p.c., (nonché l'art. 75 dell'Ordinamento giudiziario r.d. n. 12/1941, e l'art. 2907 c.c.) consente al Pubblico Ministero di esercitare l'azione civile solo "casi stabiliti dalla legge" fra i quali non rientra l'azione diretta a far dichiarare la nullità *ex artt.* 1343 e 1344 c.c. (negli stessi termini Cass. civ. n. 17764/2012).

Si tratta di una scelta legislativa ben precisa con la quale il legislatore ha inteso salvaguardare sempre e comunque l'acquisto (non simulato) del terzo, e di fronte alla quale l'interprete, presone atto, non può che arrestarsi.

Il conflitto, quindi, che va in scena nel procedimento penale, è, da una parte, fra la pretesa "recuperatoria" del Pubblico Ministero che, agendo, tende a far rientrare il bene (apparentemente) uscito dalla disponibilità del debitore/indagato nel patrimonio di costui al fine di attuare la pretesa ablatoria dello Stato, dall'altra, dal tentativo del terzo che, invocando la sua buona fede, tende a conservare il bene pervenutogli dall'indagato-imputato sostenendo che il bene è realmente di sua proprietà.

Il principio base fondamentale che regola la distribuzione dell'onere probatorio è il seguente: incombe alla pubblica accusa l'onere di dimostrare l'esistenza di situazioni che avallino concretamente l'ipotesi di una discrasia tra intestazione formale e disponibilità effettiva del bene, sicché possa affermarsi con certezza che il terzo intestatario si sia prestato alla titolarità apparente al solo fine di favorire la permanenza dell'acquisizione del bene in capo al soggetto indagato e di salvaguardarlo dal pericolo della confisca, così come spetta al giudice della cautela esplicitare poi le ragioni della ritenuta interposizione fittizia, utilizzando allo scopo non solo circostanze sintomatiche di mero spessore indiziario, ma elementi fattuali, dotati dei crismi della gravità, precisione e concordanza, idonei a sostenere, anche in chiave indiretta, l'assunto accusatorio (*ex plurimis* Cass. n. 11732/2005, rv. 231390, in motivazione – Cass. n. 3990/2008, rv. 239269 – Cass. n. 27556/2010, rv. 247722). L'onere probatorio dell'accusa consiste unicamente nel dimostrare, anche e soprattutto attraverso presunzioni plurime, gravi, precise e concordanti, che quei beni, in realtà, non sono del terzo, ma sono nella disponibilità dell'indagato "a qualsiasi titolo", per disponibilità dovendosi intendere la relazione effettuale con il bene, connotata dall'esercizio dei poteri di fatto corrispondenti al diritto di proprietà (Cass. n. 22153/2013, rv. 255950).

Sul punto, prosegue l'ampia e articolata motivazione, il legislatore, ben conscio del conflitto fra la pretesa ablatoria dello Stato e il diritto del terzo che rivendica la proprietà dei beni ricevuti dell'indagato/imputato, negando, quindi, la simulazione sostenuta dal Pubblico Ministero, in un accorto sistema di bilanciamento fra i rispettivi interessi, ha stabilito che la prova, che spetta sempre a chi agisce, ben può fondarsi anche su presunzioni che sono le più svariate: a mò di esempio, senza alcuna pretesa di esaustività, e facendo ricorso alla casistica giurisprudenziale, si possono ricordare:

a) la parentela e la convivenza fra il dante causa e l'avente causa, nonché rapporti di amicizia o di lavoro;

- b) la vicinanza temporale fra l'atto di spoliazione e il momento in cui il dante causa ha avuto la cognizione che, presto, i suoi beni sarebbero stati aggrediti dal Pubblico Ministero;
- c) la mancanza di disponibilità economica da parte dell'avente causa che giustifichi l'acquisto a titolo oneroso;
- d) la circostanza che l'avente causa ha continuato ad avere la disponibilità di fatto del bene trasferito a terzi;
- e) la gratuità dell'atto
- f) ecc.

Ed infatti, se il meccanismo utilizzato è stato quello simulatorio (interposizione fittizia o reale), l'onere probatorio non può che consistere nella prova che l'indagato/imputato sia il reale possessore del bene e che il terzo non sia altro che la classica "testa di legno".

Ciò premesso in generale, per quanto riguarda nello specifico il *trust*, si tratta di verificare (come si rinviene nel prosieguo della motivazione) se e in che limiti i suddetti principi di diritto si applichino al *trust* che, come il fondo patrimoniale, è un tipico istituto di segregazione dei beni, premesso che «... per il fondo patrimoniale, la soluzione – e cioè la confiscabilità dei beni – è stata facilmente trovata. Infatti, si è osservato che "questa Corte ha più volte posto in rilievo che ben può il sequestro preventivo riguardare anche i beni costituenti il fondo patrimoniale familiare di cui all'art. 167 c.c., giacché appartenenti al soggetto che ve li ha conferiti (da ultimo, Sez. 3, n. 40364 del 19/09/2012, Chiodini, Rv. 253681, Il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente, non presupponendo alcuna forma di responsabilità civile, può avere ad oggetto anche beni inclusi nel fondo patrimoniale familiare, in quanto appartenenti al soggetto che ve li ha conferiti. (Fattispecie nella quale, in relazione a reati fiscali, è stato ritenuto legittimo il sequestro sul 50% di un immobile appartenente al ricorrente, benché incluso nel fondo patrimoniale, dal cui atto costitutivo non emergeva alcuna destinazione per il soddisfacimento degli interessi del figlio minore; Sez. 3, n. 6290 del 14/01/2010, Zurzetto, Rv. 246191) Il sequestro preventivo può riguardare anche i beni costituenti il fondo patrimoniale familiare di cui all'art. 167 cod. civ., giacché appartenenti al soggetto che ve li ha conferiti.; Sez. 2, n. 29940 del 27/06/2007, Rv. 238760 Il sequestro preventivo può avere ad oggetto il fondo patrimoniale coniugale, poiché i vincoli di disponibilità previsti dall'art. 169 cod. civ. non riguardano la disciplina della responsabilità penale.).

Si è sottolineato, sul punto, che non può rinvenirsi alcuna incompatibilità tra il sequestro preventivo e i regimi di particolare favore assicurati dalle leggi civili a taluni beni in ragione della loro natura o destinazione. Infatti, si

è aggiunto, le norme civilistiche che definiscono la natura di taluni cespiti patrimoniali (artt. 169 e 1881 c.c.), ovvero disciplinano l'esecuzione coattiva civile (artt. 543 e 545 c.p.p.) riguardano esclusivamente la definizione della garanzia patrimoniale a fronte delle responsabilità civili, senza toccare in nulla la disciplina della responsabilità penale, nel cui esclusivo ambito ricade invece il sequestro preventivo”: Cass. n. 19099/2013, rv. 255328».

Più delicata si pone invece la questione relativa al *trust* per le peculiarità giuridiche che caratterizzano l'istituto, atteso che, come enunciato dalla Corte «... caratteristica fondamentale del suddetto istituto giuridico, è il trasferimento di beni ad un soggetto terzo, il trustee, per effetto del quale la posizione segregata diviene indifferente alle vicende attinenti sia al soggetto disponente sia al soggetto trasferitario. I beni trasferiti, pur appartenendo al trasferitario (trustee), non sono suoi: il diritto trasferito, non limitato nel suo contenuto, lo è invece nel suo esercizio, essendo finalizzato alla realizzazione degli interessi dei beneficiari. Questo meccanismo comporta che i creditori del settlor non possono soddisfarsi sui beni conferiti in trust perché essi sono nella proprietà del trustee; che i creditori del trustee non possono del pari soddisfarsi perché i beni sono oggetto di segregazione; che i creditori dei beneficiari possono soddisfarsi soltanto sulle attribuzioni che in pendenza di trust sono loro effettuate. Soltanto allo scioglimento del trust i creditori dei beneficiari potranno soddisfarsi su quanto è loro attribuito. Infine, è importante rilevare che il trust è costituito dal disponente (nella specie l'indagato/imputato) con un atto unilaterale non recettizio (cfr art. 2 Convenzione Aia ratificata con L. n. 364 del 1989) che, nel caso di specie (trust familiare) ha natura gratuita».

Ciò premesso quanto alla configurazione lecita del trust, la Corte prosegue nella motivazione, che si ritiene di riportare integralmente per la completezza ed esaustività, affermando come si debba porre attenzione «alla circostanza che il trust può essere costituito anche a fini meramente simulatori: infatti, in tale ipotesi, la giurisprudenza di questa Corte, ha chiarito che “presupposto coesenziale alla stessa natura dell'istituto è che il detto disponente perda la disponibilità di quanto abbia conferito in trust, al di là di determinati poteri che possano competergli in base alle norme costitutive. Tale condizione è ineludibile al punto che, ove risulti che la perdita del controllo dei beni da parte del disponente sia solo apparente, il trust è nullo (sham trust) e non produce l'effetto segregativo che gli è proprio”: ex plurimis Cass. 13276/2011 Rv. 249838; Cass. 21621/2014 rv. 259748».

A tal proposito «... va rammentato che la giurisprudenza di questa Corte (Cass. civ. n. 10105/2014), proprio al fine di evitare che il trust, in considerazione dei più svariati motivi per cui può essere costituito, possa diventare un facile strumento di elusione di norme imperative, ha chiarito che “... il pro-

gramma di segregazione corrisponde solo allo schema astrattamente previsto dalla Convenzione, laddove il programma concreto non può che risultare sulla base del singolo regolamento d'interessi attuato, la causa concreta del negozio, secondo la nozione da tempo recepita da questa Corte (tanto da esimersi da citazioni). Quale strumento negoziale astratto, il trust può essere piegato invero al raggiungimento dei più vari scopi pratici; occorre perciò esaminare, al fine di valutarne la liceità, le circostanze del caso di specie, da cui desumere la causa concreta dell'operazione: particolarmente rilevante in uno strumento estraneo alla nostra tradizione di diritto civile e che si affianca, in modo particolarmente efficace, ad altri esempi di intestazione fiduciaria volti all'elusione di norme imperative": ivi, in motivazione, si legge un'accurata rassegna di casi di trusts che, per un motivo o altro, sono stati dichiarati illegittimi proprio perché costituiti per finalità frodatorie o comunque in violazione di norme imperative ...

È irrilevante, quindi, che l'indagato/imputato abbia costituito un trust, se quello strumento sia stato utilizzato al fine di sottrarre i beni alla confisca.

Non si può, infatti, ne' consentire ne' ammettere che il semplice utilizzo di un lecito istituto giuridico sia sufficiente ad eludere la rigida normativa prevista nel diritto penale a presidio di norme inderogabili di diritto pubblico.

Gli elementi che, infatti, si devono ben focalizzare, al di là del programma di segregazione, sono i seguenti:

– la struttura giuridica: il trust familiare, come si è detto, è costituito dall'indagato con un semplice atto unilaterale non recettizio di natura gratuita a favore di stretti familiari;

– l'effetto giuridico: il trust rientra fra i negozi fiduciari, così come l'interposizione reale in cui l'interposto – e cioè una terza persona – a seguito di un accordo fiduciario, amministra e gestisce i beni dell'indagato: l'analogia, mutatis mutandis, fra l'interposizione reale, per la quale è pacifica l'ammissibilità del sequestro dei beni amministrati dall'interposto, con l'effetto segregativo del trust, è evidente;

– le conseguenze pratiche e fattuali: a seguito della costituzione del trust familiare, i beni dell'indagato/imputato restano comunque in ambito familiare, sicché, continuano a rimanere nella sua "disponibilità" da intendersi in senso lato, non potendo su di essa far velo l'effetto giuridico creato dallo stesso l'indagato/imputato che si limita a spogliarsi del potere dispositivo sui beni. Si rammenti, infatti, che, da sempre (sia nei processi civili che nei procedimenti di sequestro penali), l'atto gratuito a favore dei congiunti – tanto più se effettuato in tempi sospetti – è considerato l'elemento indiziaro più significativo e di per sé sufficiente a fare ritenere la simulazione dell'atto, così

come, nessuno mette in dubbio che anche l'interposizione reale (ossia un negozio fiduciario così come lo è il trust), una volta provata, rientri fra i casi in cui è ammessa la confisca».

Nel caso all'attenzione della Corte sono stati evidenziati come elementi indiziari, quali concreti indici rivelatori del fatto che l'imputato avesse continuato e continuasse ad esercitare una effettiva ingerenza sul trust, e che i beni in questione fossero pertanto a lui direttamente riconducibili:

- a) la costituzione di un trust che vedeva come beneficiari stretti famigliari;
- b) la natura gratuita dell'atto;
- c) la natura di atto unilaterale non recettizio, che esime il Pubblico Ministero anche dal provare l'intento fraudolento (l'accordo simulatorio fittizio o reale che sia) nei confronti dell'avente causa di un negozio bilaterale;
- d) la natura di negozio fiduciario del trust, che lo assimila, *mutatis mutandis*, all'interposizione reale;
- e) le conseguenze pratiche e fattuali: i beni di proprietà dell'indagato e soggetti a confisca rimasero pur sempre in ambito familiare;
- f) il periodo sospetto in cui venne effettuata la modifica rilevante per escludere ogni potere di ingerenza del disponente (la modifica rilevante per escludere ogni potere di ingerenza del disponente fu fatta in un periodo da ritenere sospetto perché immediatamente successivo al periodo finale di tutto il complesso meccanismo costituito da un'imponente opera di emissione di fatture per operazioni inesistenti e dall'attività distrattiva, e dopo gli accertamenti dell'agenzia delle entrate);
- g) la vicenda locatizia dell'appartamento detenuto dall'indagato, che dimostrava come lo stesso ne avesse disposto, pur non potendo essendo detto bene nella disponibilità giuridica del trust;
- h) tutti elementi fattuali che costituiscono univoci indici nel senso di rendere evidente la volontà meramente frodatrice (sotto il profilo della simulazione) di sottrarre i beni alla pretesa ablatoria dello Stato.

Conforme alla ampiamente citata sentenza di cui sopra è la pronuncia Cass. 24 giugno 2014, n. 46137 c.c. (dep. 7 novembre 2014), rv. 261676, ove è stata riconosciuta la legittimità di un sequestro conservativo sui beni conferiti in un trust, provvedimento adottato nel contesto di procedimento penale promosso avverso il settlor, indagato per i reati di concorso in bancarotta fraudolenta patrimoniale in relazione ad operazioni dolose, concorso in bancarotta fraudolenta documentale, concorso in bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione, contestati in relazione al fallimento di alcune società, oltre ad altri reati.

Anche in questo caso, il *trust* è stato considerato come mero espediente per creare un diaframma tra patrimonio personale e proprietà costituita in *trust*, con evidente finalità elusiva delle ragioni creditorie di terzi, comprese quelle erariali. Ciò in quanto il *settlor* non aveva di fatto «*perso la disponibilità di quanto conferito in trust, al di là di determinati poteri che possano competergli in base alle norme costitutive. Tale condizione è ineludibile al punto che, ove risulti che la perdita del controllo dei beni da parte del disponente sia solo apparente, il trust è nullo (sham trust) e non produce l'effetto segregativo che gli è proprio*».

Queste tipologie di atti sono stati infatti dichiarati simulati (e quindi nulli, o invalidi o comunque inefficaci) poiché il disponente aveva mantenuto un controllo rilevante sull'attività compiuta dal *trustee*, potendosi dunque argomentare che, di fatto, non vi era stato un effettivo spossessamento del patrimonio, ma si era perseguito l'unico fraudolento scopo di eludere i diritti dei terzi sul patrimonio del disponente.

Nella fattispecie, la mancanza dell'effetto segregativo era stata ricondotta ad alcune circostanze significative, accertate nelle fasi processuali di merito, quali, tra le altre, che:

1. l'indagato e la sua madre avevano assunto la qualifica di *settlor* e di *trustee*;

2. la costituzione del *trust* era avvenuta in un contesto temporale in cui le società fallite, delle quali l'indagato era amministratore, si trovavano in una situazione di dissesto, occultato dallo stesso indagato;

3. i beneficiari del *trust* venivano indicati nella famiglia dell'indagato e della propria madre, anche se i suoi componenti risiedevano in luoghi diversi, e dei loro discendenti in linea retta.

Sempre in ambito fallimentare si è pronunciata la sentenza 27 giugno 2014, n. 40286 c.c. (dep. 29 settembre 2014), rv. 260305, secondo cui «*In tema di sequestro conservativo, ai fini della verifica dell'appartenenza di beni mobili ed immobili all'imputato, non rileva la formale intestazione degli stessi, ma la circostanza che l'imputato ne abbia la disponibilità "uti dominus", indipendentemente dalla titolarità apparente del diritto in capo a terzi (In applicazione del principio la Corte ha ritenuto validamente operato il sequestro conservativo di beni conferiti in trust dei quali l'imputato continuava di fatto a disporre)*».

La Corte è addivenuta a tale decisione in quanto il *settlor* al di là delle forme, continua di fatto ad amministrare i beni di cui si è apparentemente spogliato, posto che «*ogni atto di gestione è condizionato dalla volontà del garante che, a sua volta, è nominato dal beneficiario, ..., la quale, evidentemente*

te, altro non è se non una mera fiduciaria dell'imputato» confermando la decisione del tribunale, secondo cui la costituzione del trust appare un mero espediente per creare un diaframma tra patrimonio personale e proprietà costituita in trust, con evidente finalità elusiva delle ragioni creditorie di terzi.

Già in precedenza peraltro la Corte di Cassazione, sempre in materia, tra l'altro, di bancarotta fraudolenta (sentenza 24 gennaio 2011, n. 13276 (dep. 30 marzo 2011), rv. 249838) aveva stabilito che i beni conferiti in un *trust* possono essere sequestrati quando ci si trovi in presenza di situazione di mera apparenza per avere il conferente conservato l'amministrazione e la piena disponibilità degli stessi.

Analoghi principi, anche se in altre materie, sono stati affermati ad esempio dalla sentenza Cass. 27 febbraio 2014, n. 21621 c.c. (dep. 27 maggio 2014), rv. 259748, la quale ha parimenti confermato che *«sono assoggettabili al sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente beni rientranti nella disponibilità dell'indagato, ancorché conferiti in trust, che l'indagato continui ad amministrare conservandone la piena disponibilità»*.

La sentenza in questione è stata resa nei confronti di un *trust* ove era confluita una società a responsabilità limitata, quest'ultima oggetto di sequestro *«sul presupposto che la stessa si trovasse al vertice di un cartello di imprese che gestiscono la totalità degli appalti pubblici in un determinato territorio italiano, rappresentando una "figura cardine per gli affari economici della cosca mafiosa lì operante", sulla scorta delle direttive impartite dalla figura apicale del sodalizio»*, il quale per tali ragioni influiva su *settlor* e *trustee*, cui aveva pure trasferito le quote di siffatta società prima che la stessa venisse segregata nel *trust*.

Secondo la Cassazione, il collegamento fra il *trust* costituito e gli originari disponenti e titolari della società è stato correttamente ravvisato in presenza di una serie di dati sintomatici, individuabili nella coincidenza fra beneficiari e disponenti del *trust*, nella comunanza di interessi economici con società riconducibili al precedente amministratore unico della società sottoposta a sequestro, nella continuità del controllo attraverso lo schermo di un rapporto lavorativo tra *settlor* e detta società e nella presenza dello stesso *settlor* fra i beneficiari del *trust*.

Analogamente la terza sezione penale della Corte di Cassazione (sentenza del 14 dicembre 2014 c.c. (dep. 10 febbraio 2015) n. 5929) ha ritenuto la legittimità di un sequestro preventivo per equivalente sui beni di un *trust*, funzionale alla loro confisca (di cui all'art. 322-ter c.p.), in quanto era stato accertato che i poteri conferiti ai guardiani (rappresentati dagli stessi indagati, accusati di evasione fiscale) inficiavano la segregazione dei beni. Dall'atto istitutivo

emergeva, infatti, lo svuotamento di poteri del *trustee*, che, per determinati atti gestionali, era subordinato al parere vincolante dei guardiani stessi, i quali nella fattispecie avevano continuato ad esercitare sui beni in questione i poteri del pieno proprietario.

In tema di reato *ex art. 640-bis c.p.* si è pronunciata sulla questione la sentenza Cass. 22 febbraio 2013, n. 22153 c.c. (dep. 23 maggio 2013), rv. 255950.

Da ultimo, nello stesso senso si può richiamare la sentenza Cass. 30 giugno 2015, n. 9229 (dep. 7 marzo 2016), in relazione a numerose ipotesi di reati tributari commessi nell'ambito di una costituita associazione per delinquere.

Significativa infine in chiusura, quanto ai rapporti tra le parti del *trust*, appare la pronuncia Cass. 23 settembre 2014, n. 50672 c.c. (dep. 3 dicembre 2014), rv. 261320, secondo cui *«Integra il reato di appropriazione indebita la condotta del “trustee” che destina i beni conferiti in “trust” a finalità proprie o comunque diverse da quelle per realizzare le quali il negozio fiduciario è stato istituito, in quanto l’instestazione formale del diritto di proprietà al trustee ha solo la valenza di una proprietà temporale, che non consente di disporre dei beni in misura piena ed esclusiva»*.

Finanziamenti infruttiferi e rilevanza ai fini del *Transfer Price*

Marco Bargagli¹

ABSTRACT

La Corte di Cassazione ha sancito la rilevanza tributaria dei finanziamenti infruttiferi ai fini della disciplina prevista in tema di corretta determinazione dei prezzi di trasferimento infragruppo (c.d. normativa sul *Transfer Price*). Con il recente arresto giurisprudenziale, il giudice di legittimità cambia radicalmente orientamento tenuto conto che, sullo specifico argomento, sempre la Corte di Cassazione si era espressa in senso diametralmente opposto, ritenendo sostanzialmente inapplicabile la disciplina in rassegna ai finanziamenti infragruppo a fronte dei quali non era previsto il pagamento di interessi. Ciò posto, nel presente intervento saranno illustrate le argomentazioni logico-giuridiche espresse da parte del supremo giudice tributario su un tema particolarmente complesso che, da sempre, crea notevoli incertezze interpretative in ambito tributario.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Ambito normativo di riferimento. – 3. La normativa nazionale. – 4. Presupposto soggettivo. – 5. Presupposto oggettivo. – 6. *Transfer Price* ed onere della prova. – 7. Il recente arresto giurisprudenziale. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Con la recente sentenza n. 7493 del 15 aprile 2016 la Corte di Cassazione ha previsto la rilevanza, ai fini della normativa sul *Transfer Price*, delle operazioni di finanziamento infruttifero poste in essere tra imprese appartenenti allo stesso gruppo.

Tale ultimo precedente giurisprudenziale si pone in netto contrasto con il diverso orientamento espresso dal supremo giudice tributario che, con la sentenza n. 15005 del 17 luglio 2015, aveva ritenuto sostanzialmente inapplicabi-

¹ Ispettore della Guardia di Finanza, in servizio presso la Sezione verifiche complesse del Nucleo Polizia Tributaria di Torino. L'articolo è svolto a titolo personale e non coinvolge la posizione dell'Amministrazione di appartenenza.

le la disciplina sui prezzi di trasferimento infragruppo ai finanziamenti *inter-company* che non generavano interessi passivi.

Le argomentazioni contenute nella citata sentenza n. 7493/2016 si fondano sul noto principio di libera concorrenza² di cui all'art. 9 del modello OCSE, dal quale discende la possibilità di valutare la congruità dei prezzi di trasferimento praticati nelle transazioni economiche poste in essere, potenzialmente produttive di componenti reddituali positivi (ricavi) o negativi (costi).

Tale valutazione, secondo l'interpretazione fornita dagli ermellini, può prescindere dalle singole pattuizioni contrattuali stabilite dai soggetti economici interessati, ivi compresa la concessione di un prestito a titolo gratuito, senza prevedere quindi l'onere di versare gli interessi passivi sul capitale concesso a mutuo.

In definitiva, l'eventuale qualificazione di infruttuosità del finanziamento concordata dalle parti non esclude, di per sé, l'applicazione delle disposizioni tributarie di carattere antielusivo previste in tema di corretta determinazione dei prezzi di trasferimento infragruppo.

2. Ambito normativo di riferimento

In un contesto economico globalizzato le multinazionali, nel diversificare le loro strategie di investimento, costituiscono imprese appartenenti allo stesso gruppo nei vari mercati esteri, in territori UE ed EXTRA-UE.

Tuttavia, occorre considerare che qualora un'impresa residente in Italia scambi beni o servizi con altre imprese controllate e/o consociate estere, il valore della cessione infragruppo deve essere determinato in base a precise regole, con lo scopo di impedire il trasferimento di utili (*rectius* "travaso di utili") dall'Italia all'estero, attuando politiche di pianificazione fiscale aggressiva creando, contestualmente, erosione di base imponibile, una distorsione del mercato e della libera concorrenza.

Nello specifico, i prezzi delle transazioni infragruppo non devono essere determinati sulla base di valutazioni soggettive riconducibili alle politiche commerciali e industriali del singolo gruppo societario, bensì devono essere in linea con il valore normale di mercato della transazione economica, in base alle regole previste dalla disciplina sui prezzi di trasferimento o "*Transfer Price*".

Da queste preliminari considerazioni si comprende bene come il *Transfer Price* costituisca un argomento di centrale importanza strategica, commerciale

² In base al principio di libera concorrenza stabilito dalle *guidelines* dell'OCSE (c.d. *Arm's lenght principle*), il valore normale di mercato applicabile nelle transazioni infragruppo è quello che sarebbe stato pattuito per transazioni similari poste in essere da imprese indipendenti.

e fiscale di grande interesse per tutti i gruppi multinazionali che, come noto, presenta notevoli profili di criticità nella sua concreta applicazione³.

La normativa sostanziale di riferimento in *subiecta materia* è prevista dall'art. 110, comma 7, d.P.R. n. 917/1986, dalla prassi interna e dalle linee Guida dell'OCSE sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali⁴.

Tuttavia, non esistono regole certe che disciplinano le modalità di determinazione dei prezzi di trasferimento *intercompany*: a titolo esemplificativo i metodi previsti dalla prassi Ocse non sono di facile applicazione, spesso mancano i soggetti comparabili che operano in settori merceologici simili al modello di *business* adottato dalla singola multinazionale residente in Italia, che sovente è caratterizzata da strategie commerciali proprie non assimilabili ad altri concorrenti.

³ Per un approfondito esame del fenomeno si rinvia, *ex multis*, ai seguenti interventi (dal più recente): M. BARGAGLI, *Transfer Price, controllo societario e onere della prova nella recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, nn. 8-9, 2016; A. CORRADI, *Transfer Pricing interno: le possibili contestazioni dei prezzi nelle transazioni interne infragruppo*, in *Il fisco*, n. 25, 2016, 1; A. FURLAN, I. MORETTI, *Repatriation per accertamenti sul Transfer Pricing*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, n. 8, 2014, 19; A. VIGNOLI, V. PERRONE, *Transfer pricing tra comparables e ricostruzione della filiera del valore*, in *Dialoghi Tributari*, n. 2, 2015, 239; G. ROLLE, V. STECCA, *Transfer Pricing e finanziamenti infragruppo: un rapporto difficile in cerca di guidelines*, in *Il fisco*, n. 43, 2015, 1-4152; M. BARGAGLI, *La disciplina sui prezzi di trasferimento è applicabile anche ai fini IRAP*, in *Amministrazione & Finanza*, n. 3, 2014, 13; P. VALENTE, *Erosione della base imponibile e profit shifting: focus sugli aggiornamenti dell'Ocse*, in *Corriere tributario*, n. 41, 2014, 3179; D. AVOLIO, E. DE ANGELIS, *Transfer Pricing e aggiustamenti prezzo in dogana: analisi comparata e soluzioni*, in *Corriere tributario*, n. 39, 2014, 3056; D. AVOLIO, E. DE ANGELIS, *Transfer Pricing e valore in dogana: esperienze a confronto e possibili soluzioni*, in *Corriere tributario*, n. 35, 2014, 2723; A. VOZZA, *Prospettive giurisprudenziali sulle rettifiche del Transfer Pricing fondate sui metodi reddituali*, in *Corriere tributario*, n. 25, 2014, 1952.

⁴ In base al principio di libera concorrenza enunciato dall'OCSE, quando imprese indipendenti pongono in essere tra di loro delle transazioni, le condizioni dei loro rapporti commerciali e finanziari (per esempio il prezzo dei beni trasferiti o dei servizi forniti e le condizioni di tale operazione) sono generalmente determinati dalle forze di mercato. Quando imprese associate effettuano transazioni, i loro rapporti commerciali e finanziari potrebbero non essere direttamente influenzati allo stesso modo da forze di mercato esterne, sebbene le imprese associate tendano spesso a riprodurre le dinamiche delle forze di mercato nelle loro transazioni. Le amministrazioni fiscali non dovrebbero presupporre sistematicamente che le imprese associate abbiano cercato di effettuare manipolazioni degli utili. Potrebbe esistere un'autentica difficoltà nel determinare in maniera accurata un prezzo di mercato in assenza di forze di mercato o nel caso in cui si adotti una particolare strategia commerciale. È importante ricordare che la necessità di effettuare rettifiche per conformarsi a transazioni di libera concorrenza sorge indipendentemente da qualsivoglia obbligo contrattuale in base al quale le parti si impegnano a pagare un determinato prezzo o indipendentemente da qualsiasi intenzione delle parti di ridurre le imposte.

Di conseguenza, le imprese si muovono in un contesto economico e commerciale caratterizzato da profonda incertezza e da un ampio margine di discrezionalità nella corretta determinazione dei prezzi di acquisto e di vendita di beni e servizi nelle transazioni infragruppo⁵.

3. La normativa nazionale

L'art. 110, comma 7, d.P.R. 917/1986, stabilisce che: *«I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato che, direttamente o indirettamente, controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti ... omissis ... se ne deriva aumento del reddito; (...)»*.

Il comma 2 del medesimo articolo prevede che: *«(...) per la determinazione del valore normale dei beni e dei servizi e, con riferimento alla data in cui si considerano conseguiti o sostenuti, per la valutazione dei corrispettivi, proventi, spese ed oneri in natura o in valuta estera, si applicano, quando non è diversamente disposto, le disposizioni dell'articolo 9 (...)»*.

In merito, l'art. 9, comma 3, d.P.R. n. 917/1986 dispone che: *«per valore normale si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni o servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquistati o prestati e in mancanza nel tempo e nel luogo più prossimi. Per la determinazione del valore normale si fa riferimento, in quanto possibile, ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle Camere di Commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso. Per i beni e i servizi soggetti a disciplina dei prezzi si fa riferimento ai provvedimenti in vigore»*.

4. Presupposto soggettivo

Come in precedenza evidenziato l'art. 110, comma 7, d.P.R. n. 917/1986

⁵ Si ricorda che il *Transfer Price*, per stessa ammissione dell'OCSE, non è una scienza esatta ma richiede un attento giudizio sia da parte dell'amministrazione fiscale sia da parte del contribuente: *«OECD Transfer Pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations, July 2010 – chapter I: the arm's length principle – it should also be recalled at this point that transfert pricing is not an exact science but does require the exercise of judgment on the part of both the tax administration and taxpayer»*.

prescrive che per procedere alla rettifica dei ricavi e/o dei costi che non risultano in linea con il valore normale di mercato, occorre che le cessioni e/o gli acquisti di beni sottoposti a controllo siano avvenute fra un'impresa italiana ed una società non residente nel territorio dello Stato, tra le quali esiste un rapporto di controllo, che può essere diretto o indiretto.

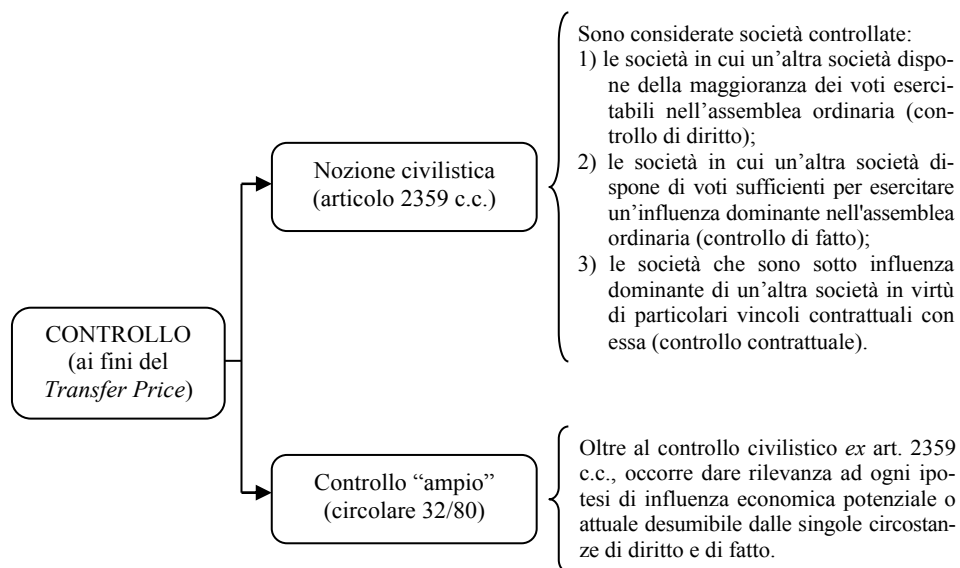
In merito, per circoscrivere la nozione di controllo societario, si deve fare riferimento in via preliminare all'art. 2359, comma 1, c.c.

Tuttavia, in ambito *Transfer Price* non è applicabile la semplice nozione civilistica di controllo societario ex art. 2359 c.c., in quanto lo stesso deve essere assunto in senso più ampio.

Tale importante concetto, è stato confermato di recente anche dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 8130/16, nella quale è stato affermato che il concetto di controllo deve essere esteso ad ogni ipotesi di influenza economica potenziale o attuale desumibile dalle singole circostanze.

In senso pressoché conforme la prassi ministeriale⁶ ha escluso che, agli effetti dell'applicazione della normativa in tema di *Transfer Price*, il controllo esercitato sull'impresa sia riconducibile nei limiti previsti dall'art. 2359 del c.c., come di seguito schematizzato.

Schema di sintesi: il controllo societario ai fini del TP



⁶ Circolare del 22 settembre 1980, n. 32 – Min. Finanze – Imposte Dirette.

5. Presupposto oggettivo

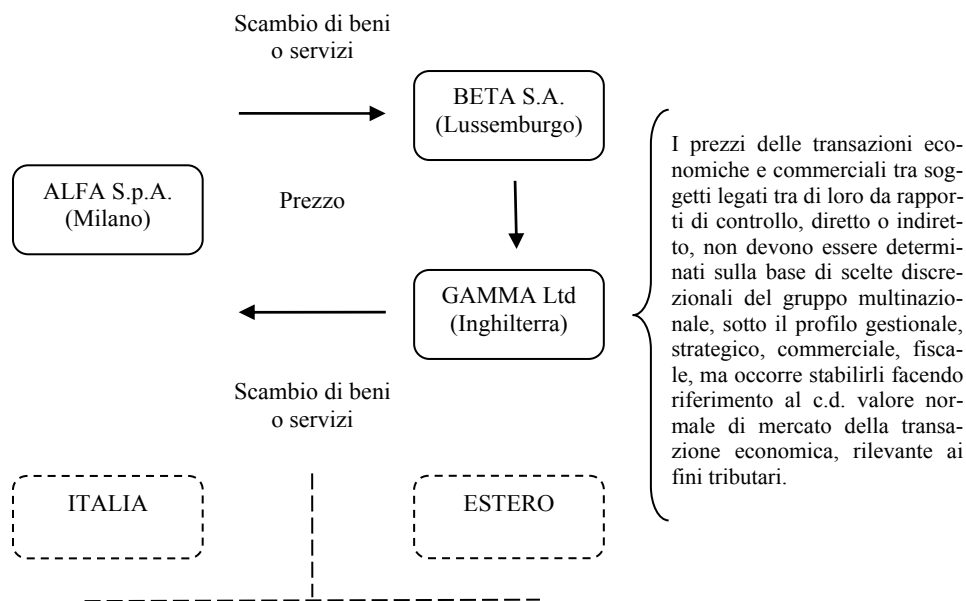
Sono soggette alla disciplina dei prezzi di trasferimento tutte le operazioni poste in essere nell'ambito dello stesso gruppo (cessioni di beni e/o prestazioni di servizi).

In particolare, sono suscettibili di rettifica i ricavi e i costi relativi a:

- operazioni economiche tra imprese italiane ed imprese non residenti controllanti (quando la società italiana è figlia di un soggetto non residente);
- operazioni economiche tra imprese italiane ed imprese non residenti controllate (in questo caso la società italiana è madre di un soggetto non residente);
- operazioni economiche tra imprese residenti ed imprese non residenti (c.d. consorelle) tutte a loro volta riconducibili, direttamente od indirettamente, ad una comune direzione unitaria, (ovvero alla società “capogruppo” o “casa madre”).

Di seguito schematizziamo i presupposti applicativi della normativa sui prezzi di trasferimento.

Schema di sintesi: *applicazione del Transfer Price*



6. Transfer Price ed onere della prova

La Corte di Cassazione, sezione Tributaria, con la sentenza numero 6656, depositata in data 6 aprile 2016, ha chiarito che grava sull'amministrazione l'onere di dimostrare che un'operazione antieconomica realizzata mediante transazioni effettuate con una società controllata o controllante estera, sia riferibile ad un maggiore reddito imponibile.

In merito il supremo giudice, richiamando un consolidato orientamento giurisprudenziale espresso da parte del giudice di legittimità⁷, ha affermato che l'onere di dimostrare che un'operazione economica realizzata all'estero, con una società controllata o controllante costituisce un maggior reddito imponibile, è posto a carico dell'Amministrazione finanziaria.

Infatti, la prova dell'asserita elusione fiscale e dei suoi presupposti, grava sempre sull'Amministrazione che intende operare le conseguenti rettifiche reddituali.

La sentenza in rassegna, consente dunque di affermare che spetta all'Ufficio finanziario dimostrare la congruità dei componenti positivi e negativi di reddito, sulla base delle tradizionali regole di determinazione dei prezzi di trasferimento.

Quindi, solo in esito ad un'articolata analisi di comparabilità ed all'applicazione del metodo più appropriato previsto dalla prassi OCSE, si potranno operare le pertinenti rettifiche in tema di *Transfer Price*⁸.

7. Il recente arresto giurisprudenziale

La Corte di Cassazione Civile, sez. V, nella sentenza n. 7493 del 15 aprile 2016, ha sancito la rilevanza fiscale dei finanziamenti infruttiferi ai fini della disciplina prevista sul tema della corretta determinazione dei prezzi di trasferimento infragruppo.

L'Agenzia delle entrate aveva emesso un avviso di accertamento con contestale recupero a tassazione di interessi attivi a carico di una società di capita-

⁷ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 13 ottobre 2006, n. 22023 e Corte di Cassazione, sentenza 16 maggio 2007, n. 11226.

⁸ 2010: *Revision of chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines* con abolizione della gerarchia tra i metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento. Attualmente, rileva la scelta del metodo più appropriato al caso specifico: «*Selection of the most appropriate transfer pricing method to the circumstance of the case*» (Chapter II, part II, letter B).

li italiana nei rapporti economici e commerciali di natura finanziaria intercorsi con la società controllata estera (lussemburghese).

Infatti, secondo la tesi dell'ufficio, i rapporti riconducibili tra i due soggetti economici si erano concretizzati nella concessione di un finanziamento produttivo di interessi, rientrando nella disciplina sui prezzi di trasferimento nonostante che la società italiana lo avesse qualificato come versamento infruttifero, in conto futuro aumento di capitale.

Nello specifico, la questione su cui si è espressa la suprema Corte riguardava la corretta qualificazione delle operazioni poste in essere e, in particolare, se: *«nel caso di finanziamenti erogati da un'impresa stabilita nel territorio dello Stato a società da essa controllate, non residenti nel territorio dello Stato, le componenti di reddito derivanti dall'operazione, per l'impresa che ha effettuato il finanziamento, devono essere valutate – quale che siano le condizioni pattuite dalle parti assumendo quale corrispettivo il valore normale del servizio prestato e se, conseguentemente, in presenza di versamenti di denaro tra i suddetti soggetti, il giudice di merito, il quale rilevi che tali rimesse siano comunque improduttive di interessi, nondimeno non possa considerare assorbita la questione della qualificazione dei negozi nei quali hanno titolo i versamenti medesimi (se cioè si tratti di somme date a mutuo ovvero in conto di futuri aumenti di capitali)»*.

La Corte di Cassazione ha dapprima rilevato che la normativa sui prezzi di trasferimento non integra una disciplina antielusiva in senso proprio, ma è finalizzata alla repressione del fenomeno economico del *Transfer Pricing*, ossia lo spostamento d'imponibile fiscale a seguito di operazioni tra società appartenenti al medesimo gruppo e soggette a normative nazionali differenti.

Sulla specifica materia, la prova gravante sull'Amministrazione finanziaria non riguarda la maggiore fiscalità nazionale ossia il concreto vantaggio fiscale conseguito dal contribuente, ma solo l'esistenza di transazioni intercorse tra imprese collegate ad un prezzo apparentemente inferiore a quello normale.

Di contro incombe sul contribuente, sulla base delle regole ordinarie di vicinanza della prova *ex art. 2697 del c.c.* ed in materia di deduzioni fiscali, l'onere di dimostrare che tali transazioni siano intervenute per valori normali di mercato da considerarsi normali alla stregua di quanto specificamente previsto dal citato art. 9, comma 3, del TUIR⁹.

In merito il giudice di legittimità richiama, in via preliminare, il recente orientamento espresso dalla stessa Corte di Cassazione, in base al quale la stipula di un finanziamento non oneroso erogato dalla società controllante a fa-

⁹ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza n. 18392/2015.

vore delle controllate, riconducibile allo schema del mutuo a titolo gratuito, non subisce limitazioni per il fatto che la controllante residente nello Stato e le società residenti in altri Paesi appartengano al medesimo gruppo societario, realizzando quindi un'operazione infragruppo transfrontaliera, non contrastando la gratuità della operazione, che esclude la pattuizione di interessi corrispettivi dovuti dalla mutuataria, con la previsione di cui all'art. 110, comma 7, d.P.R. n. 917/1986.

Infatti, l'applicazione della norma è subordinata dalla legge alla duplice condizione che dall'operazione negoziale infragruppo derivino per la società contribuente componenti positivi o negativi di reddito e che dall'applicazione del criterio del valore normale derivi un aumento del reddito imponibile.

Tali condizioni non risultano integrate nella concessione del mutuo non oneroso, essendo estranea a tale schema negoziale la stessa prestazione – avente ad oggetto la corresponsione di interessi corrispettivi – che costituisce il necessario termine di comparazione rispetto al valore normale¹⁰.

Ciò posto, nel caso oggetto della sentenza 15 aprile 2016, n. 7493, il giudice tributario ha previsto che la *ratio* della normativa sui prezzi di trasferimento va rinvenuta nel principio di libera concorrenza enunciato nell'art. 9 del Modello di Convenzione OCSE, il quale prevede la possibilità di sottoporre a tassazione gli utili derivanti da operazioni infragruppo che siano state regolate da condizioni diverse da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti in transazioni comparabili effettuate sul libero mercato.

Quindi, la valutazione “in base al valore normale” prescinde dalla capacità originaria dell'operazione di produrre reddito e, quindi, da qualsivoglia obbligo negoziale delle parti attinente al pagamento del corrispettivo (cfr. Linee guida OCSE sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali, paragrafo 1.2).

Pertanto, secondo gli ermellini, occorre esaminare la sostanza economica dell'operazione intervenuta e confrontarla con analoghe operazioni realizzate, in circostanze comparabili, in condizioni di libero mercato tra soggetti indipendenti e valutarne quindi la conformità a queste¹¹.

In definitiva, la Corte conclude affermando che:

– la qualificazione di infruttuosità del finanziamento eventualmente operata dalle parti (sulle quali incombe il relativo onere probatorio, dato il carattere normalmente oneroso del contratto di mutuo, ai sensi dell'art. 1815 c.c.), si ri-

¹⁰ Corte di Cassazione sentenze n. 27087/2014 e n. 15005/2015.

¹¹ Circa i criteri di individuazione del valore normale, cfr. Corte di Cassazione, sentenza n. 9709/2015.

vela ininfluyente, essendo di per sé inidonea ad escludere l'applicazione del criterio di valutazione in base al valore normale;

– sarebbe chiaramente irragionevole e fonte di condotte agevolmente dirette a sottrarsi alla normativa *de qua*, ritenere che l'amministrazione possa esercitare tale potere di rettifica in caso di operazioni con corrispettivo inferiore a quello normale ed anche irrisorio, mentre ciò le sia precluso nell'ipotesi di contratti a titolo gratuito.

Per tutto quanto suesposto, possiamo concludere che la disciplina sui prezzi di trasferimento si applica anche nel caso di prestiti infruttiferi, con le correlate conseguenze sul piano tributario che impongono di valutare la congruità degli interessi potenzialmente calcolabili sul capitale concesso a mutuo.

8. Considerazioni conclusive

Come ampiamente illustrato, la Corte di Cassazione ha previsto la rilevanza, ai fini del *Transfer Price*, delle operazioni di finanziamento infruttifero poste in essere tra imprese appartenenti allo stesso gruppo.

Nello specifico, le argomentazioni giuridiche espresse dal giudice di legittimità consentono di affermare che l'Amministrazione finanziaria potrà valutare, nel corso di una verifica fiscale, la congruità – in linea con il valore normale di mercato – delle operazioni poste in essere potenzialmente produttive di componenti reddituali, a prescindere dall'autonomia negoziale delle parti e delle pattuizioni contrattuali stabilite dai soggetti economici interessati.

Infatti, come detto, l'eventuale infruttuosità del finanziamento concordata dalle parti non esclude, di per sé, l'applicazione delle disposizioni in tema di corretta determinazione dei prezzi di trasferimento infragruppo.

Sulla base dell'autorevole pronuncia giurisprudenziale, le imprese ad ampio respiro internazionale che erogano denaro alle imprese controllate sotto forma ad esempio di mutuo, dovranno quindi considerare l'impatto fiscale delle operazioni di finanziamento infruttifero, anche a titolo di futuro conto di aumento di capitale, poste in essere a favore di altre società del gruppo per eventualmente favorire nuovi investimenti.

In caso contrario, si potrebbe ingenerare un nuovo contenzioso tra fisco ed imprese alimentando ulteriori profili ermeneutici da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità che, tra l'altro, proprio sul tema dei finanziamenti infruttiferi rilevanti ai fini del *Transfer Price* non ha fornito, nel tempo, un'interpretazione costante.

Segnalazioni illegittime in centrale rischi della Banca d'Italia: percorsi giurisprudenziali

Massimo Scarabello

ABSTRACT

Il presente scritto si propone di offrire, dopo una breve introduzione sulle fonti regolatrici, una panoramica generale degli orientamenti giurisprudenziali, di legittimità e merito, più e meno recenti, in ordine a presupposti e forme della segnalazione alla centrale dei rischi della Banca d'Italia da parte degli intermediari finanziari, nonché sulle conseguenze rispetto alla illegittima segnalazione e sui rimedi giurisdizionali esperibili.

SOMMARIO

1. La centrale dei rischi istituita presso la Banca d'Italia. – 2. I primi atteggiamenti della giurisprudenza di fronte alle lamentate illegittime segnalazioni. – 3. Gli sviluppi successivi e i principali orientamenti. – 4. Il presupposto della segnalazione. L'insolvenza e la sofferenza. – 5. Le forme della segnalazione. – 6. La natura della responsabilità da segnalazione illegittima. – 7. Il risarcimento del danno. – 8. Aspetti processuali.

1. La centrale dei rischi istituita presso la Banca d'Italia

Numerose le fonti che regolano il funzionamento della centrale dei rischi. È dalla lettura delle stesse che si ricavano, in sintesi, i seguenti principi.

La Banca d'Italia raccoglie e detiene le informazioni periodiche che vengono inviate dagli intermediari finanziari in ordine all'esposizione nei confronti dei propri affidati. I finanziatori e gli intermediari che intendano acquisire informazioni sui consumatori che abbiano richiesto o ricevuto un finanziamento, e ai soli fini della valutazione del "merito di credito" di quel consumatore, possono accedere alle informazioni contenute nella banca dati tenuta dalla Banca d'Italia.

Diverse sono le tipologie di segnalazioni, ovvero le categorie di censimento, esse variano per i crediti per cassa e per i crediti di firma.

Quanto alle prime (rilevanti per l'esposizione che ci si propone in questa sede), secondo la Sezione II della Circolare Banca d'Italia n. 139/1991, aggiornamento giugno 2016, si individuano: rischi autoliquidanti, rischi a scadenza, rischi a revoca, finanziamenti a procedura concorsuale e altri finanziamenti particolari, *sofferenze*.

L'aspetto più rilevante, come si vedrà, è la segnalazione previa valutazione di appostazione "a sofferenza", concetto che si rinviene espressamente nelle Istruzioni della Banca d'Italia ma che non è definito esplicitamente (salvo un richiamo all'"insolvenza", che pone più problemi di quanti ne risolve), sì da lasciare spazio a diverse interpretazioni.

Più nel dettaglio, quanto alle fonti, la centrale dei rischi è stata istituita presso la Banca d'Italia con delibera CICR 16 maggio 1962. Si tratta di un sistema informativo che concentra le informazioni sugli affidamenti concessi da ciascun intermediario ai singoli clienti (persone fisiche e giuridiche) per la successiva restituzione agli intermediari stessi dell'indebitamento globale dei rispettivi clienti verso il sistema (c.d. posizione globale di rischio).

Gli intermediari partecipanti al servizio sono le banche iscritte nell'albo di cui all'art. 13 T.U.B. e gli intermediari finanziari iscritti nell'albo e/o nell'elenco speciale di cui, rispettivamente, agli artt. 64 e 107 T.U.B., i quali esercitano in via esclusiva o prevalente l'attività di finanziamento sotto qualsiasi forma (come definita dall'art. 2 del decreto del ministro del Tesoro del 6 luglio 1994 e successive modificazioni).

I soggetti segnalati sono i clienti degli intermediari, e le segnalazioni come sopra già accennato, scattano periodicamente e allorché si verificano determinati presupposti espressamente individuati dalla disciplina.

La materia è regolata essenzialmente, direttamente o in via indiretta, dalle seguenti disposizioni, di rango primario o secondario:

A. art. 53, comma 1, lett. b), T.U.B., che attribuisce alla Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, il potere di emanare disposizioni di carattere generale concernenti il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni;

B. art. 67, comma 1, lett. b), T.U.B., che attribuisce alla Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, la facoltà di impartire alla capogruppo, con provvedimenti di carattere generale o particolare, disposizioni concernenti il gruppo bancario complessivamente considerato o i suoi componenti, aventi ad oggetto il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni;

C. art. 107, comma 2, T.U.B., che attribuisce alla Banca d'Italia, in con-

formità alle deliberazioni del CICR, il compito di dettare agli intermediari iscritti nell'elenco speciale contemplato in tale articolo disposizioni aventi ad oggetto il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni;

D. art. 51 T.U.B., che dispone che le banche inviino alla Banca d'Italia, con le modalità e i termini da essa stabiliti, le segnalazioni periodiche, nonché ogni altro dato e documento richiesto;

E. delibera CICR 29 marzo 1994, che detta i principi generali relativi al servizio di centralizzazione dei rischi (carattere riservato, obbligo di riservatezza a carico degli intermediari partecipanti al servizio verso qualsiasi soggetto estraneo a tale sistema, diritto di accesso ai propri dati personali a favore delle persone censite nelle anagrafi della Centrale rischi);

F. Circolare della Banca d'Italia n. 139 dell'11 febbraio 1991 "Centrale dei rischi. Istruzioni per gli intermediari creditizi" 15° aggiornamento – giugno 2016;

G. d.lgs. n. 196/2003, contenente il Codice in materia di protezione dei dati personali.

Scopo della Centrale dei rischi, come specificato nelle Istruzioni, è quello *«di fornire ai soggetti tenuti ad effettuare le segnalazioni uno strumento informativo in grado di accrescere la loro capacità di valutazione e di controllo della clientela»*.

La Circolare n. 139, poi, precisa che *«l'obiettivo perseguito è di contribuire a migliorare la qualità degli impieghi degli intermediari partecipanti e, in ultima analisi, ad accrescere la stabilità del sistema creditizio»*.

Il servizio tutela dunque gli intermediari partecipanti dal "rischio di credito", particolarmente rilevante per soggetti la cui attività principale è proprio quella creditizia.

Il "rischio di credito" è definito come il rischio di variazioni di valore delle attività finanziarie, riconducibile all'impossibilità per il debitore di far fronte alle obbligazioni contrattualmente assunte.

La manifestazione di tale rischio si verifica in caso di effettiva insolvenza della controparte ovvero qualora la "qualità" del debitore subisca uno "stabile deterioramento", secondo una valutazione soggettiva della banca, ciò che integra il fondamentale concetto di "sofferenza".

Il "rischio di credito", poi, assume ancora maggiore significato a livello di attività creditizia complessiva dell'intermediario. Posto che è fisiologico il manifestarsi di un certo numero di insolvenze nell'ambito di un'attività esercitata su larga scala, in questo senso, il "rischio di credito" va inteso come il rischio che le perdite complessive riscontrate a causa delle insolvenze siano superiori alle perdite attese da parte della banca.

Diversi, rilevanti e contrapposti gli interessi in gioco in questa materia. Da un lato l'importanza e la centralità dell'informazione, soprattutto nel mercato del credito. La conoscenza delle caratteristiche della controparte (e della loro variazione nel tempo) non può che consentire di calibrare e individualizzare le condizioni contrattuali in funzione delle capacità solutorie dei singoli contraenti.

La produzione di informazioni, fulcro della centrale dei rischi, assolve anche ad una funzione pubblicistica. Una consapevole e prudente gestione del credito da parte degli intermediari aiuta a conseguire l'obiettivo della stabilità, efficienza e competitività del sistema finanziario, ossia le finalità di vigilanza in materia creditizia contemplate dall'art. 5 T.U.B. riservate alla Banca d'Italia e alle autorità creditizie.

La centrale dei rischi assolve, poi, tradizionalmente, anche ad un'altra funzione. Essa riesce a prevenire il fenomeno del c.d. cumulo dei fidi, che si verifica quando il cliente chiede la concessione di credito a più banche, per importi parcellizzati, invece che ad un solo intermediario per un unico valore complessivo, al fine di eludere i controlli della banca sulla sua situazione patrimoniale e finanziaria in sede di istruttoria di fido.

Ma il contrattare di queste pur rilevanti funzioni è proprio la materia trattata dalla centrale dei rischi: le informazioni sui debitori e sulla loro capacità solutoria.

Le segnalazioni di situazioni di sofferenza toccano principi fondamentali, dalla libertà di iniziativa economica alla riservatezza dei soggetti, trattando dati che, secondo autorevoli interpretazioni di cui si dirà *infra*, rientrano nella protezione assicurata ex d.lgs. n. 196/2003 (Codice della privacy).

Entro questa cornice si muoverà dunque l'analisi dei percorsi giurisprudenziali che ci si propone, non dimenticando che la contrapposizione degli interessi rilevanti, unitamente alla particolarità del momento storico, segnato da una pesante e durevole crisi economica, contribuiscono alla crescita esponenziale del contenzioso bancario in genere e, in specie, alle contestazioni che si fondano proprio sul carattere legittimo o meno della segnalazione alla centrale dei rischi ed alle conseguenze in ordine al risarcimento del danno.

2. I primi atteggiamenti della giurisprudenza di fronte alle lamentate illegittime segnalazioni

Le pronunzie di merito più risalenti negavano decisamente ingresso a qualsivoglia tutela giudiziale, d'urgenza ovvero ordinaria, ritenendo la segnalazio-

ne “atto dovuto” e insussistente per converso una posizione soggettiva tutelabile in capo al soggetto segnalato (cfr. Trib. Crotone, 23 gennaio 1993 – in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1994, II, 595 – Trib. Roma, 3 novembre 1995, in *Banca, borsa, cit.*, 1997, II, 492). La decisione del Tribunale di Roma, poi, indicava in termini deontici la segnalazione, rimettendo al “prudente apprezzamento” della banca la valutazione della situazione di “sofferenza” che ne costituiva il presupposto (cfr., in punto, *infra*).

Era già sul piano sostanziale, prima ancora che processuale, che si negava una posizione soggettiva rilevante e tutelabile in capo al cliente per questo tipo di attività della banca.

Contemporaneamente a tali orientamenti negativi, si stavano sviluppando però nuove interpretazioni che ritenevano rilevante, sotto il profilo della responsabilità degli istituti bancari (poi si vedrà che tipo di responsabilità), l’agire corretto della banca nella valutazione circa l’effettiva sussistenza del presupposto della segnalazione. Argomenti che evidentemente ruotavano intorno ai concetti di “sofferenza” o “insolvenza” ed alla relativa corretta ponderazione da parte della banca.

Merita in proposito di essere segnalata l’ordinanza Trib. Cagliari, 28 novembre 1995 (in *Riv. giur. Sarda*, 1997, 96). La decisione, resa in sede di reclamo avverso provvedimento *ex art.* 700 c.p.c., afferma importanti principi. Da un lato – e tale aspetto si approfondirà *infra* – ammette che sia tutelabile in via d’urgenza la situazione soggettiva di cui il privato illegittimamente segnalato lamenta la violazione. Dall’altro, sul piano sostanziale, individua la possibilità di una segnalazione illegittima (in quel caso si trattava di una esposizione inesistente) con la conseguente illegittima compressione del diritto del soggetto e l’idoneità a pregiudicarla irrimediabilmente.

Nello specifico, il provvedimento cagliaritano delinea i primi percorsi argomentativi in ordine al tipo di responsabilità della banca (extracontrattuale ovvero contrattuale) ed al merito della illegittima segnalazione.

Sotto il primo aspetto, si distingue il tipo di responsabilità a seconda che il rapporto fra la banca e il cliente sia già operante (responsabilità contrattuale) oppure no (responsabilità extracontrattuale).

Sotto il secondo aspetto, l’ordinanza affronta e enuclea diversi profili di illegittimità della segnalazione.

Da ultimo, sul piano dell’individuazione del danno sofferto dal cliente, si indica come esso possa non solo consistere nella futura mancata erogazione del credito da parte della banca segnalante, ma anche da parte di altri istituti di credito, proprio per la naturale circolarità delle informazioni della centrale dei rischi.

3. Gli sviluppi successivi e i principali orientamenti

I provvedimenti sopra segnalati risalgono ad un momento storico in cui il contenzioso bancario non era, come è invece oggi, un fenomeno a sé stante nell'ambito del contenzioso civile.

Ciò spiega perché in quel periodo non molte sono state le pronunzie che hanno affrontato la questione della illegittima segnalazione alla centrale dei rischi.

Occorrerà attendere qualche anno per trovare invece una ricca produzione giurisprudenziale sul tema.

Ecco dunque gli sviluppi interpretativi successivi e i principali temi dibattuti dalla giurisprudenza sul tema oggetto dello studio.

4. Il presupposto della segnalazione. L'insolvenza e la sofferenza

Si è visto che accanto a elementi per così dire certi, al ricorrere dei quali la segnalazione è obbligatoria e sostanzialmente non contestabile (a meno che non si rilevi l'erroneità del dato contabile/finanziario attribuito al cliente, che ha determinato la segnalazione), il presupposto legittimante la indicazione a centrale rischi è la appostazione a "sofferenza" della posizione. Si tratta di posizioni nei confronti di "soggetti in stato di insolvenza, anche non accertato giudizialmente, o in situazioni equiparabili" (cfr. Circolare Banca d'Italia n. 139/1991, cit.)

La segnalazione rimanda dunque ad un primo dato definitorio, "sofferenza" che a sua volta richiama un ulteriore elemento – l'"insolvenza" – quale suo presupposto.

Ora, a prima vista – trattandosi dell'utilizzo di un termine proprio – si potrebbe pensare alla necessità di riferirsi all'insolvenza quale definita nell'art. 5 l. fall.

Diversi sono tuttavia gli elementi che rendono quanto meno dubbia l'opportunità di trattare l'insolvenza di cui ai fini che qua interessano come l'insolvenza-presupposto per la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore.

Invero, si deve muovere da un dato di contesto indubbiamente rilevante. La descrizione dell'insolvenza di cui alla disciplina fallimentare è finalizzata a consentire di individuare il presupposto perché si apra quella fase anomala della vita dell'impresa finalizzata a dar soddisfazione ai creditori. Ciò che avviene quando gli "inadempimenti" o gli altri "fattori esteriori" dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

Nell'ambito dell'obbligo di segnalazione della sofferenza, invece, il contesto è tutt'affatto differente: si tratta di verificare il momento nel quale la difficoltà del debitore renda opportuna (e necessaria) la "centralizzazione" di tale notizia, per consentire le opportune valutazioni al sistema bancario e finanziario.

Evidente che una segnalazione effettuata nel momento dell'insolvenza "fallimentare" rischierebbe di frustrare le finalità stesse per cui la segnalazione è prevista, in quanto giungerebbe "troppo tardi".

Ciò posto, e considerate le finalità di questa narrazione, conviene passare in rassegna i principali orientamenti espressi dalla giurisprudenza su questo tema specifico.

La già citata Trib. Roma, 3 novembre 1995 ritiene che sia rimessa alla piena discrezionalità della Banca la valutazione in termini di sofferenza e di insolvenza della posizione del debitore, sì da disancorare il presupposto da qualsivoglia parametro normativo di riferimento, rendendo dunque sostanzialmente impossibile (salvo errori macroscopici circa l'esistenza stessa della situazione debitoria) per il privato dolersi del "merito" della segnalazione e contestarne la legittimità.

Nello stesso senso, sostanzialmente, Trib. Avezzano, 12 giugno 1998 (in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1999, II, 452 ss.), che non ravvisa nemmeno la facoltà, in capo alla autorità giudiziaria, di ordinare la cancellazione delle segnalazioni in centrale rischi, respingendo la richiesta cautelare.

Con Trib. Roma, 10 marzo 1998 (in *Banca, borsa e titoli di credito*, cit., *ibidem*) la individuazione dello stato di insolvenza viene invece ancorata alla definizione che ne offre la legge fallimentare, sicché solo allorché si dimostri in giudizio che l'imprenditore versasse, al momento della segnalazione, in quelle condizioni la segnalazione potrà dirsi legittima.

Ancora, Trib. Roma, 5 agosto 1998 (in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1999, II, 459) ritiene che la condotta della Banca segnalante sia lecita in quanto la valutazione della situazione del debitore sia stata operata tenendo conto del parametro di cui all'art. 5 l. fall. e che a tale fine debba essere considerata la complessiva posizione del debitore, non essendo invece sufficiente una valutazione fondata sulla sola difficoltà di adempiere al pagamento di un debito verso l'istituto di credito.

Più di recente, Trib. Foggia, 19 dicembre 2003 (in *www.dirittobancario.it* – estr. giugno 2016) si discosta dall'orientamento appena illustrato, così argomentando: «(...) *A parere di questo giudice il parametro di riferimento a cui l'istituto bancario segnalante deve ancorare il proprio giudizio non può essere ravvisato nel concetto di insolvenza di cui all'art. 5 L. Fall., avendosi riguardo a differenti tessuti normativi in cui rilevano scopi ed interessi non assimilabili tra loro.*

Come si è giustamente osservato in dottrina, infatti, in un caso (quello della legge fallimentare) si tratta di identificare il momento in cui convenga procedere, in luogo dell'esecuzione individuale, alla tutela collettiva della massa dei creditori di una determinata impresa e alla sostituzione coattiva di un imprenditore che, in base ad un'analisi globale di tipo dinamico e prospettico, sia risultato non più capace di garantire una gestione efficiente e redditizia dell'organismo produttivo; nell'altro caso, si tratta di stabilire invece se una determinata posizione creditoria (facente capo ad una banca o ad altro intermediario finanziario, nei confronti di un soggetto non necessariamente imprenditore) debba essere segnalata alla Centrale dei Rischi ed eventualmente nella categoria delle sofferenze, ossia se una segnalazione così fatta corrisponda all'interesse degli intermediari partecipanti al servizio di centralizzazione dei rischi creditizi, di mettere a disposizione reciprocamente l'uno dell'altro uno strumento informativo in grado di accrescere la loro capacità di valutazione e di controllo della clientela.

Stante la funzione di pubblicità a tutela del mercato creditizio, allora, il giudizio che giustifica la segnalazione non può non tener conto di tale precipua finalità e deve essere orientato nel senso di valutare, alla luce della complessiva situazione finanziaria del cliente, il pericolo (per il segnalante e per altri eventuali futuri creditori) di inadempimento del debitore, nonché le difficoltà di esazione del credito. Tale valutazione è per se stessa sufficiente a giustificare l'allarme, giacché pone gli altri istituti bancari in condizione di conoscere l'oggettiva difficoltà economico-finanziaria del debitore. (...)».

Si riportano ancora, in uno sviluppo diacronico, altre pronunzie sul tema.

Tribunale S. Maria Capua Vetere, 5 febbraio 2006 (www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/ban.php?id_cont=250.php – estr. giugno 2016) pare discostarsi dal concetto concorsuale di insolvenza e attribuisce rilevanza a «(...)la liquidità del soggetto, la sua capacità produttiva e reddituale, la situazione di mercato in cui opera, l'ammontare complessivo del credito, fermo restando che non possono tali elementi integrare da soli i presupposti per la segnalazione laddove la concreta situazione del cliente non crei allarme quanto alla sua generale solvibilità (...)».

Nello stesso senso, Trib. Parma, 21 settembre 2006 (www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/ban.php?id_cont=400.php – estr. giugno 2016).

Ancora più esplicitamente, Trib. Parma, 6 dicembre 2006 (www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/ban.php?id_cont=451.php – estr. giugno 2016) rileva che non occorre – per ritenere legittima la segnalazione – uno stato di cronica ed irreversibile situazione di insolvenza, ma la difficoltà di adempimento «(...) deve essere connotata da caratteristiche di oggettività tali da incidere sulle possibilità di recupero del credito (...)».

In termini, Trib. Trapani, 20 gennaio 2009 (www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/ban.php?id_cont=1483.php – estr. giugno 2016).

Da ultimo, non si può non ricordare che Cass. n. 1725/2015 (la si può leggere, fra l'altro, in <http://www.unijuris.it/sites/default/files/sentenze/Cass.29%20gennaio%202015%20n.%201725.pdf> – estr. giugno 2016) ritiene che, ai fini della segnalazione, *sia sufficiente una valutazione negativa della situazione patrimoniale, apprezzata come deficitaria, ovvero come grave (e non transitoria) difficoltà economica, non coincidente con l'insolvenza rilevante a fini fallimentari.*

Ora, la affermazione, costante nella giurisprudenza più recente, per cui occorre rinvenire nella complessiva situazione del debitore una seria e stabile difficoltà nel far fronte alle proprie obbligazioni, riporta immediatamente all'ulteriore tematica, strettamente connessa con quella appena trattata, relativa alla contrapposizione fra la tesi che potremmo definire atomistica e quella, invece, sintetica.

La tesi da ultimo affermata anche dalla Corte di legittimità è evidentemente espressione dell'opinione che poggia sulla necessità di valutare sinteticamente e complessivamente la posizione del debitore “segnalando”.

Difficilmente, per contro, si rinvengono decisioni che argomentano circa la sufficienza della valutazione (negativa) della solvibilità del cliente fondata sull'inadempimento o sul ritardo, pur grave, nell'adempimento di un solo contratto.

Sul punto, vale la pena richiamare Trib. Milano, 21 novembre 2012 (in <http://www.altalex.com/documents/news/2013/09/17/mancato-pagamento-rate-di-mutuo-e-segnalazione-legittima-in-centrale-rischi> – estr. luglio 2016), in cui si ritiene da un lato che la segnalazione della Banca sia legittima anche relativamente a patologiche vicende inerenti un solo rapporto (nella specie si trattava della restituzione periodica di somme erogate a titolo di mutuo, in cui il debitore risultava gravemente inadempiente), ma nello stesso tempo si sostiene la necessità di una valutazione complessiva della situazione finanziaria del debitore, per pesarne, appunto, la capacità di far fronte alle obbligazioni contratte o il rischio di insolvenza.

Ciò a dire che, in giurisprudenza, si è andata consolidando e si può ormai ritenere pacifica, la teoria sintetica, che richiede, ai fini che ci riguardano, una valutazione non limitata al singolo rapporto inadempito ma alla complessiva condizione del soggetto della cui segnalazione si tratta.

Indicazione del resto recepita nella già citata Circolare Banca d'Italia n. 139/1991 nell'aggiornamento giugno 2016, ove espressamente è previsto che «*L'appostazione a sofferenza implica una valutazione da parte dell'intermediario della complessiva situazione finanziaria del cliente e non può originare*

automaticamente al verificarsi di singoli specifici eventi quali, ad esempio, uno o più ritardi nel pagamento del debito o la contestazione del credito da parte del debitore».

5. Le forme della segnalazione

L'art. 4, comma 7 del "Codice di Deontologia e buona condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti" approvato dal Garante della Privacy del 2004 e in vigore dal primo gennaio 2005 prevede che l'interessato-segnalando debba essere preavvertito dell'imminente segnalazione.

L'aggiornamento di aprile 2011 della più volte citata Circolare della Banca d'Italia n. 139/1991, concernente le Istruzioni per gli intermediari partecipanti al sistema informativo, introduce anche per la centrale dei rischi della Banca d'Italia l'obbligo dell'informativa preventiva, ma con talune limitazioni: solo se si tratta di un cliente consumatore e solo se la segnalazione è relativa ad un inadempimento persistente ovvero ad una sofferenza.

Ora, va subito evidenziato che il par. 1.5 del Capitolo II della medesima Circolare – aggiornamento giugno 2016 – prevede che le «*Gli intermediari devono informare per iscritto il cliente e gli eventuali coobbligati (garanti, soci illimitatamente responsabili) la prima volta che lo segnalano a sofferenza*».

Ci si potrebbe dunque chiedere se la segnalazione a sofferenza prescindendo dalla natura di consumatore del cliente, ai fini dell'obbligo della segnalazione preventiva, posto che in tale parte della Circolare la limitazione non è contemplata, a differenza che nella parte generale e afferente l'obbligo di informativa.

Trattandosi peraltro di fonte di rango subordinato, non idonea a produrre diritti e obblighi ma indirizzante il comportamento dei sottoposti alla vigilanza della Banca d'Italia (solo se conforme a legge), risulta in ogni caso difficile individuare la creazione di situazioni giuridiche soggettive ovvero la relativa violazione sulle sole previsioni della Circolare.

Si vedano dunque gli orientamenti in punto espressi dalla giurisprudenza.

Trib. Foggia, 15 novembre 2014, deriva l'obbligo di preavviso della segnalazione in caso di appostazione a sofferenza dal testo delle disposizioni sopra citate nonché dall'applicazione del principio di buona fede (nell'esecuzione del rapporto). Ove l'iscrizione e la segnalazione non sia automatica (al verificarsi di elementi certi) ma comporti una valutazione più o meno discrezionale da parte dell'istituto e comunque ad ampio spettro circa la solvibilità del cliente,

appare necessario che sia instaurato un “contraddittorio” con la controparte del rapporto prima della segnalazione (v. www.tidona.com/pubblicazioni/giurisprudenza-bancaria/giurisprudenza_trib-foggia_15-11-2014.htm – estr. luglio 2016).

Nello stesso senso Trib Verona, 7 luglio 2014 (in www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/10761.pdf – estr. luglio 2016), che specifica «(...)assume particolare rilevanza l'obbligo dell'intermediario di dare informativa al cliente precedentemente alla prima segnalazione effettuata a suo carico, come espressamente previsto per la segnalazione a sofferenza nella C.R. Banca d'Italia con il 13o Aggiornamento del 2010 della Circolare n. 139/91 e per le segnalazioni relative a rapporti di credito al consumo effettuate presso qualunque centrale rischi, sia pubblica che privata, dal novellato art. 125, 3 comma, T.U.B. (cfr. D.Lgs. 141/10), trattandosi in entrambi i casi di obbligo che, trovando il proprio fondamento nella finalità di consentire al cliente di essere messo tempestivamente a conoscenza del rischio dell'associazione al proprio nominativo di un'informazione negativa incidente sul proprio merito creditizio al fine di consentirgli di valutare ed assumere le iniziative idonee ad evitare la segnalazione, costituisce concretizzazione del più generale obbligo di solidarietà tra controparti contrattuali; che l'emersione di detta duplice valenza dell'attività di raccolta e trasmissione dati alle centrali rischi, in chiave di privacy e di solidarietà contrattuale, determina la possibilità dell'insorgenza contemporanea di un duplice titolo di responsabilità, cioè extracontrattuale nella misura in cui l'attività dell'intermediario abbia determinato un illecito trattamento dei dati personali del segnalato e la lesione di un diritto soggettivo perfetto (riconducibile sostanzialmente alla categoria dei c.d. diritti della personalità, quali il diritto all'immagine, alla riservatezza, alla reputazione personale e commerciale) e contrattuale quando l'indebito trattamento dei dati integri (anche) la violazione di obblighi che presiedono al corretto svolgimento del rapporto tra l'intermediario e il suo cliente, per “... violazione degli obblighi di protezione discendenti dalla clausola di buona fede in executivis (tra i quali è compreso quello relativo alla verifica della correttezza delle informazioni rese ai terzi) (cfr. ABF, 16 aprile 2010, n. 241), non restando ciò senza effetto vuoi sul piano strettamente processuale che su quello della tutela di volta in volta concretamente ottenibile (...)».

Ora, se il principio di buona fede nello svolgimento del rapporto, la presenza di disposizioni regolamentari che prevedono che l'intermediario debba segnalare preventivamente l'appostazione a sofferenza e la conseguente prossima segnalazione con riferimento al cliente consumatore, la natura di diritto soggettivo perfetto al lecito trattamento dei dati personali (sul punto, vedi anche *infra* ove si tratterà della natura della responsabilità per l'illecita segnalazione), rendono particolarmente elevato il grado di tutela del privato, appare

evidente che – indipendentemente dalla legittimità o meno della valutazione operata dall'intermediario in ordine al merito della segnalazione – di per sé la mancanza di preavviso costituisce violazione di una situazione soggettiva contrattuale o extracontrattuale, tutelabile (secondo la giurisprudenza) con il rimedio cautelare atipico *ex art. 700 c.p.c.*

Quanto al contenuto ed ai requisiti del preavviso di segnalazione, Trib. Forlì, 26 ottobre 2015, specifica che esso deve essere chiaro nel riferimento alla circostanza che l'intermediario sta per effettuare la segnalazione a sofferenza e deve giungere al cliente in tempo utile perché questi possa adottare gli strumenti di tutela che ritiene idonei.

In ordine all'onere della prova circa l'avvenuto invio del preavviso, non vi sono particolari contrasti in giurisprudenza circa l'applicazione dell'ordinario criterio di ripartizione dell'onere della prova: in caso di contestazione sull'effettività dell'invio del preavviso, sarà la Banca a dover dimostrare di aver effettivamente portato a conoscenza del destinatario l'informazione circa l'imminente segnalazione (cfr. in merito, Trib. Bologna, 13 luglio 2015, in www.studio-pioggia.com/wp-content/uploads/2015/10/TRIB-TERZA-SEZ.CIVILE-PER-B.pdf – estr. luglio 2016).

6. La natura della responsabilità da segnalazione illegittima

Sino a questo momento si è detto del presupposto della segnalazione, della sua forma ed in specie dell'obbligo di preavviso in determinate situazioni, della ammissibilità di un sindacato giurisdizionale sul merito alla segnalazione stessa (cfr. *infra* più approfonditamente), ed occorre ora giungere a quello che forse è il tema di maggior interesse, anche teorico, ossia la natura della responsabilità dell'intermediario ove si constati che la segnalazione non dovesse essere effettuata.

Tale tema è peraltro strettamente connesso con quello inerente l'individuazione del tipo di tutela che viene riconosciuta in simili casi al cliente oggetto di illecita segnalazione.

A fronte dei più risalenti orientamenti che negavano *tout court* la sindacabilità della attività di segnalazione dell'intermediario (cfr. *supra*), quasi che la posizione contrattuale del privato rispetto all'istituto di credito potesse degradare a interesse semplice a fronte, verosimilmente, di una attività in cui l'elemento finalistico di natura pubblicistica era inteso in modo particolarmente pregnante, in coerenza con l'evoluzione interpretativa di cui si è fatta menzione, è necessariamente mutata la qualificazione delle posizioni soggettive coin-

volte e, per conseguenza, la natura della responsabilità da illecito consistente nella illegittima segnalazione.

La già citata Trib. Cagliari, 28 novembre 1995, riconosce che la responsabilità dell'intermediario per la illegittima segnalazione possa assumere sia natura contrattuale che extracontrattuale, a seconda che il rapporto fra le parti sia o meno già in atto.

In altri termini, ove il rapporto sia in corso, i doveri di comportamento corretto e secondo buona fede che circondano le obbligazioni principali dedotte nel rapporto contrattuale impongono che, a fianco della valutazione circa la scorrettezza della segnalazione, sia ravvisabile una responsabilità contrattuale dell'intermediario produttiva (potenzialmente, cfr. *infra*) di un danno risarcibile.

Ove invece il rapporto non sia in essere, perché, ad esempio, la Banca ha risolto il rapporto e in seguito provveduto alla segnalazione, non di meno *il fatto* della segnalazione, se illecito, è in ogni caso produttivo di un danno ingiusto risarcibile *ex art.* 2043 c.c. Ovviamente l'illiceità del fatto della segnalazione può configurarsi solo ove essa non risponda ai canoni ed alle prescrizioni che tendono a identificare il presupposto della segnalazione, *id est*, come si è visto, la apostazione a sofferenza della situazione debitoria.

Maggiori e più approfondite elaborazioni si rinvencono nella giurisprudenza successiva, in parte e ad altri fini già indicata.

Ad esempio, nel momento in cui si afferma che la segnalazione alla centrale dei rischi è attività che rientra nell'ambito dell'applicazione della normativa sulla "privacy", appare evidente che la lesione dei diritti che consegue al trattamento illecito dei dati personali cagiona un danno di natura extracontrattuale.

Si veda in proposito, Cass. n. 7859/2009 (in www.italgiure.giustizia.it – estr. luglio 2016), che così argomenta «*Nella gestione della Centrale dei Rischi, la Banca d'Italia non si sottrae alla disciplina generale in tema di trattamento dei dati personali, dettata dal d.lgs. 3 giugno 2003, n. 196, in quanto la riconducibilità di tale trattamento all'ipotesi prevista dall'art. 8, comma 2, lettera d), del d.lgs. cit. esclude soltanto l'applicabilità della tutela amministrativa e di quella alternativa alla tutela giurisdizionale, ma non anche di quella giurisdizionale prevista dall'art. 152 e di quella dinanzi al Garante nelle forme previste dall'art. 141, lettere a) e b): è pertanto configurabile una responsabilità civile della Banca d'Italia in relazione ai danni cagionati dal predetto trattamento, ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. cit., con la conseguenza che spetta alla medesima Banca la legittimazione passiva in ordine all'azione proposta dall'interessato per ottenere la rettifica o la cancellazione della segnalazione erroneamente effettuata, in ordine alla quale il giudice, ai sensi dell'art. 152, comma 12, può provvedere anche in deroga al*

divieto di cui all'art. 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E.».

Cass. n. 12626/2010, poi (in www.personaedanno.it – estr. luglio 2016) ritiene che il danno derivante dalla illegittima segnalazione integri un danno alla immagine della persona giuridica, di natura extracontrattuale e risarcibile anche con una liquidazione equitativa (sul punto vedi *infra*).

Nulla vieta, peraltro, che – nel singolo caso oggetto di esame – possano ravvisarsi entrambe le forme di responsabilità, discendenti dallo stesso comportamento. Da un lato infatti è innegabile che il complesso delle obbligazioni, anche accessorie, che sono riconnesse ad un rapporto contrattuale specifico banca-cliente ricomprenda anche obbligazioni di natura accessoria e oneri comportamentali ancorati al canone della buona fede, la cui violazione va evidentemente riconnessa a quel singolo rapporto.

Dall'altro è pure evidente che, per la particolare natura della “materia” su cui va a incidere la violazione, ossia diritti della personalità, assoluti, essa possa ricondursi nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 2050 c.c., del resto richiamata espressamente dall'art. 15 del d.lgs. n. 193/2006.

7. Il risarcimento del danno

Il tema è strettamente connesso a quello della natura della responsabilità per illegittima segnalazione e va esaminato congiuntamente a quello inerente l'onere della prova del danno subito per effetto del comportamento dell'intermediario.

Sotto questo aspetto, giova subito indicare che la giurisprudenza in materia non è unitaria, e si registra una tesi che ritiene che, una volta dimostrata l'illegittimità della segnalazione, il danno sia sussistente e risarcibile, senza bisogno di prova alcuna del pregiudizio subito (danno *in re ipsa*), accanto a un'altra che, almeno quanto al danno patrimoniale, reputa necessario che il cliente provi specificamente quali conseguenze negative siano derivate per effetto della segnalazione illegittima.

La prima tesi riconnette l'*an* del danno alla violazione in quanto tale. La stessa illegittima segnalazione è di per sé un danno risarcibile, in quanto «*crea una lesione del diritto di impresa, potendo creare difficoltà insormontabili all'imprenditore che voglia accedere al credito bancario*» (cfr. Trib. Brindisi, 20 luglio 1999, in www.studiotanza.it – estr. luglio 2016), ovvero incide sul regime di libera concorrenza, potendo ingiustamente avvantaggiare imprese concorrenti che godono di aperture di credito precluse alla impresa ingiustamente segnalata. Nello stesso senso, Trib. Bari, 26 marzo 2012, Trib. Novara, 18 maggio 2010 (in www.studiotanza.it – estr. luglio 2016).

Si tratta di affermazioni di principi che poggiano, per lo più, sulla lesione al diritto alla reputazione e all'onore del soggetto leso ed in questo caso esonerano il danneggiato dalla rigorosa prova del danno, che sarà risarcito in via equitativa.

Vedi anche Trib. Roma, 21 maggio 2014 (in www.ilcaso.it/bancario/principale.php?id_cont=6-2 – estr. luglio 2016), Trib. Firenze, 21 aprile 2014 (*ibidem*), tutte in questo senso.

Di contro, si registra un differente orientamento, che pretende la prova rigorosa del danno subito da parte del soggetto, imprenditore ovvero persona, che è stato ingiustamente segnalato.

Si vedano in questo senso Trib. Milano, 8 agosto 2005 (in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2007, 4, 2, 453), Trib. Bologna, 25 maggio 2005 e, più di recente, Trib. Torino, 2 luglio 2015 (in www.ilcaso.it/bancario/principale.php?id_cont=6-2 – estr. luglio 2016), che ritiene che «*il soggetto che chieda di essere risarcito, in via equitativa, del danno derivatogli dalla illegittima segnalazione in Centrale Rischi, ha l'onere di allegare e fornire prova degli specifici pregiudizi, avendo la richiesta di liquidazione in via equitativa il limitato effetto di liberare l'avente diritto dall'onere di provare esattamente il quantum di danno risarcibile*».

Viene correttamente distinto, dunque, attingendo ai principi generali, l'onere di provare il danno subito da quello della prova del *quantum* dello stesso, rimesso alla liquidazione equitativa del giudice. Chi afferma di aver subito il danno deve dunque provare, secondo l'ordinaria ripartizione dell'onere della prova, il fatto generatore del danno, il nesso di causalità e il pregiudizio subito (cfr. Trib. Perugia, 6 marzo 2014, in www.terni.unipg.it/files/generale/centroStudiGiuridici/osservatorio/Corti_Umbre/Trib.PG.n._11272014_Illegittimasegnalazionecentralerischi.pdf – estr. luglio 2016).

Quanto ai profili risarcitori, oltre che riconoscersi pacificamente la titolarità del relativo diritto sia in capo a persone fisiche – sia quanto al danno patrimoniale che non patrimoniale – che giuridiche, ciò che appare di particolare interesse è l'orientamento giurisprudenziale, in verità piuttosto risalente, che ammette – in caso di segnalazione illegittima – il risarcimento del *danno non patrimoniale* subito dalla *persona giuridica*.

Si veda Cass. n. 15609/2014, in motivazione. La Corte di legittimità argomenta rifacendosi a orientamenti che vengono definiti consolidati, che «*(...) riconoscono, in ipotesi di illegittima segnalazione del debitore alla centrale rischi, sia il danno non patrimoniale alla persona, anche giuridica, con riguardo ai valori della reputazione e dell'onore (essendo anche i soggetti collettivi titolari dei diritti della personalità a tutela costituzionale ex art. 2*

Cost.), sia il danno al patrimonio, che può essere oggetto della prova presuntiva, quale conseguenza per l'imprenditore di un peggioramento della sua affidabilità commerciale, essenziale anche per l'ottenimento e la conservazione dei finanziamenti, con lesione del diritto ad operare sul mercato secondo le regole della libera concorrenza (cfr., per tali principi, le decisioni Cass. 30 agosto 2007, n. 18316; 4 giugno 2007, n. 12929; 18 aprile 2007, n. 9233; 28 giugno 2006, n. 14977; 3 aprile 2001, n. 4881; 23 marzo 1996, n. 2576; v. pure Cass. 18 settembre 2009, n. 20120, in tema di assicurazione contro i danni). In particolare, anche nei confronti dell'ente collettivo è configurabile la risarcibilità del danno non patrimoniale, intesa come qualsiasi conseguenza pregiudizievole di un illecito che, non prestandosi ad una valutazione monetaria basata su criteri di mercato, non possa essere oggetto di risarcimento ma di riparazione: allorquando, cioè, il fatto lesivo incida su di una situazione giuridica dell'ente che sia equivalente ai diritti fondamentali della persona umana garantiti dalla costituzione (Cass. 1 ottobre 2013, n. 22396; 12 dicembre 2008, n. 29185; 4 giugno 2007, n. 12929). Entrambi i danni, inoltre, possono essere liquidati in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 cc (...))».

Si tratta, quanto alla pronuncia appena riportata, di una lucida sintesi dell'orientamento consolidato in tema di risarcimento del danno non patrimoniale in capo alla persona giuridica.

Posta invero la particolare delicatezza delle informazioni negative riportate alla centrale dei rischi della Banca d'Italia, è evidente il riflesso negativo sulla "reputazione" (sotto l'aspetto economico, imprenditoriale e finanziario) della impresa segnalata (illegittimamente).

In questo caso, ciò che viene in rilievo, analogamente a quanto avviene con riferimento alla persona fisica ma rapportato alle caratteristiche dell'ente che esercita attività di impresa, è il diritto alla immagine e alla reputazione dell'ente, sotto il profilo del credito bancario e della capacità di adempiere alle obbligazioni assunte, della solvibilità e della pretesa di essere riconosciuta all'esterno come impresa "sana". In altri termini, è il "prestigio" dell'impresa a essere danneggiato dalla segnalazione illegittima alla centrale dei rischi, e come tale esso va risarcito.

Venendo ai criteri risarcitori e muovendo soprattutto l'analisi nell'ambito del danno patrimoniale (si è visto infatti che in tema di danno non patrimoniale prevale e viene naturalmente individuato un criterio equitativo di liquidazione), dovranno essere individuate le consuete voci che formano le poste risarcitorie: danno emergente e lucro cessante.

Quanto al danno emergente, per esemplificare, si dovrà verificare la *contrazione di reddito* della impresa che trovi causa nella illegittima segnalazione e nella, conseguente, impossibilità di far fronte al credito per approvvigionarsi

di merce da porre sul mercato. E si riconoscerà a titolo di danno emergente il “costo” sostenuto non coperto a causa della riduzione delle vendite.

Il lucro cessante, al contrario, sarà costituito dalla presumibile perdita di guadagno perché, ad esempio, mancando il finanziamento a causa della (illegitima) segnalazione, l'impresa vede sfumare uno o più affari per i quali esistono alte probabilità positive.

Si tratta, evidentemente, di ipotesi che vanno calate nella particolarità dei casi concreti, in cui la soluzione va comunque sempre rinvenuta nei tradizionali criteri di individuazione e risarcimento del danno emergente e lucro cessante.

Soccorrerà, nel caso di impossibilità di dimostrare l'entità del pregiudizio, la liquidazione equitativa: ciò vale, come si è visto, soprattutto per il risarcimento del danno morale, in capo a persone fisiche e giuridiche.

8. Aspetti processuali

Aver premesso alla (finale) trattazione degli aspetti processuali più rilevanti l'approfondimento delle questioni sostanziali, non vuol dire che le prime siano prive di interesse.

Ed invero, gran parte delle pronunzie (di merito) sopra citate non sono state emesse all'esito di un giudizio ordinario, ma sono ordinanze, monocratiche o collegiali, pronunziate in primo grado cautelare o reclamo su ricorsi ex art. 700 c.p.c.

Il ricorso cautelare evidentemente viene proposto per ottenere la cancellazione immediata della illegittima segnalazione, salvo il risarcimento del danno riservato al procedimento di merito.

Sin da quando è stato dato ingresso alla tutela delle situazioni lese dalle segnalazioni illegittime, si è per così dire automaticamente ammessa la tutela residuale d'urgenza ex art. 700 c.p.c. (Trib. Verona, 18 marzo 2013 in *www.ilcaso.it*; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 28 maggio 2009 in *www.ilcaso.it*; Trib. Lecce, 5 febbraio 2006, in *www.ilcaso.it*).

Non era, per la gran parte della giurisprudenza di merito, e non è alla luce delle modifiche normative (vedi *infra*) d'ostacolo il diverso rimedio previsto dall'abrogato art. 152 del d.lgs. n. 196/2003: esso prevedeva – in materia di tutela avverso l'illecito trattamento dei dati personali, che «*quando sussiste pericolo imminente di un danno grave e irreparabile il giudice può emanare i provvedimenti necessari con decreto motivato, fissando, con il medesimo provvedimento, l'udienza di comparizione delle parti entro un termine non*

superiore a quindici giorni. In tale udienza, con ordinanza, il giudice conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto». Un provvedimento cautelare tipico, dunque, che sembrava escludere il ricorso alla tutela d'urgenza residuale ex art. 700 c.p.c. Tuttavia, occorre chiedersi quale fosse la situazione soggettiva realmente tutelata, e lesa dalla pretesa illegittima segnalazione. Le decisioni che ritenevano ammissibile la tutela d'urgenza codicistica poggiavano le proprie argomentazioni sulla differente natura della posizione giuridica soggettiva che si assumeva lesa dalla segnalazione illegittima, reputandola *non* inerente la materia del trattamento dei dati personali.

Al contrario, era ritenuto inammissibile il ricorso cautelare atipico ove si reputasse che la segnalazione alla centrale dei rischi fosse materia ricompresa nella tutela offerta dal "Codice della privacy", dovendosi dunque utilizzare lo strumento accordato dalla normativa speciale (cfr. Trib. Salerno, 23 maggio 2012, in *Corr. merito*, 2012, 881).

La situazione normativa è mutata con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2011 sulla semplificazione dei riti civili. La disposizione che delineava lo strumento cautelare speciale è stata abrogata e per tutte le controversie in materia viene prevista l'applicazione del rito del lavoro, con la facoltà di sospensione del provvedimento impugnato ex art. 5 del d.lgs. n. 150/2011.

Ora, si potrebbe obiettare che allo strumento cautelare ne è stato sostituito un altro, ciò che dovrebbe escludere l'applicabilità del rimedio cautelare atipico generale.

Tuttavia, secondo preferibile e maggioritaria interpretazione (cfr. sul punto Trib. Verona, 18 marzo 2013 (in www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/8809.pdf – estr. luglio 2016), «*Nel caso di domanda cautelare diretta ad ottenere la cancellazione della segnalazione a sofferenza presso la centrale rischi difetta il presupposto per l'applicazione dell'art. 10, comma 4 del d.lgs. 150/2011, ossia l'esistenza di un provvedimento, inteso come atto di una autorità amministrativa, da rendere inefficace. La segnalazione infatti è una attività informativa, o meglio di trasmissione dati, che viene posta in essere direttamente da un soggetto privato, ossia l'istituto di credito convenuto, in conformità a quanto previsto dalla circolare sulla centrale rischi della Banca d'Italia n. 139 dell'11 febbraio 1991, nell'ultimo aggiornamento (29 aprile 2011). In tale ipotesi, difettando un rimedio cautelare tipico, è ammissibile il ricorso al provvedimento ex art. 700 c.p.c.*»).

La giurisprudenza di merito successiva, in parte già citata, non sembra porsi problemi di ammissibilità del rimedio cautelare atipico ex art. 700 c.p.c., ritenendo simili domande estranee all'applicazione dell'art. 10 del d.lgs. n. 150/2011 (cfr. in merito, Trib. Como, 24 settembre 2014, Trib. Milano, 15 ot-

tobre 2014, Trib. Asti, 16 2 febbraio 2015, tutte in *www.ilcaso.it* – estr. luglio 2016).

Da ultimo, quanto al requisito del *periculum in mora*, le decisioni sopra citate individuano lo stesso nella circostanza per cui la segnalazione negativa giunge immediatamente nel circuito bancario e finanziario, rendendo di per sé attuale e necessariamente preventiva al giudizio di merito la tutela cautelare richiesta.

Il piano strategico triennale nelle aziende sanitarie locali: la scelta di un percorso complesso ma necessario come occasione di innovazione

Gianluca Beato-Raffaella Fornero-Giovanni Maria Soro¹

SOMMARIO

1. Pianificare in tempo di crisi. – 2. Struttura del piano strategico triennale. – 3. Piano strategico triennale come percorso. – 4. Innovazioni del piano strategico triennale. – Bibliografia.

1. Pianificare in tempi di crisi

Lo scenario di riferimento per un'Azienda Sanitaria è quello tracciato dall'ISTAT nel suo Rapporto Annuale – La situazione del Paese nel 2016 che mette in evidenza un popolazione che decresce ed invecchia, con la simultanea presenza di una elevata quota di persone di ultra 65 anni e di una bassa quota di popolazione al di sotto dei 15 anni colloca il nostro Paese tra i più vecchi del mondo (ISTAT 2016).

Questo trend, unito ad altri elementi macro di sistema quali: l'aumento delle malattie croniche (20% della popolazione²), l'aggravarsi delle disegualianze sociali, la crisi economica (solo nel 2015 Il ciclo economico italiano mostra una moderata ripresa, dopo la contrazione degli ultimi tre anni³), le marcate eterogeneità nelle capacità amministrative e di tenuta istituzionale ed

¹ Ing. Gialuca Beato, Staff Direzione Generale ASL To1.
Dott.ssa Raffaella Fornero, Staff Direzione Generale ASL To1.
Giovanni Maria Soro, Direttore Generale ASL To1.

² Dato da Sanità e Salute, ISTAT 2013.

³ Dato dal Rapporto Annuale. La situazione del Paese nel 2016 (ISTAT).

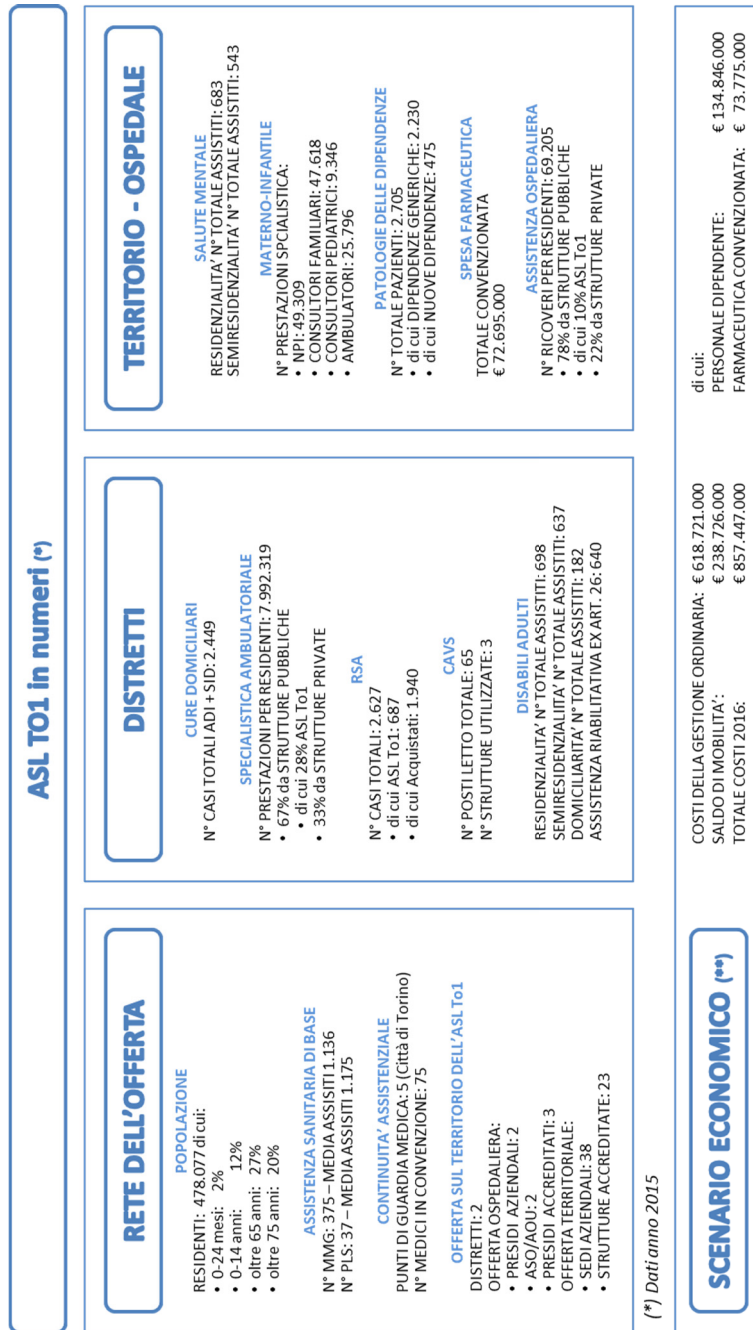
economica delle singole regioni, sono tutte determinanti che aumentano e frammentano i bisogni cui il SSN, in generale e le aziende sanitarie nello specifico, è chiamato a dare risposta rendendoli tra di loro eterogenei e difficilmente aggregabili (Longo, 2013).

L'evoluzione degli elementi macro e le dinamiche delle risorse a disposizione ad oggi (di fatto invariate negli ultimi cinque anni e quindi con un calo in termini reali) ed un oggettivo e pesante calo prospettico (tra il 10% ed il 20%⁴ determinano delle forti tensioni sul SSN che si sono tradotte in orientamenti – a livello nazionale e regionale – in politiche ed azioni di contenimento della spesa che ha portato le aziende sanitarie, oggetto negli ultimi anni di diverse ondate di spending review, a rinunciare in linea generale alla pianificazione strategica. Questo è stato/è un grave errore; perché – proprio nei momenti di crisi – la pianificazione risulta ancora di più necessaria per migliorare l'efficacia delle scelte allocative e l'efficienza nell'utilizzo delle stesse risorse nell'ottica del contributo della sostenibilità del sistema. Tutti i Sistemi organizzati infatti devono cercare di trovare dei punti di riferimento ai quali “agganciare dei tensori” nella ricerca dell'equilibrio tra gestione di ciò che il passato consegna e anticipazione delle possibilità che potrebbero emergere (AA.VV., 2008).

Proprio in quest'ottica, la Direzione Strategica dell'ASL Torino 1, trovandosi ad agire in un contesto metropolitano fortemente toccato dal processo di deindustrializzazione e delocalizzazione dei siti produttivi (che si è tradotto negli anni in profonda crisi economica e popolazione giovane in fuga dalla città con forti impatti sociali e sanitari) e caratterizzato da un'offerta sanitaria (fig. 1) molto qualificata ed accessibile (che porta ad un'inevitabile livello di inappropriatezza), con una realtà aziendale caratterizzata da gravi carenze organizzative dovuta a scelte o non scelte storiche, ha deciso di avviare il progetto Piano Strategico Triennale (PST) – documento di programmazione aziendale mai realizzato nell'Azienda, che delineasse la missione, gli indirizzi strategici, e gli obiettivi del triennio 2016-2018.

⁴ Dato estrapolato dall'articolo citato (Longo, 2013).

Figura 1 – Asl To1 in numeri (*)



(*) Dati anno 2015

(**) Previsione anno 2016

Il Piano Strategico è, per l'Azienda, l'elaborazione di una visione, un orizzonte di riferimento a cui tendere che produce quella necessaria ambizione che da slancio all'azione organizzativa (Lega, 2012); nel quale sono state valutate le esigenze e i bisogni di salute con le potenzialità interne, nel rispetto degli indirizzi e spazi strategici – definiti a livello nazionale, regionale e metropolitano – che si intende proporre al sistema nel quale la stessa opera.

Con il Piano Strategico l'ASL To1 quindi ha deciso di misurarsi, nell'ambito di un percorso complesso ma necessario, nella predisposizione partecipata di un documento che consentisse – anche in modo strutturato a livello metodologico invece di un approccio più intuitivo e/o fortemente legato al rispetto delle indicazioni delle normative regionali (Cuccurullo, 2001) – di definire, attraverso una serie di decisioni e obiettivi strategici tra di loro tutti collegati e rispetto ai quali sono state verificate la coerenza e la compatibilità, la propria identità declinata per macro-livelli essenziali di assistenza (distrettuale, ospedaliera, collettiva) nell'ottica di garantire ai cittadini un'offerta sanitaria e socio-sanitaria qualitativamente e quantitativamente più adeguata e diretta a soddisfare i reali bisogni di salute degli assistiti quale risultato atteso della strategia aziendale.

Il PST contiene obiettivi e azioni, tradotti in cantieri operativi, ed un modello di assetto organizzativo che consente di raggiungerli e sostenerli nel tempo con degli aggiornamenti annuali definiti e condivisi con la Regione, nell'ambito degli strumenti di programmazione e tenendo conto delle risorse a disposizione. In questo senso il PST vuole essere lo strumento di riferimento principale nella gestione del processo di riorientamento strategico-operativo (Agliati 1999) e di cambiamento organizzativo dell'Azienda: da l'indirizzo (dove andare, quali obiettivi, sintetizzati nella visione) ma anche l'avvio dell'azione coordinata dell'insieme dei meccanismi operativi (Sistema Informativo, Sistema di Programmazione e Controllo, Deleghe; Sistema di Comunicazione) a livello aziendale che devono accompagnare e misurare l'azione sviluppata nelle single aree aziendali interessate dal cambiamento che viene declinato – nel dettaglio e lungo tutto il percorso – nell'ambito dei cantieri.

2. Struttura del piano strategico triennale

La struttura del PST (Meneguzzo, 2011) è articolata nelle seguenti sezioni, raffigurate nella figura 2:

– *Spazio e fabbisogno strategico*: vengono esplicitati gli indirizzi di riferimento derivanti dalla pianificazione e programmazione definita a livello na-

zionale e regionale e dalla sub-programmazione definita a livello metropolitano e quindi le decisioni vincolanti da declinare a livello aziendale e lo *spazio strategico* (Del Vecchio, 1995) nell'ambito del quale operare definendo ed attuando la strategia stessa. Nel rispetto dello spazio strategico individuato, analizzando la domanda soddisfatta e non soddisfatta – con l'obiettivo di identificare la domanda appropriata, compresa quella non espressa – e verificando il modello di offerta attuale, sono valutate le esigenze e i bisogni di salute della popolazione di riferimento, definendo il *fabbisogno strategico*.

– *Organizzazione e strategia*: viene definita la strategia aziendale (Orientamento Strategico di Fondo e obiettivi strategici) nelle diverse aree (Macro LEA) e l'assetto organizzativo (Modello e Sistemi Operativi) necessario per realizzarla e sostenerla nel tempo in modo strutturale.

– *Programmi per l'implementazione della strategia*: vengono tradotti gli obiettivi strategici in piani e programmi operativi riconducibili alla programmazione formale condivisa a livello regionale – Programma delle Azioni Territoriali e Piano di Efficientamento – che sono stati fatti confluire in *23 Cantieri di Innovazione* (fig. 3), quali ambiti di lavoro prioritari per raggiungere gli obiettivi strategici: i Cantieri individuati sono stati definiti sia nei contenuti strategici sia nelle modalità di gestione operativa, esplicitando le priorità e le principali connessioni, anche in termini di propedeuticità. La definizione di *Programmi Attuativi* (fig. 4) della strategia aziendale è l'elemento più innovativo di questo Piano Strategico.

– *Approccio e percorso di cambiamento proposto* (Meneguzzo, 2011): viene esplicitato l'approccio metodologico utilizzato, che consiste nel definire “dove siamo” (As Is), “dove vogliamo arrivare” (To Be) e “come ci arriviamo” (Change management); viene, inoltre, esplicitata la *ratio* del percorso di cambiamento definito per l'implementazione operativa della strategia e dei cantieri contenuti nel Piano, sottolineando la valenza strategica del governo operativo del percorso proposto.

– *Scenario economico finanziario*: viene descritto lo scenario economico di riferimento per il prossimo triennio, definito in totale coerenza con le azioni di razionalizzazione e di sviluppo previste nel Piano, e tenendo conto dei principali fattori esogeni. Lo scenario dovrà essere aggiornato in fase di programmazione con le risorse che saranno effettivamente disponibili a livello nazionale, regionale e il relativo riparto a livello di Azienda: con il vincolo della sostenibilità del sistema, l'obiettivo è di garantire il soddisfacimento della domanda appropriata espressa dalla popolazione, e dunque la piena realizzazione della strategia definita nel PST.

Figura 2 – *Struttura del PST*

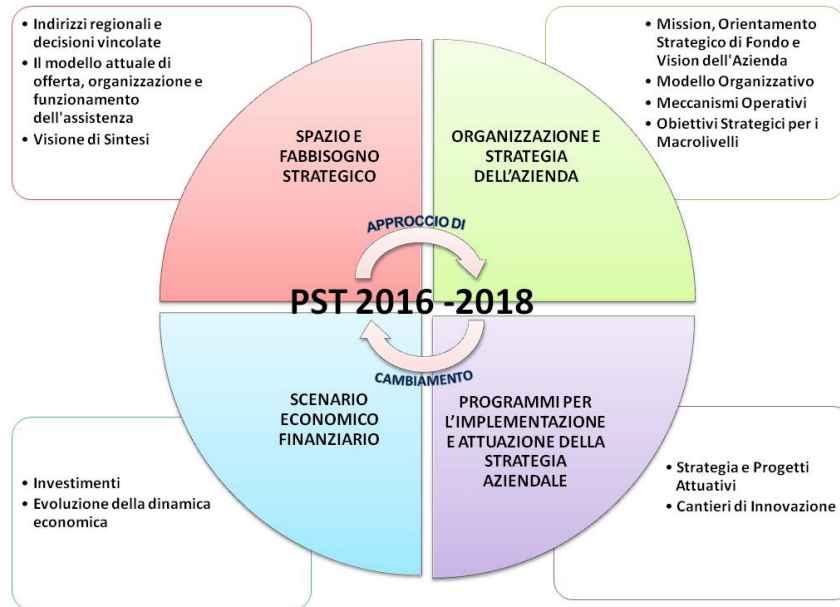


Figura 3 – *Cantieri di Innovazione*

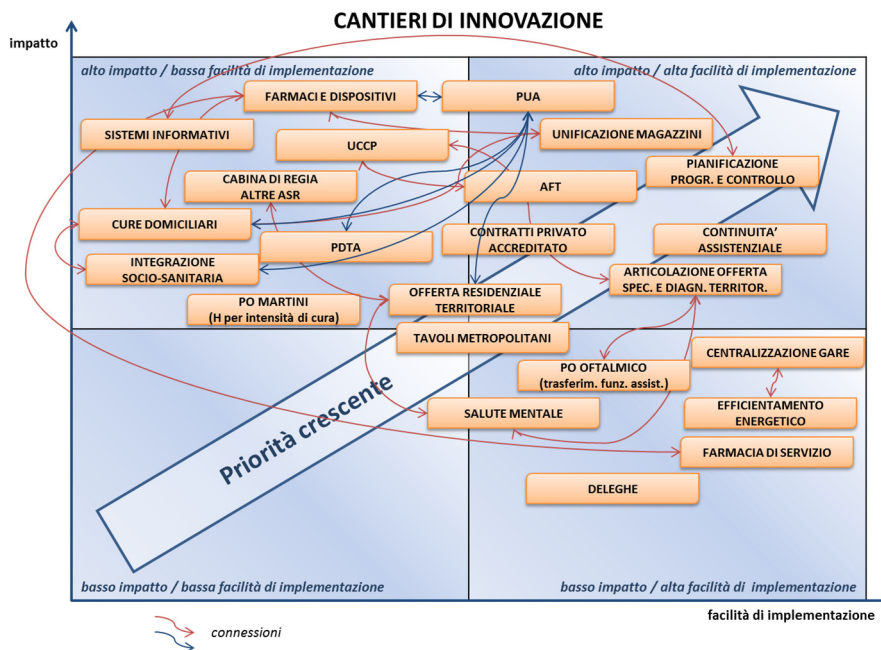
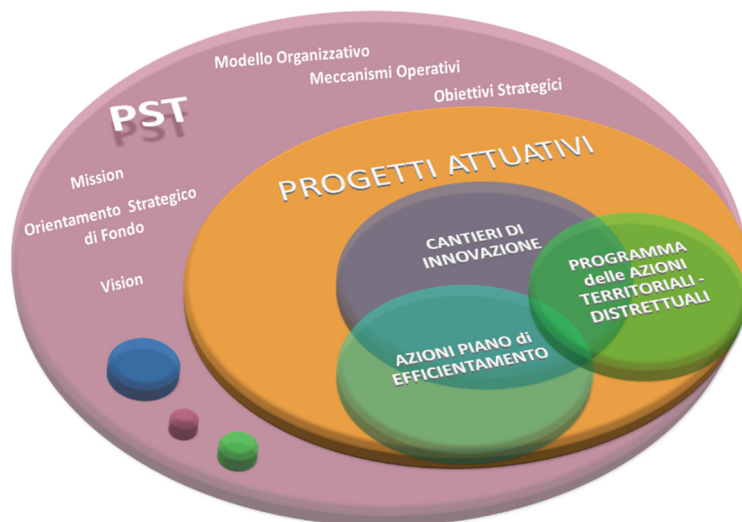


Figura 4 – Progetti attuativi



3. Piano strategico triennale come percorso

La situazione attuale da una parte, in termini di modello di offerta (diretta ed indiretta) assistenziale e di risultati raggiunti, con una chiara valutazione della situazione sia in termini di caratteristiche interne – punti di forza e punti di debolezza – sia del contesto esterno – minacce e opportunità – e gli stringenti indirizzi di politica sanitaria a livello nazionale, regionale e metropolitano dall'altra rendono necessario e non più rinviabile l'attivazione di un *Percorso di evoluzione* che conduca l'Azienda, in tempi accettabili, ad una qualificazione, riqualificazione e valorizzazione dell'offerta assistenziale ai differenti livelli mantenendo un necessario equilibrio economico-finanziario, per garantire la sostenibilità del processo di sviluppo e la vita duratura dell'Azienda stessa nell'ambito del SSR.

La realizzazione del PST porterà:

- alla riprogettazione delle strutture e dei processi aziendali, con lo sviluppo di sistemi operativi (sistema informativo, di comunicazione, di programmazione e controllo, di gestione delle Risorse Umane e di deleghe) finalizzati a garantire un'adeguata *governance* dell'Azienda;

- alla definizione, progettazione e implementazione di un nuovo modello di

rete di offerta (ospedaliera e territoriale) fortemente integrata, anche con il Privato, che parta dai fabbisogni e la chiara declinazione e gestione attiva dei ruoli nell'ambito della rete.

Il lavoro sul PST è dunque un percorso, iniziato l'estate 2015 e concluso a marzo 2016 condiviso con gli stakeholder interni, che – attraverso un approccio metodologico strutturato in una prospettiva di pianificazione – ha consentito all'Azienda di “conoscere meglio se stessa”, sia internamente sia nell'ambito del sistema di cui fa parte, e proporre la vision aziendale, declinata per macro LEA, che contiene programmi e progetti da presentare agli stakeholder esterni come proposta dell'Azienda in termini di aree di sviluppo e razionalizzazione. Questi programmi sono finalizzati al miglioramento dello stato di salute della popolazione dell'Asl To1 ovvero a garantire una risposta più puntuale, appropriata, sistemica e integrata alla domanda sanitaria da essa espressa direttamente o indirettamente.

Il Piano assume quindi una duplice valenza:

- esterna quale strumento primario di comunicazione istituzionale tra l'Azienda e gli stakeholder per la condivisione delle scelte;
- interna quale punto di riferimento univoco e generale rispetto al quale ispirarsi nelle successive scelte di programmazione e gestione in relazione alle logiche delineate ed alle priorità definite.

Rappresenta inoltre la sfida e l'impegno per l'Azienda nel suo complesso in termini di contributo al percorso di sviluppo del SSR nel quadro delle opportunità e vincoli esistenti cercando di mobilitare e orientare le energie presenti nel sistema aziendale e metropolitano.

4. Innovazioni del piano strategico triennale

La visione e la strategia definite nel PST dell'ASL To1, derivano da un percorso consapevole e partecipato, e sono dunque accettate come *le migliori possibili* per questa organizzazione in questa situazione ed in questo momento: ciò è egualmente valido nel sottolineare gli elementi di forte *innovazione* presenti nel PST.

Le innovazioni contenute nel PST, non costituiscono delle innovazioni in senso generale⁵ ma per il contesto aziendale nell'ambito del quale sono inseri-

⁵ Se si prendono a riferimento gli scenari della sanità futura contenuti in Del Vecchio, Lega, Longo (2011).

te: questo di fatto costituisce una chiave di lettura rispetto agli obiettivi che sono stati definiti nel Piano. Esistono, infatti, diverse esperienze innovative già consolidate in altri contesti regionali e aziendali, che sono state analizzate dall'ASL To1 in fase di predisposizione del Piano e che resteranno un riferimento per evitare, nella fase di attuazione, di commettere alcuni errori già commessi nelle Regioni dove sono state attuate per prime.

Le innovazioni più rilevanti presenti nel PST 2016-2018 dell'ASL To1 sono di seguito rappresentate:

- Nuovo modello organizzativo: creazione del Distretto Forte con funzioni di committenza e produzione; sviluppo delle Unità Complessa Cure Primarie (secondo un modello di area metropolitana) in sede distrettuale; riorganizzazione dell'Ospedale per Intensità di Cura.

- Nuovo percorso di assistenza e di cura: attivazione del Punto Unico di Accesso con differenziazione delle modalità di accesso in base ai target di pazienti fragili – cronici – occasionali; orientamento verso la Medicina d'Iniziativa; riprogettazione dei percorsi di accesso e dei PDTA; sviluppo della Continuità Assistenziale con l'attivazione di un numero unico (116-117); potenziamento delle Cure Intermedie, con Residenzialità Territoriale (Residenze Sanitarie e Assistenziali e CAVS); riorganizzazione delle Cure Domiciliari.

- Sistemi operativi: riprogettazione del sistema informativo; sviluppo del sistema di comunicazione interna ed esterna; reingegnerizzazione del processo di programmazione e controllo; sviluppo della gestione strategica delle Risorse Umane; attivazione del processo di deleghe nell'area dirigenziale;

- Centralizzazione in area amministrativa e tecnica: centralizzazione delle gare (accordo con SCR); unificazione dei magazzini a livello interaziendale.

- Cantieri di innovazione: quali strumenti operativi di attuazione della strategia aziendale che coinvolgano, in modo organizzato, le diverse professionalità dell'Azienda coinvolte nei processi di cambiamento.

Il PST, inteso come (Cuccurullo, 2001) insieme dei processi logici (sostenuti da metodi e strumenti), sistematici (ripetuti nel tempo), ampi (considerano più variabili) e organici (considerano l'azienda e il suo ambiente) è stato utilizzato per comprendere e interpretare l'evoluzione del contesto di riferimento e sviluppare solide e coerenti linee di azione, definite per l'appunto strategiche che, pur essendo in alcuni casi ambiziose (considerando il punto di partenza ed il contesto nel quale si devono realizzare), devono essere realizzate tutte – benché siano state individuate delle priorità ed evidenziate le possibili criticità – per rispettare la coerenza interna del Piano e della strategia in generale.

La principale attenzione della Direzione Aziendale sarà pertanto legata agli

strumenti e soluzioni organizzative, già messe in atto prima della formalizzazione del PST, per il percorso di attuazione del Piano Strategico rafforzando il monitoraggio, l'integrazione ed il coordinamento dei diversi cantieri di lavoro la cui realizzazione consentirà – nel corso del prossimo triennio – all'azienda di svolgere al meglio il proprio ruolo nell'area metropolitana nei confronti dei propri assistiti.

Bibliografia

- AA.VV., *Gli scenari strategici per la sanità del futuro*, Egea, Milano, 2008.
- AGLIATI M., *Le misure per governare la generazione di valore in Economia e Management*, 6, 1999.
- CUCCURULLO C., *La pianificazione strategica nelle aziende sanitarie pubbliche: metodi e strumenti di elaborazione dei piani strategici in Rapporto OASI 2001*, Egea, Milano, 2001.
- DEL VECCHIO M., *Strategia e pianificazione strategica nelle aziende sanitarie pubbliche: un'introduzione*, in *Mecosan*, n. 14, 1995.
- DEL VECCHIO, LEGA, LONGO, *La sanità futura – Come cambieranno gli utenti, le istituzioni, i servizi e le tecnologie*, Egea, Milano, 2011.
- ISTAT, *Sanità e Salute*, 2013.
- ISTAT, *Rapporto Annuale. La situazione del Paese nel 2016*, 2016.
- LEGA F., *L'importanza della Strategia per le Aziende Sanitarie Pubbliche in Strategia e Performance management nelle Aziende Sanitarie Pubbliche*, Egea, Milano, 2012.
- LONGO F., *Il sistema sanitario nazionale al bivio. Che fare?*, Rapporto Sanità, Sistema sanitario e sviluppo del Paese: alcune specificità in tempo di crisi, Il Mulino, Bologna, 2013.
- MENEGUZZO M., *Il processo di pianificazione, programmazione e controllo in sanità Pianificazione e gestione strategica nelle aziende sanitarie*, in “La formazione manageriale” Corso di Economia UniRoma, 2 ottobre 2011.
- PATTO PER LA SALUTE, *Conferenza Permanente per i rapporti tra lo Stato e le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano (2014-2016)*.

Saggi

La “rilevanza” nelle valutazioni di bilancio

Luciano Matteo Quattrocchio-Bianca Maria Omegna

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. La rilevanza degli errori nel sistema anteriore alla riforma. – 2.1. La disciplina civilistica. – 2.2. La disciplina penale. – 3. La riforma. – 3.1. Il quadro di riferimento. – 3.1.1. La nozione di “rilevanza”. – 3.1.2. I principi contabili internazionali. – 3.1.3. I principi contabili nazionali. – 3.1.4. La direttiva comunitaria. – 3.2. Le modifiche al Codice Civile. – 3.3. La riforma delle false comunicazioni sociali. – 3.3.1. Premessa. – 3.3.2. L’art. 2621 c.c.. – 3.3.3. Il nuovo art. 2621-*bis* c.c. – 3.3.4. Il nuovo art. 2621-*ter* c.c. – 3.3.5. L’art. 2622 c.c. – 3.3.6. *Segue*. Il quadro d’insieme. – 3.3.7. La rilevanza del falso qualitativo. – 3.3.8. La rilevanza civilistica degli errori di carattere qualitativo. – 3.4. La riforma del sistema penale tributario. – 4. Gli effetti sulla legittimazione alle modifiche del progetto di bilancio. – 4.1. Premessa. – 4.2. La modificazione del progetto di bilancio da parte dell’assemblea. – 4.2.1. Il dato normativo. – 4.2.2. La posizione della dottrina. – 4.2.3. La posizione della giurisprudenza. – 4.3. Conclusioni. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Il bilancio d’esercizio (insieme con il bilancio consolidato) costituisce un esempio paradigmatico di argomento di studio in cui non si può prescindere da un approccio interdisciplinare e intersettoriale.

Infatti, sotto il profilo dell’interdisciplinarietà, la lettura e la comprensione del bilancio presuppongono l’assimilazione dei principi aziendalistici che ne costituiscono le fondamenta: fra tutte, le nozioni di reddito e di patrimonio.

Ma anche una lettura trasversale della normativa in tema di bilancio nell’ambito dei diversi settori del diritto – civile, penale-societario e penale-tributario – si impone, al fine di verificare se vi sia omogeneità nella disciplina, soprattutto sanzionatoria, o quantomeno se vi sia una tendenza verso la creazione di un sistema unitario.

Tali esigenze si sono manifestate in tutta la loro portata, soprattutto nel corso del 2015, ove – a distanza di pochi mesi – il Legislatore ha innovato pro-

fondamente la disciplina civilistica, la disciplina delle false comunicazioni sociali e la disciplina penale-tributaria.

In via preliminare, si può affermare che il bilancio non risponde al vero quando non è predisposto seguendo le norme e i principi che ne disciplinano la redazione, ma si deve ritenere che non fornisca un quadro fedele solo quando è viziato da errori qualificabili come “*significativi*”.

Tale conclusione è stata recepita – ormai da tempo – nei principi contabili nazionali e in quelli internazionali. Ma, anche la giurisprudenza ha fatto propria tale enunciazione, affermando la nullità del bilancio per violazione dei principi generali quando il contrasto con la relativa disciplina determina una divaricazione tra il risultato effettivo e quello che risulta dal bilancio materialmente redatto, a condizione che la violazione dei principi generali sia tale da compromettere effettivamente la sua funzione informativa, con reale pregiudizio per i soci e per i terzi.

Come è noto, il d.lgs. 18 agosto 2015, n. 139 (“*Attuazione della direttiva 2013/34/UE relativa ai bilanci d’esercizio, ai bilanci consolidati e alle relative relazioni di talune tipologie di imprese, recante modifica della direttiva 2006/43/CE e abrogazione delle direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE, per la parte relativa alla disciplina del bilancio di esercizio e di quello consolidato per le società di capitali e gli altri soggetti individuati dalla legge*”) ha introdotto un nuovo comma all’art. 2423 c.c. del seguente tenore: «Non occorre rispettare gli obblighi in tema di rilevazione, valutazione, presentazione e informativa quando la loro osservanza abbia effetti irrilevanti al fine di dare una rappresentazione veritiera e corretta. Rimangono fermi gli obblighi in tema di regolare tenuta delle scritture contabili. Le società illustrano nella nota integrativa i criteri con i quali hanno dato attuazione alla presente disposizione». Con tale modifica, quindi, il principio di rilevanza (o “*significatività*” o “*materiality*”) viene elevato al rango di principio generale o, quantomeno, assurge a strumento di selezione delle violazioni rilevanti dei principi generali precedentemente enunciati (chiarezza, veridicità e correttezza).

Quasi contemporaneamente, la legge 27 maggio 2015, n. 69 (“*Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio*”), ha introdotto rilevanti modifiche alle Disposizioni penali in materia di società e consorzi, sostituendo gli artt. 2621 e 2622 c.c. e introducendo *ex novo* gli artt. 2621-*bis* e 2621-*ter*. In particolare, in primo luogo, è stato introdotto il principio della rilevanza nell’art. 2621 c.c., con la previsione secondo cui «Fuori dai casi previsti dall’art. 2622, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali,

al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico, previste dalla legge, consapevolmente espongono fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da uno a cinque anni»; in secondo luogo, è stato enunciato il principio della “*lieve entità*” attraverso l’introduzione del nuovo art. 2621-*bis* c.c., a norma del quale «Salvo che costituiscano più grave reato, si applica la pena da sei mesi a tre anni di reclusione se i fatti di cui all’articolo 2621 sono di lieve entità, tenuto conto della natura e delle dimensioni della società e delle modalità o degli effetti della condotta. Salvo che costituiscano più grave reato, si applica la stessa pena di cui al comma precedente quando i fatti di cui all’articolo 2621 riguardano società che non superano i limiti indicati dal secondo comma dell’articolo 1 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267. In tale caso, il delitto è procedibile a querela della società, dei soci, dei creditori o degli altri destinatari della comunicazione sociale»; in terzo luogo, è stato specificato il principio della “*tenuità*”, già presente nell’ordinamento italiano, mediante l’introduzione del nuovo art. 2621-*ter* c.c. a mente del quale «Ai fini della non punibilità per particolare tenuità del fatto, di cui all’articolo 131-bis del codice penale, il giudice valuta, in modo prevalente, l’entità dell’eventuale danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori conseguente ai fatti di cui agli articoli 2621 e 2621-*bis*».

Ma soltanto poche settimane dopo, il d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158 (“*Revisione del sistema sanzionatorio, in attuazione dell’articolo 8, comma 1, della legge 11 marzo 2014, n. 23*”), ha aggiunto all’art. 4 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, il comma 1-*ter* del seguente tenore: «Fuori dei casi di cui al comma 1-*bis*, non danno luogo a fatti punibili le valutazioni che singolarmente considerate, differiscono in misura inferiore al 10 per cento da quelle corrette. Degli importi compresi in tale percentuale non si tiene conto nella verifica del superamento delle soglie di punibilità previste dal comma 1, lettere a) e b)».

Si deve, quindi, ritenere che il Legislatore abbia inteso applicare – in via generale – alla disciplina del bilancio d’esercizio e ai documenti da esso derivati (la dichiarazione dei redditi) il principio della irrilevanza degli scostamenti, pur con diverse sfaccettature.

2. La rilevanza degli errori nel sistema anteriore alla riforma

2.1. La disciplina civilistica

Come già si è detto, il bilancio di esercizio può presentare irregolarità che riguardano il suo contenuto, che si estrinsecano in violazioni dei principi di chiarezza, verità e correttezza.

Prima della recente riforma, non vi era omogeneità di vedute con riguardo alle conseguenze di tali violazioni; tendeva tuttavia a prevalere, in dottrina e soprattutto in giurisprudenza, la tesi più rigorosa della nullità della delibera di approvazione del bilancio. Si riteneva, infatti, che la delibera di approvazione di un bilancio non chiaro, veritiero e corretto avesse oggetto (contenuto) illecito, in quanto adottata in contrasto con norme imperative inderogabili, dettate a tutela di un interesse generale.

Tuttavia, si reputava – come anticipato – che la violazione dei principi generali potesse condurre alla nullità della delibera solo quando i vizi fossero tali da compromettere effettivamente la funzione informativa del bilancio, con reale pregiudizio per i soci e per i terzi. In particolare, si doveva dichiarare la nullità della delibera di bilancio solo quando «i difetti di distinzione e di analisi sono tali da compromettere effettivamente la funzione informativa del bilancio, con effettivo pregiudizio per i soci e per i terzi. Non si ha per contro nullità della delibera quando i vizi di chiarezza sono marginali e non compromettono la precisa rappresentazione della situazione patrimoniale e del risultato economico di esercizio»¹.

La Corte di Cassazione, in una recentissima sentenza², ha confermato tali principi e ha chiarito che:

- il diritto del socio ad impugnare per nullità la delibera di approvazione di un bilancio redatto in violazione delle prescrizioni legali non è necessariamente da correlare all'aspettativa alla percezione di un dividendo oppure ad un immediato vantaggio patrimoniale che una diversa, e più corretta, formulazione del documento contabile avrebbe eventualmente evidenziato³;

¹ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. 2. Diritto delle Società*, Torino, 2015, 480. Per ulteriori approfondimenti, si veda G. COTTINO, *Diritto societario*, Padova, 2011, 523 ss.

² Cass. 8 marzo 2016, n. 4522.

³ Tale diritto può nascere anche dalla poca chiarezza, o scorrettezza, del bilancio che non permetta al socio di avere tutte le informazioni – destinate a riflettersi anche sul valore della quota di partecipazione – che il bilancio dovrebbe offrirgli, e alle quali, attraverso la richiesta di dichiarazione di nullità con conseguente necessaria elaborazione di un nuovo bilancio privo di vizi, il socio legittimamente aspira (Cass., sez. un., 21 febbraio 2000, n. 27).

• deve essere riconosciuto sussistente l'interesse del socio ad agire per l'impugnativa della suddetta delibera qualora egli possa essere indotto in errore dall'inesatta informazione fornita sulla consistenza patrimoniale e sull'efficienza economica della società, ovvero qualora, dall'alterazione o incompletezza dell'esposizione dei dati, derivi o possa derivare un pregiudizio economico circa il valore della sua partecipazione;

• il principio di continuità dei valori di bilancio, per cui le rimanenze finali di un esercizio costituiscono esistenze iniziali dell'esercizio successivo e le relative variazioni concorrono a formare il reddito d'esercizio, inoltre, comporta che ciascun bilancio deve partire dai dati di chiusura del bilancio dell'anno precedente anche nel caso in cui l'esattezza e la legittimità di questi ultimi siano state poste in discussione in sede contenziosa⁴.

Occorre, peraltro, rammentare che significative limitazioni all'impugnativa dei bilanci erano state introdotte, dapprima per i soli bilanci delle società sottoposte a revisione contabile obbligatoria con l'art. 6 del d.p.r. 31 marzo 1975, n. 136 (ora art. 157 t.u.f.), ed estese a tutte le società per azioni con la riforma del 2003, che ha introdotto una speciale disciplina (art. 2434-*bis* c.c.) volta a dare certezza e stabilità alla delibera di approvazione del bilancio. Infatti, le azioni di annullabilità e/o di nullità previste dagli artt. 2377 e 2379 c.c. non potevano – e non possono tuttora – essere più esercitate dopo che è stato approvato il bilancio dell'esercizio successivo.

Inoltre, ed è regola che vale tuttora, se il soggetto incaricato della revisione ha emesso un giudizio privo di rilievi (nelle società quotate anche se ha espresso un giudizio positivo con rilievi, relativamente alle impugnazioni per vizi di contenuto, salvo che vi siano richiami di informativa concernenti significativi dubbi sulla continuità aziendale), la legittimazione ad impugnare la delibera di approvazione del bilancio, non solo per cause di annullabilità, ma anche per cause di nullità, spetta soltanto a tanti soci che rappresentino almeno il cinque per cento del capitale sociale (artt. 2434-*bis*, comma 2, c.c., e 157

⁴ Infatti, l'art. 2434-*bis*, comma 3, c.c. impone agli amministratori di redigere nuovamente sia il bilancio dichiarato definitivamente irregolare in sede giurisdizionale che i bilanci successivi sui quali l'irregolarità di quello si sia in qualche modo ripercossa. In particolare, come precisato da Trib. Roma, n. 19829/2014, una lettura in termini di “*complementarietà*”, e non “*sostitutivi*”, degli artt. 2377, comma 7, e 2434-*bis*, comma 3, c.c., impone, da un lato, di redigere un nuovo progetto di bilancio, depositarlo presso la sede sociale, convocare l'assemblea per la nuova approvazione e depositarlo, nel nuovo testo, presso il Registro delle imprese, e, dall'altro, di adottare tutte le correzioni necessarie ai bilanci successivi, se e nella misura in cui le rettifiche apportate al primo bilancio impugnato producono conseguenze riflesse sulle poste dei bilanci successivi (correzioni delle quali potrebbe anche non esservi bisogno).

t.u.f.). È così oggi impedita l'impugnativa da parte del singolo azionista anche per cause di nullità della delibera di approvazione del bilancio.

2.2. La disciplina penale

Il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, recante la “*Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366*”, aveva apportato significative modifiche alla disciplina penale societaria precedentemente in vigore.

In particolare, il d.lgs. individuava – in tema di false comunicazioni sociali – due autonome fattispecie incriminatrici, differenziate sul presupposto della esistenza o meno di un danno patrimoniale ai soci o ai creditori: *i*) la prima, prevista dall'art. 2621 c.c. e rubricata “*false comunicazioni sociali*”, nell'intento di salvaguardare la fiducia nella veridicità dei bilanci o delle comunicazioni dell'impresa organizzata in forma societaria, disciplinava le false comunicazioni sociali, quale reato di pericolo; *ii*) la seconda, prevista dall'art. 2622 c.c. e rubricata “*False comunicazioni sociali in danno della società, dei soci o dei creditori*”, disciplinava le false comunicazioni sociali, quale reato di danno.

Per quanto di interesse, l'art. 2621 c.c. prevedeva alcuni casi di non punibilità del fatto (commi 3 e 4):

- la punibilità era esclusa se le falsità o le omissioni non alteravano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo;
- la punibilità era esclusa se le falsità o le omissioni determinavano una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al 5%, o una variazione del patrimonio netto non superiore all'1%;
- la punibilità era esclusa in caso di valutazioni estimative che, singolarmente, differivano di non più del 10% da quelle corrette.

Le c.d. “*soglie di punibilità*” erano dunque quattro, una qualitativa e tre quantitative:

- la soglia qualitativa – prevista dal comma 3 – corrispondeva ad una variazione “*sensibile*” dello *status* economico, patrimoniale, finanziario della società;
- le due soglie quantitative, presenti nel medesimo comma, erano finalizzate ad escludere la punibilità di variazioni alternativamente non superiori al 5% del risultato economico di esercizio al lordo delle imposte o all'1% del patrimonio netto;

• l'ultima soglia – prevista dal comma 4 e di natura anch'essa quantitativa – considerava lecito uno scostamento nelle valutazioni estimative, non superiore al 10% rispetto alla stima corretta.

La norma subordinava, quindi, la punibilità delle alterazioni di bilancio al superamento di tutte le soglie e una parte della dottrina riteneva, di conseguenza, che non fossero punibili le alterazioni per le quali le soglie non fossero applicabili. E si portava ad esempio la rivalutazione delle immobilizzazioni (in forza di leggi di rivalutazione di matrice fiscale), che non determinava un'alterazione del risultato d'esercizio, non transitando per il conto economico; con la conseguenza che se la rivalutazione, in ragione del consistente importo avrebbe in astratto condotto al superamento della soglia di rilevanza anche con riferimento al risultato economico, ciò non poteva concretizzarsi poiché la rivalutazione era iscritta direttamente in una riserva.

Altra parte della dottrina affermava, per contro, che «nessun dubbio dovrebbe sussistere sulla rilevanza alternativa dei due criteri del 5 e dell'1%, così come chiarito dai lavori preparatori, con i quali è stato precisato che il parametro dell'1% deve essere utilizzato nel caso in cui quello del 5%, che è rapportato al risultato economico dell'esercizio, non potesse, per una qualsiasi ragione, essere utilizzato»⁵.

Analoga conclusione si ricavava, peraltro, dalla Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 61/2002, laddove si affermava espressamente che «stante la non omogeneità tecnico-contabile dei due parametri presi in considerazione dalle citate soglie, esse operano in alternativa tra loro». La stessa Relazione, poi, aggiungeva che «per tutte le ipotesi in cui non è possibile utilizzare tali soglie varrà la generale formula della non alterazione sensibile della rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene».

D'altronde, si osservava, se così non fosse la norma sarebbe costituzionalmente illegittima, poiché condurrebbe ad un trattamento differenziato di situazioni analoghe; infatti, una medesima rivalutazione se fatta transitare per il conto economico determinerebbe la punibilità della fattispecie concreta, mentre se iscritta direttamente a riserva – con il medesimo risultato di far venir meno la rilevanza della perdita ai sensi degli artt. 2446 e 2447 c.c. – risulterebbe priva di sanzione.

In ogni caso, la riforma – proprio per effetto delle soglie di punibilità – si

⁵ P. BARTOLO, *I reati di false comunicazioni sociali*, Giappichelli, Torino, 2004, 104, il quale richiama in nota il conforme parere di L. FOFFANI, *Le falsità*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda- S. Seminara, Cedam, Padova, 2002, 287).

caratterizzava per una significativa riduzione dell'efficacia sanzionatoria delle false comunicazioni sociali, rispetto al passato. Per contro, al di là dell'oceano – a seguito dei noti scandali finanziari – veniva promulgato il c.d. “*Sarbanes-Oxley Act*”, con il quale – tra le altre cose – si prevedeva che il CEO (*Chief Executive Officer*) e il CFO (*Chief Financial Officer*) dovessero rispondere (e, tuttora, rispondano) personalmente circa la genuinità dei bilanci, con l'ammenda pari a \$ 5.000.000 e/o la reclusione fino a vent'anni, nel caso di “*dolo specifico*”, o l'ammenda pari a \$ 1.000.000 e/o la reclusione fino a dieci anni in caso di “*dolo generico*”.

3. La riforma

3.1. Il quadro di riferimento

3.1.1. La nozione di “rilevanza”

Prima di esaminare la disciplina di riforma, pare utile prendere le mosse dal significato attribuito alla nozione di “rilevanza” (o, più correttamente, “*materiality*”) nel diritto di matrice anglosassone, nel quale – già da molto tempo – tale nozione si è consolidata.

In tale contesto, «*Materiality is a legal term which can have different meanings, depending on context. When speaking of facts, the term generally means a fact which is “significant to the issue or matter at hand”*». Ed ancora, «*Within the context of corporate and securities law in the United States, a fact is defined as material if there is a substantial likelihood that a reasonable shareholder would consider it important in deciding how to vote their shares or invest their money. In this regard, it is similar to the accounting term of the same name. Materiality is particularly important in the context of securities law, because under the Securities Exchange Act of 1934, a company can be held civilly or criminally liable for false, misleading, or omitted statements of fact in proxy statements and other documents, if the fact in question is found by the court to have been material pursuant to Rule 10b-5*»⁶.

Occorre, inoltre, rammentare che – dal punto di vista tecnico-contabile – la significatività (dell'errore) è un concetto fondamentale della revisione, esplicitato nei principi di revisione ISA Italia 320 (“*Significatività nella pianificazione e nello svolgimento della revisione contabile*”) e ISA Italia 450 (“*Valutazione degli errori identificati nel corso della revisione contabile*”),

⁶ Fonte: Wikipedia, voce “*Materiality*”.

ora resi obbligatori anche nel nostro ordinamento⁷.

In tale ambito, gli errori sono considerati significativi quando «ci si può ragionevolmente attendere che essi, considerati singolarmente o nel loro insieme, siano in grado di influenzare le decisioni economiche prese dagli utilizzatori sulla base del bilancio».

La materialità (o significatività) è rappresentata da un valore numerico che definisce la misura dell'errore che non inficia i dati del bilancio, o meglio definisce il limite totale degli errori individuati dal revisore che non dovrebbe modificare il giudizio positivo sul bilancio nel suo complesso: se gli errori rilevati superano il valore della materialità (o significatività), il revisore deve emettere un giudizio negativo sul bilancio.

Peraltro, la materialità (o significatività), essendo prima di tutto espressione di aspetti qualitativi rilevanti per gli utilizzatori del bilancio, non deve mai essere intesa, dal punto di vista quantitativo, come un valore assoluto; si tratta piuttosto di un'area che comprende l'intervallo tra i fenomeni che non sono significativi e quelli che, invece, lo sono sicuramente.

Sia nella definizione teorica, sia nell'applicazione pratica, la significatività viene determinata a più livelli:

- significatività complessiva;
- significatività operativa;
- significatività per la rendicontazione degli aggiustamenti riscontrati nelle verifiche.

Relativamente alla significatività complessiva, ossia a quella che attiene al bilancio nel suo complesso, l'ISA Italia 320 non fornisce indicazioni di natura quantitativa. Tuttavia il Principio di revisione sottolinea che, spesso, nella *best practice* dei revisori, il punto di partenza per la sua quantificazione si basa su percentuali applicate a determinati valori di bilancio. In particolare, nella prassi professionale sia nazionale sia internazionale si sono consolidati i seguenti parametri di massima per la determinazione della significatività complessiva di bilancio:

⁷ Con determina del Ragioniere generale dello Stato del 23 dicembre 2014, sono stati adottati i Principi di revisione ISA Italia, che nascono dalla collaborazione con le associazioni e gli ordini professionali (l'Associazione Italiana Revisori Contabili (Assirevi), il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CNDCEC) e l'Istituto Nazionale Revisori Legali (INRL) su base convenzionale, e CONSOB, ai sensi degli articoli 11 e 12 del d.lgs. n. 39/2010. I Principi di revisione sostituiscono quelli precedentemente in vigore, emanati ai sensi dell'art. 162 del d.lgs. n. 58/1998 (t.u.f.).

VALORE DI RIFERIMENTO	PRASSI NAZIONALE		PRASSI INTERNAZIONALE	
	% min	% max	% min	% max
Ricavi	0,5	1	1	3
Risultato operativo	n/d	n/d	3	7
Utile ante imposte	5	10	n/d	n/d
Totale attivo	0,5	1	1	3
Patrimonio netto	1	5	3	5

3.1.2. I principi contabili internazionali

Il tema della “rilevanza” (o “significatività”) è preso (normativamente) in considerazione dallo I.A.S. 1 (“*Presentazione del bilancio*”) e dallo I.A.S. 8 (“*Principi contabili, cambiamenti nelle stime contabili ed errori*”).

In particolare, lo I.A.S. 1 – al par. 7 – afferma che «Le omissioni o errate misurazioni di voci sono rilevanti se potrebbero, individualmente o nel complesso, influenzare le decisioni economiche che gli utilizzatori prendono sulla base del bilancio. La rilevanza dipende dalla dimensione e dalla natura dell’omissione o errata misurazione valutata a seconda delle circostanze. La dimensione o natura della voce, o una combinazione di entrambe, potrebbe costituire il fattore determinante. Determinare se un’omissione o una errata misurazione potrebbe influenzare le decisioni economiche degli utilizzatori, e quindi essere rilevante, richiede di tenere in considerazione le caratteristiche di tali utilizzatori».

Lo I.A.S. 8, al par. 5, afferma anzitutto che «Gli errori di esercizi precedenti sono omissioni e errate misurazioni di voci nel bilancio dell’entità per uno o più esercizi derivanti dal non utilizzo o dall’utilizzo erraneo di informazioni attendibili che:

- erano disponibili quando i bilanci di quegli esercizi erano autorizzati all’emissione; e
- si poteva ragionevolmente supporre che fossero state ottenute e utilizzate nella redazione e presentazione di quei bilanci.

Tali errori includono gli effetti di errori aritmetici, errori nell'applicazione di principi contabili, sviste o interpretazioni distorte di fatti, e frodi».

Lo stesso I.A.S. 8, al par. 41, aggiunge peraltro che: «Errori possono essere commessi nella rilevazione, valutazione, presentazione o informativa di elementi del bilancio. Il bilancio non è conforme agli IFRS se questo contiene errori rilevanti ovvero irrilevanti se commessi intenzionalmente per ottenere una particolare presentazione della situazione patrimoniale-finanziaria, del risultato economico o dei flussi finanziari dell'entità».

3.1.3. I principi contabili nazionali

Preliminarmente, vale la pena rammentare che l'art. 20, comma 2, lett. b), d.l. 24 giugno 2014, n. 91, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 116, ha introdotto l'art. 9-bis nel d.lgs. 28 febbraio 2005, n. 38, stabilendo che «L'organismo Italiano di Contabilità, istituto nazionale per i principi contabili: a) emana i principi contabili nazionali, ispirati alla migliore prassi operativa, per la redazione dei bilanci secondo le disposizioni del codice civile; [...]»⁸. Tale coinvolgimento è stata, di recente, ribadito dal d.lgs. n. 139/2015, ove – all'art. 12, comma 3 – si stabilisce che «L'Organismo italiano di contabilità aggiorna i principi contabili nazionali di cui all'articolo 9-bis, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 28 febbraio 2005, n. 38, sulla base delle disposizioni contenute nel presente decreto».

I citati richiami normativi hanno rafforzato l'originario moto di “giuridicizzazione” dei principi contabili (nazionali), che ora si avvalgono di un richiamo espresso alle «*disposizioni del codice civile*».

Relativamente al tema che ci occupa, il concetto di “rilevanza” è fatto proprio dall'O.I.C. 11 (“*Bilancio d'esercizio, finalità e postulati*”), il quale afferma che «I principi contabili si distinguono in principi contabili generali o postulati del bilancio di esercizio e principi contabili applicati. I postulati del bilancio costituiscono i fondamenti e le regole di carattere generale cui devono informarsi i principi contabili applicati alle singole poste di bilancio incluse quelle relative ad imprese che operano in settori specialistici. I principali postulati sono i seguenti:

- [...]

⁸ Antecedentemente, l'art. 4 del d.P.R. 31 marzo 1975, n. 136, imponeva alla società di revisione di indicare, nella propria relazione, se i fatti di gestione erano stati rilevati secondo “*corretti principi contabili*”. La norma è stata abrogata dal d.lgs. 9 aprile 1991 n. 127.

- Significatività e rilevanza dei fatti economici ai fini della loro presentazione in bilancio.
- [...]».

Lo stesso O.I.C. 11 aggiunge che «Il bilancio d'esercizio deve esporre solo quelle informazioni che hanno un effetto significativo e rilevante sui dati di bilancio o sul processo decisionale dei destinatari. Il principio di significatività trova anche riscontro in numerose norme relative alla redazione e al contenuto del bilancio. Il procedimento di formazione del bilancio implica delle stime o previsioni. Pertanto, la correttezza dei dati di bilancio non si riferisce soltanto all'esattezza aritmetica, bensì alla correttezza economica, alla ragionevolezza, cioè al risultato attendibile che viene ottenuto dall'applicazione oculata ed onesta dei procedimenti di valutazione adottati nella stesura del bilancio d'esercizio. Errori, semplificazioni e arrotondamenti sono tecnicamente inevitabili e trovano il loro limite nel concetto di rilevanza; essi cioè non devono essere di portata tale da avere un effetto rilevante sui dati di bilancio e sul loro significato per i destinatari».

3.1.4. La direttiva comunitaria

La direttiva 26 giugno 2013, 2013/34/UE, relativa ai bilanci d'esercizio, ai bilanci consolidati e alle relative relazioni di talune tipologie di imprese, recante modifica della direttiva 2006/43/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e abrogazione delle direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE del Consiglio, nelle considerazioni di carattere generale – pur riconfermando appieno i principi ispiratori della IV e della VII Direttiva – esplicita la necessità di un equilibrio tra gli interessi dei destinatari dei bilanci e l'interesse delle imprese a non essere eccessivamente gravate da obblighi in materia di informativa.

In tale prospettiva, all'art. 2 (che contiene le “Definizioni”) viene considerato “rilevante” «lo stato dell'informazione quando la sua omissione o errata indicazione potrebbe ragionevolmente influenzare le decisioni prese dagli utilizzatori sulla base del bilancio d'impresa. La rilevanza delle singole voci è giudicata nel contesto di altre voci analoghe» (n. 16).

È da dire che, antecedentemente, le Direttive contabili non avevano mai fornito una definizione di “rilevanza”, limitandosi a fare ad essa riferimento, indirettamente nel contesto del soddisfacimento della clausola di rappresentazione veritiera e corretta, e direttamente nel contesto delle disposizioni pertinenti gli schemi di bilancio e le informazioni da inserire in nota integrativa.

Peraltro, la Direttiva considera la rilevanza delle singole voci nel contesto di altre voci analoghe e non invece la rilevanza dell'informazione o delle in-

formazioni presentate avuto riguardo alle singole voci, laddove i principi contabili la giudicano avuto riguardo alla dimensione quantitativa della posta e quindi in rapporto al bilancio di esercizio nel suo insieme.

È bene, tuttavia, sottolineare che la definizione di rilevanza contenuta nell'art. 2 assume un peso differente se confrontata con quanto disposto dall'art. 6, par. 1, lett. j), della medesima Direttiva (in tema di “*Principi generali di bilancio*”), il quale stabilisce che «non occorre rispettare gli obblighi di rilevazione, valutazione, presentazione, informativa e consolidamento previsti dalla presente direttiva quando la loro osservanza abbia effetti irrilevanti».

Alla luce di tale circostanza, si deve ritenere che la Direttiva abbia voluto introdurre un nuovo principio di redazione del bilancio e, cioè, la rilevanza; infatti, nei “*considerando*” si precisa che «il principio della rilevanza dovrebbe regolare la rilevazione, la valutazione, la presentazione, l'informativa e il consolidamento nei bilanci» (n. 17).

Tuttavia, onde evitare un'interpretazione troppo rigida di quanto disposto, la stessa Direttiva aggiunge che «il principio di rilevanza non dovrebbe pregiudicare eventuali obblighi nazionali relativi alla tenuta dei registri completi da cui risultino le operazioni commerciali e la situazione finanziaria». Anche se, come si avrà modo di chiarire, la portata formale di tale disposizione risulta sterilizzata in tutti gli Stati membri, tra cui l'Italia, ove è obbligatoria la tenuta dei registri da cui debbano risultare i fatti amministrativi intervenuti nel corso dell'esercizio.

3.2. *Le modifiche al Codice Civile*

Come si è detto, il d.lgs. n. 139/2015 – nel recepire la direttiva 2013/34/UE – ha introdotto rilevanti modifiche ai principi generali. In particolare, all'art. 2423 c.c. è stato aggiunto un nuovo comma 4 che prevede la possibilità di non rispettare gli obblighi di rilevazione, valutazione, presentazione e informativa quando la loro osservanza abbia effetti irrilevanti. Come evidenziato nella relazione illustrativa, con tale norma viene recepito il principio di rilevanza introdotto all'art. 6, par. 1, lett. j), della direttiva comunitaria.

Viene in tal modo enunciato un principio di fatto già presente nel nostro ordinamento, attribuendo rango di legge al principio di significatività che già caratterizzava alcune disposizioni relative alla redazione e alla valutazione di determinate poste di bilancio: si pensi, ad esempio, all'art. 2427, comma 1, n. 10 che richiede l'indicazione nella nota integrativa, ove tale informazione risulti significativa, della ripartizione dei ricavi delle vendite e delle prestazioni secondo categorie di attività e secondo aree generiche. Ed infatti, come evi-

denziato dalla Relazione illustrativa, la novità si accompagna all'eliminazione dei riferimenti al principio di significatività contenuti nelle specifiche regole di informativa del codice civile, tra cui il menzionato art. 2427, comma 1, n. 10, c.c. relativo alla ripartizione geografica dei ricavi delle vendite e delle prestazioni.

Ma, l'introduzione del principio generale della rilevanza ha comportato anche l'eliminazione della norma di cui all'art. 2426, comma 1, n. 12, c.c., ai sensi della quale «Le attrezzature industriali e commerciali, le materie prime, sussidiarie e di consumo, possono essere iscritte nell'attivo ad un valore costante qualora siano costantemente rinnovate, e complessivamente di scarsa importanza in rapporto all'attivo di bilancio, sempreché non si abbiano variazioni sensibili nella loro entità, valore e composizione».

Ma vi erano anche altre norme che evocavano la materialità, quali:

- l'irrilevanza: art. 2423-ter, comma 2, c.c.;
- l'apprezzabilità: artt. 2426, n. 10, e 2427, nn. 7 e 13, c.c.;
- la significatività: art. 2427, nn. 6-bis e 22-ter, c.c.;
- l'indicazione in nota integrativa delle operazioni realizzate con parti correlate qualora le stesse fossero rilevanti e non concluse a normali condizioni di mercato: art. 2427, n. 22-bis, c.c.

Si deve, quindi, ritenere che la modifica legislativa abbia accresciuto l'importanza del principio della *materiality*, ponendolo ad un livello superiore – quello dei principi generali per la redazione del bilancio – rispetto alla disciplina antecedente, in cui detto principio risultava frammentariamente esposto in varie norme, peraltro con terminologie differenti.

La formulazione della nuova norma sembrerebbe, ad una prima lettura, legittimare addirittura la non rilevazione in contabilità dei fatti di gestione ritenuti irrilevanti; tale interpretazione è però erranea, giacché la norma puntualizza che «rimangono fermi gli obblighi in tema di regolare tenuta delle scritture contabili». Ciò sta a significare che la decodifica del criterio della rilevanza non mette in alcun modo in discussione gli obblighi relativi alla tenuta di una corretta contabilità, in linea con quanto espressamente chiarito dalla direttiva 2013/34/UE.

Più corretto appare, pertanto, pensare che il nuovo principio trovi applicazione, non tanto nel momento della rilevazione del fatto di gestione quanto, piuttosto, nella successiva valutazione che dello stesso deve essere fatta ai fini della rilevazione delle scritture di rettifica ed integrazione finalizzate alla chiusura dei conti annuali. Solo in tale sede sarebbe ammissibile omettere di valutare una data posta quando l'entità di tale valutazione fosse giudicata non

rilevante. Si pensi, per fare un esempio, alla decisione di iscrivere o meno la svalutazione di un credito.

D'altronde, nel nuovo art. 2423 c.c. il principio della irrilevanza di una data informazione viene utilizzato espressamente per legittimarne l'esclusione dal bilancio, a condizione che da tale omissione non derivi un'alterazione della rappresentazione veritiera e corretta. Il che, oltretutto, impone di valutare la rilevanza tenendo conto del complesso delle informazioni omesse; ciò in quanto, anche se un'omissione isolatamente considerata potrebbe risultare irrilevante, non è detto che lo stesso accada quando nel bilancio si omettono più informazioni singolarmente ritenute irrilevanti.

L'ultima parte della norma in commento impone al redattore del bilancio di descrivere nella nota integrativa come è stata data attuazione alle prescrizioni dell'intero comma 4, rendendo obbligatoria la giustificazione dell'esclusione dal bilancio delle informazioni ritenute non rilevanti. Alla luce di tale prescrizione, appare chiaro come l'irrilevanza di alcune informazioni non ne giustifichi affatto la rimozione dal bilancio, posto che le stesse, oltre alle motivazioni che ne hanno portato all'esclusione, dovranno comunque figurare in nota integrativa.

Ne consegue, che la prescrizione in oggetto sembra essere orientata – come, peraltro, previsto dalla Direttiva (v. *supra*) – dalla volontà di aumentare la leggibilità del bilancio, in particolare dello stato patrimoniale e del conto economico, omettendo da tali documenti quelle informazioni che ne appesantirebbero inutilmente il contenuto e riservandone l'esposizione alla sola nota integrativa, nell'ottica di ottenere una maggiore chiarezza del bilancio nel suo complesso.

3.3. La riforma delle false comunicazioni sociali

3.3.1. Premessa

Come si è detto, la legge 27 maggio 2015, n. 69 (“*Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio*”), ha introdotto rilevanti modifiche alle Disposizioni penali in materia di società e consorzi, sostituendo gli artt. 2621 e 2622 c.c. e introducendo gli artt. 2621-*bis* e 2621-*ter*.

Rispetto alla disciplina previgente, la riforma distingue tra falso in bilancio di società non quotate e falso in bilancio di società quotate, sanzionando entrambe le fattispecie come delitto. Viene prevista inoltre, per le società non quotate, una ipotesi attenuata del reato, nonché uno specifico caso di non punibilità per lieve entità dell'illecito.

3.3.2. L'art. 2621 c.c.

Il nuovo art. 2621 c.c. prevede che i medesimi soggetti di cui alla previgente normativa, i quali «consapevolmente espongono fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da uno a cinque anni».

Oltre al passaggio da contravvenzione a delitto, i principali elementi di novità del nuovo reato di falso in bilancio di cui art. 2621 c.c. sono i seguenti:

- scompaiono le soglie di non punibilità, previste dal terzo e quarto comma dell'art. 2621 c.c.
- viene modificato il riferimento al dolo: in particolare, permane il fine del conseguimento per sé o per altri di un ingiusto profitto, ma viene meno «*l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico*», mentre è esplicitamente introdotto nel testo il riferimento alla consapevolezza delle falsità esposte. In quanto delitto, anziché contravvenzione, il falso in bilancio di cui al nuovo art. 2621 c.c. dovrebbe comunque presumere il dolo e quindi la consapevolezza di commettere un reato. Inoltre, il nuovo testo conferma anche il dolo specifico relativo all'ingiusto profitto, elemento che richiede una consapevolezza ulteriore dell'illiceità della condotta;
- viene eliminato il riferimento all'omissione di “*informazioni*”, sostituito da quello all'omissione di “*fatti materiali rilevanti*”, la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene;
- viene introdotto l'elemento oggettivo ulteriore della “*concreta*” idoneità dell'azione o omissione ad indurre altri in errore.

Il riferimento dell'art. 2621 c.c. alle modalità del falso – ovvero al fatto che debba essere «*concretamente idoneo a indurre altri in errore*» – pare collegato alla scomparsa delle soglie di punibilità, nonché alla previsione delle ipotesi di lieve entità e particolare tenuità (di cui ai nuovi artt. 2621-*bis* e 2621-*ter* c.c.).

3.3.3. Il nuovo art. 2621-*bis* c.c.

Come si è detto, la riforma ha introdotto nel Codice Civile due ulteriori disposizioni dopo l'art. 2621: gli artt. 2621-*bis* (“*Fatti di lieve entità*”) e 2621-*ter* (“*Non punibilità per particolare tenuità*”).

L'art. 2621-*bis* c.c. disciplina l'ipotesi in cui il *falso in bilancio* di cui all'art. 2621 c.c. è costituito da fatti “*di lieve entità*” («salvo che costituiscano più grave reato»). Tale fattispecie, punita con la reclusione da sei mesi a tre anni (fatta salva la non punibilità per particolare tenuità del fatto: v. *infra*, nuovo art. 2621-*ter* c.c.) viene qualificata dal giudice tenendo conto:

- della natura e delle dimensioni della società;
- delle modalità o degli effetti della condotta.

Analoga sanzione si applica – in base al comma 2 del nuovo art. 2621-*bis* c.c. – anche nel caso in cui le falsità o le omissioni riguardano società che non superano i limiti indicati dal secondo comma dell'art. 1 della legge fallimentare. Si tratta, quindi, delle società che, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, dimostrino il possesso congiunto dei tre seguenti requisiti:

- un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila;
- ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila;
- un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila.

In tal caso, il delitto è procedibile a querela della società, dei soci, dei creditori o degli altri destinatari della comunicazione sociale.

La sanzione ridotta, prevista dal secondo comma dell'articolo in esame per le specifiche tipologie di società più piccole, costituisce pertanto una presunzione assoluta, introdotta direttamente dalla legge, circa la sussistenza del fatto di lieve entità e l'applicabilità della relativa sanzione.

Le condotte che interessano società di dimensioni maggiori rispetto a quelle indicate nel secondo comma possono comunque rilevare ai fini della lieve entità in base ad una valutazione del caso concreto, operata dal giudice in applicazione del primo comma, in cui – come si è detto – debbono comunque essere valutate anche le dimensioni della società.

3.3.4. Il nuovo art. 2621-*ter* c.c.

Il nuovo art. 2621-*ter* c.c. prevede che, ai fini della non punibilità prevista dall'art. 131-*bis* c.p. per particolare tenuità dell'illecito (disposizione introdotta dal d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28), il giudice valuti, in modo prevalente, l'entità dell'eventuale danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori dal falso in bilancio di cui agli artt. 2621 e 2621-*bis*.

Al proposito, pare utile rammentare che la Corte di Cassazione, in due recentissime sentenze rese a Sezioni Unite⁹, ha preso in considerazione la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto disciplinata dall'art. 131-*bis* c.p., precisando che non esiste «un'offesa tenue o grave in chiave archetipica»: è la concreta manifestazione del reato che ne segna il disvalore.

Più in particolare, la Suprema Corte attribuisce rilievo al riferimento testuale alle modalità della condotta, sottolineando che la nuova normativa non si interessa della condotta tipica, bensì ha riguardo alle forme di estrinsecazione del comportamento, al fine di valutarne complessivamente la gravità, l'entità del contrasto rispetto alla legge e conseguentemente il bisogno di pena.

Le Sezioni Unite ritengono, quindi, ingiustificato il dubbio da più parti sollevato relativamente all'applicabilità della norma di carattere generale – contenuta, per l'appunto, nell'art. 131-*bis* c.p. – alle fattispecie nelle quali la misurazione sia stata espressa direttamente dal legislatore attraverso l'individuazione di soglie, fasce di rilevanza penale o di graduazione dell'entità dell'illecito. Un tale dubbio è, infatti, determinato dal richiamo improprio al principio di offensività, che – secondo i Giudici di legittimità – non deve qui entrare in gioco, poiché l'esiguità del disvalore deve essere unicamente frutto di una valutazione congiunta degli indicatori afferenti alla condotta, al danno ed alla colpevolezza; e ciò vale anche in presenza delle soglie di punibilità, che di per sé indicano il minimo disvalore del fatto stesso.

La Suprema Corte conclude affermando – tuttavia – che quanto più ci si allontana dal valore-soglia tanto più è verosimile che ci si trovi in presenza di un fatto non specialmente tenue; tuttavia, nessuna conclusione può essere tratta in astratto, senza considerare cioè le peculiarità del caso concreto.

3.3.5. L'art. 2622 c.c.

La disciplina di riforma ha modificato anche l'art. 2622 c.c., precedentemente relativo alla «*fattispecie di false comunicazioni sociali in danno della società, dei soci o dei creditori*». Tale fattispecie è stata sostituita dal delitto di «*false comunicazioni sociali delle società quotate*» – individuate dal nuovo art. 2622, comma 1, c.c., come le società emittenti strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato italiano o di altro Paese della UE –, sanzionato con la pena della reclusione da tre a otto anni.

I soggetti attivi del reato sono gli stessi di cui al precedente art. 2622 c.c., ovvero amministratori, direttori generali, dirigenti addetti alla predisposizione

⁹ Cass., sez. un., 6 aprile 2016, nn. 13681 e 13682.

delle scritture contabili, sindaci e liquidatori, con la differenza che – ora – si tratta di ruoli ricoperti in società quotate.

La condotta illecita per il falso in bilancio nelle società quotate consiste nell'espone consapevolmente fatti materiali non rispondenti al vero, ovvero omettere fatti materiali “*rilevanti*” la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene in modo concretamente idoneo a indurre altri in errore sulla situazione economica della società.

I principali elementi di novità del nuovo falso in bilancio delle società quotate di cui art. 2622, comma 1, c.c. – che parzialmente coincidono con quelli di cui all'art. 2621 c.c. – sono i seguenti:

- la fattispecie è configurata come reato di pericolo, anziché di danno; scompare, infatti, ogni riferimento al danno patrimoniale causato alla società;
- le pene sono aumentate (reclusione da tre a otto anni, anziché da uno a quattro anni);
- scompaiono, come nel falso in bilancio delle società non quotate, le soglie di non punibilità (previste dai commi 4 ss. del previgente art. 2622 c.c.);
- è anche qui modificato il riferimento al dolo (permane il fine del conseguimento per sé o per altri di un ingiusto profitto, ma viene meno “*l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico*”, mentre è esplicitamente introdotto nel testo il riferimento alla consapevolezza delle falsità esposte);
- è eliminato il riferimento all'omissione di “*informazioni*”, sostituito da quello all'omissione di “*fatti materiali rilevanti*” (la cui comunicazione è imposta dalla legge) sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene;
- è introdotto, come nell'art. 2621 c.c., l'elemento oggettivo ulteriore della “*concreta*” idoneità dell'azione o omissione ad indurre altri in errore.

3.3.6. *Segue. Il quadro d'insieme*

In sintesi, sul piano penale, condotte concretamente idonee a indurre altri in errore nelle comunicazioni sociali possono quindi condurre:

- all'applicazione della pena della reclusione da uno a cinque anni (da tre a otto anni per le quotate), in presenza di errori “*rilevanti*”;
- all'applicazione della pena da sei mesi a tre anni, ove i fatti siano di lieve entità, tenuto conto di una serie di elementi oppure quando si riferiscano a società di minori proporzioni;
- alla non punibilità per particolare tenuità, in base alla valutazione del giudice, prevalentemente incentrata sull'entità del danno.

3.3.7. La rilevanza penale del falso qualitativo

Le “*falsità*” inserite nel bilancio che non riguardano l’entità delle poste iscritte, bensì la loro qualificazione – e, cioè, l’ipotesi in cui il mendacio non è l’importo ma la sua classificazione in bilancio – sono state oggetto di differenti interpretazioni, sia in dottrina sia in giurisprudenza.

Si tratta dei casi in cui la rappresentazione adottata nel bilancio e nelle altre comunicazioni sociali non incide sul risultato finale, ma che di fatto – mediante appostazioni contabili non corrette – altera la percezione da parte dei terzi della situazione economica, finanziaria o patrimoniale della società¹⁰. Quindi, “*numericamente*” non vi è stata alcuna alterazione ai dati complessivi di bilancio, il quale tuttavia – pur contenendo dati numerici sostanzialmente veritieri e, quindi, evidenziando correttamente l’utile, il totale delle attività o delle passività, l’indebitamento complessivo, l’utile operativo, ecc. – presenta alcuni costi (o ricavi o componenti patrimoniali) classificati in modo errato o quantomeno improprio.

Non pare ci possano essere dubbi sul fatto che una simile condotta sia penalmente rilevante a seguito della riforma delle false comunicazioni sociali, ferma restando la ricorrenza delle altre condizioni richieste.

Come si è detto, infatti, la fattispecie sanzionata riguarda la consapevole esposizione di fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero ovvero l’omissione di fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge

¹⁰ Ci possono essere esempi di errate appostazioni contabili che non alterano il risultato complessivo: basti pensare, per esempio, alla scorretta classificazione di un debito verso soci per finanziamento nelle poste di patrimonio netto sotto la voce degli apporti, che altera completamente la valutazione di una società senza peraltro cambiare il totale del passivo.

Un altro esempio può essere riferito alle poste dei debiti: gli schemi di bilancio chiedono di classificare i debiti in funzione del loro orizzonte di scadenza, distinguendo quelli a breve da quelli a lungo. Pensiamo al caso, spesso ricorrente, delle società che hanno negoziato il debito a lungo con le banche, e negli accordi di concessione delle linee di credito vi sono degli importanti impegni in termini di risultati da raggiungere (*covenant*) nelle diverse sfere aziendali (patrimoniale, economica, finanziaria). Spesso le clausole prevedono al mancato rispetto dei *covenant* il diritto, per l’ente finanziatore, di chiedere l’immediata restituzione del credito, anche se la scadenza nominale resta a medio-lungo termine. Pertanto se l’andamento societario procede in modo regolare, i *covenant* risultano rispettati, e quindi è corretto che i debiti a lunga scadenza rimangano classificati in questa voce; quando invece accade che la società al momento di redazione del bilancio già conosce il fatto che i vincoli non sono rispettati, questi debiti devono essere correttamente riclassificati tra le poste con scadenza a breve. Se ciò non viene fatto, siamo in presenza di un’alterazione della rappresentazione contabile che comporta nel lettore una diversa percezione della situazione finanziaria della società.

sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo a indurre altri in errore. E, nella nozione di “*fatto materiale*” rientrano tutti i dati oggettivi che attengono alla realtà economica, patrimoniale e finanziaria della società; con la conseguenza che un’errata consapevole classificazione di una posta di bilancio conduce a un fatto materiale non rispondente al vero.

Per fare un esempio, una somma iscritta in bilancio quale spesa di rappresentanza, ma in realtà utilizzata per pagare una tangente, deve ritenersi fatto materiale non rispondente al vero secondo i canoni ermeneutici utilizzati dalla Suprema Corte. E la rilevanza penale di questo come di altri falsi qualitativi dipende non tanto dalla sussistenza del fatto materiale non rispondente al vero, ma dalla verifica delle altre circostanze previste dalla fattispecie.

3.3.8. La rilevanza civilistica degli errori di carattere qualitativo

Dal punto di vista civilistico, la questione è molto più semplice: gli errori di carattere qualitativo, se rilevanti, configurano quantomeno una violazione del principio della chiarezza, circostanza che – sulla base dell’orientamento ormai granitico della giurisprudenza – conducono inesorabilmente alla nullità della delibera di approvazione del bilancio.

Ma, nella maggior parte dei casi, gli errori di carattere qualitativo configurano anche una violazione dei principi di veridicità e di correttezza, determinando la stessa sanzione.

3.4. La riforma del sistema penale tributario

Come noto, la previgente normativa considerava non punibili le valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differissero in misura inferiore al dieci per cento da quelle corrette. Inoltre, degli importi compresi in tale percentuale non si teneva conto nella verifica del superamento delle soglie di punibilità.

In particolare l’art. 7 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 (in tema di “*Rilevazioni nelle scritture contabili e nel bilancio*”), stabiliva che «non danno luogo a fatti punibili a norma degli artt. 3 e 4 (n.d.r. “*Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici e dichiarazione infedele*”) le rilevazioni nelle scritture contabili e nel bilancio eseguite in violazione dei criteri di determinazione dell’esercizio di competenza, ma sulla base di metodi costanti di impostazione contabile, nonché le rilevazioni e le valutazioni estimative rispetto alle quali i criteri concretamente applicati sono stati comunque indicati nel bilancio» e che «in ogni caso, non danno luogo a fatti punibili a norma degli articoli 3 e 4 le

valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura inferiore al dieci per cento da quelle corrette. Degli importi compresi in tale percentuale non si tiene conto nella verifica del superamento delle soglie di punibilità previste nel comma 1, lett. a) e b), dei medesimi articoli».

Il d.lgs. n. 158/2015 ha abrogato tale articolo e ha, invece, introdotto il nuovo comma 1-*bis* all'art. 4 del d.lgs. n. 74/2000, confermando la tolleranza del 10% in merito agli elementi attivi non dichiarati, limitatamente alla fattispecie di dichiarazione infedele e non più per la dichiarazione fraudolenta, e ha aggiunto che non si deve tener conto, ai fini dell'imposta evasa, «della non corretta classificazione, della valutazione di elementi attivi o passivi oggettivamente esistenti, rispetto ai quali i criteri concretamente applicati sono stati comunque indicati nel bilancio ovvero in altra documentazione rilevante ai fini fiscali, della violazione dei criteri di determinazione dell'esercizio di competenza, della non inerenza, della non deducibilità di elementi passivi reali».

Il d.lgs. n. 158/2015 ha, inoltre, introdotto il nuovo comma 1-*ter* all'art. 4 del d.lgs. n. 74/2000, prevedendo che «in ogni caso, non danno luogo a fatti punibili le valutazioni che singolarmente considerate, differiscono in misura inferiore al 10 per cento da quelle corrette. Degli importi compresi in tale percentuale non si tiene conto nella verifica del superamento delle soglie di punibilità previste dal comma 1, lettere a) e b)». In sostanza, si prevede che degli importi compresi entro lo “scarto tollerato” non debba tenersi conto (anche quando lo scarto complessivo eccedesse il limite del 10%) nella verifica del superamento delle soglie di punibilità del delitto di dichiarazione infedele.

4. Gli effetti sulla legittimazione alle modifiche del progetto di bilancio

4.1. Premessa

Il tema della rilevanza deve essere opportunamente affrontato anche con riguardo alla questione ampiamente dibattuta se l'assemblea abbia il potere di apportare modifiche al progetto di bilancio e, in caso affermativo, se tale potere incontri limiti intrinseci od estrinseci.

È subito da dire che il legislatore non affronta la questione nella disciplina delle società c.d. “*ordinarie*” – tema in relazione al quale vi sono posizioni contrastanti in dottrina e, a quanto consta, soltanto due pronunce giurisprudenziali, anch'esse difformi –, mentre detta una disposizione per le società quotate.

4.2. La modificazione del progetto di bilancio da parte dell'assemblea

4.2.1. Il dato normativo

Il riferimento normativo circa l'approvazione del bilancio d'esercizio è contenuto nell'art. 2364, comma 1, n. 1, c.c., il quale prevede che nelle società prive del consiglio di sorveglianza – cioè nelle società che adottano il modello di amministrazione e controllo tradizionale e monistico –, tale attività spetti all'assemblea ordinaria, mentre nelle società che adottano il sistema di amministrazione e controllo dualistico, l'approvazione del bilancio d'esercizio compete al consiglio di sorveglianza (art. 2409-*terdecies* c.c.).

Pur nell'ambito di una disciplina che può certamente considerarsi ampia ed articolata, il legislatore – come si è detto – non affronta la questione della modificabilità del progetto di bilancio da parte dell'assemblea chiamata ad approvarlo, limitandosi a dettare – per le sole società quotate in mercati regolamentati – una disciplina che indubbiamente pare legittimarla. Infatti, l'art. 77, comma 3, Regolamento Emittenti, prevede che «Entro trenta giorni dall'assemblea o dal consiglio di sorveglianza convocati per l'approvazione del bilancio e con le modalità previste dal comma 1, le società indicate nel comma 1 mettono a disposizione del pubblico il verbale dell'assemblea ovvero della riunione del consiglio di sorveglianza. Nel caso in cui l'assemblea ovvero il consiglio di sorveglianza abbia deliberato modifiche al bilancio, il bilancio modificato è messo a disposizione del pubblico presso la sede sociale e con le modalità indicate dagli articoli 65-bis, comma 2, 65-quinquies, 65-sexies e 65-septies, entro tre giorni dall'assemblea ovvero dalla riunione del consiglio di sorveglianza».

In tale contesto si collocano le posizioni, non univoche, di dottrina e giurisprudenza.

4.2.2. La posizione della dottrina

Secondo un primo orientamento, se si ammettesse la possibilità in capo all'assemblea di modificare il bilancio, si sottrarrebbe all'organo amministrativo una competenza esclusiva, poiché il documento contabile verrebbe predisposto da un organo differente (l'assemblea, appunto), ciò che comporterebbe, di fatto, una delega di attribuzioni. Tale delega – non ammessa all'interno dell'organo amministrativo (v. *supra*) – diverrebbe così lecita nei confronti dell'assemblea, organo estraneo a quello legislativamente deputato a svolgere tale attività¹¹.

¹¹ Cfr. B. LIBONATI, *Corso di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 2009 (e già in *Forma-*

Al riguardo, parte della dottrina pone in dubbio che l'assemblea abbia il potere di modificare essa stessa il bilancio: l'abrogato Codice di Commercio era esplicito nel senso che l'assemblea potesse: «discutere, approvare o modificare il bilancio» (art. 154, n. 1, cod. comm.). Tale norma era collocata in un contesto normativo in cui l'assemblea era considerata l'organo sovrano della società per azioni, investito di tutti i poteri sociali, incluso – fra questi – anche quello di sostituire proprie valutazioni alle valutazioni fatte dagli amministratori nel progetto di bilancio. Per il vigente codice civile l'assemblea non è più l'organo sovrano della società: ha competenza speciale, limitata alle specifiche materie ad essa attribuite. Le è consentito approvare o disapprovare in blocco il bilancio proposto dagli amministratori e, cioè, approvare o disapprovare la politica di bilancio praticata da questi ultimi; non le è, invece, consentito perseguire una propria politica di bilancio, in sostituzione degli amministratori¹².

L'orientamento prevalente, invece, muove dal presupposto secondo cui – prima della deliberazione assembleare di approvazione del documento di bilancio – esiste esclusivamente un “*progetto di bilancio*”, che diventa bilancio vero e proprio solo a seguito dell'approvazione. Deve, quindi, essere riconosciuto all'assemblea il potere di modificare il progetto iniziale predisposto dall'organo amministrativo. Ma ciò implicherebbe l'approvazione di un documento differente rispetto a quello iniziale. Infatti, l'assemblea – che non approva il progetto di bilancio presentato dagli amministratori – non è in grado di modificare il progetto di bilancio dell'organo amministrativo e di predisporne, in via immediata, uno nuovo; deve, quindi, limitarsi a fissare i criteri ai quali il nuovo documento di bilancio dovrà necessariamente ispirarsi. Il “*vecchio*” progetto di bilancio ritorna, pertanto, all'organo amministrativo, che ha l'obbligo di redigerne uno differente, ispirato ai criteri dettati dall'assemblea¹³.

Il Codice Civile, sul punto, è sufficientemente chiaro, specie se si compara la norma vigente con quella contenuta nel Codice di Commercio; e non è sufficiente, per attribuire alla norma ciò che la stessa (espressamente) non dice, osservare che il bilancio è opera dell'assemblea, «massimamente poi quando ci si accorge che la definizione del bilancio come opera dell'assemblea è rag-

zione del bilancio, 33 ss. e 91 ss.), sul presupposto che il bilancio sia “*atto degli amministratori*” sottratto al potere dispositivo dell'assemblea.

R. CAVALLO BORGIA, *L'impugnativa del bilancio certificato dalla società di revisione*, Giuffrè, Milano, 1981, 155.

¹² F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Zanichelli, Bologna, 2013, 272.

¹³ B. QUATRARO, *Il bilancio d'esercizio*, Giuffrè, Milano, 1989, 59 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, Giuffrè, Milano, 2015, 478.

giunta utilizzando come premessa proprio ciò che si dovrebbe dimostrare, e cioè che l'assemblea può modificare il progetto di bilancio»¹⁴.

4.2.3. La posizione della giurisprudenza

La giurisprudenza si è, anzitutto, interrogata sulla natura delle deliberazioni assembleari, affermando che le stesse – compresa quella di approvazione del bilancio – non costituiscono mere dichiarazioni di scienza e – allo stesso tempo – non possono essere considerate come atti unilaterali ed interni, intesi a regolare rapporti intersoggettivi, anche se si tratta di atti in cui rileva la volontà posta alla base della formazione della deliberazione stessa¹⁵.

Sul tema dell'efficacia della deliberazione di approvazione del bilancio d'esercizio, la giurisprudenza ha inoltre affermato che la stessa – se regolarmente assunta – ha efficacia vincolante per tutti i soci e, quindi, anche per quelli dissenzienti, che non abbiano proceduto in modo tempestivo all'impugnazione, conclusasi con successo, nonché per quelli assenti¹⁶.

Il tema della modificabilità del progetto di bilancio da parte dell'assemblea – a quanto consta – è stato affrontato soltanto in due pronunce, peraltro contrastanti.

Il Tribunale di Milano¹⁷ ha affermato che «debbono ritenersi legittime le modifiche apportate al progetto di bilancio nell'*iter* della sua approvazione ed in particolare durante la discussione in assemblea, le quali, ove non siano di tali complessità da farne un documento sostanziale “nuovo”, non richiedono di ripercorrere l'intera fase disciplinata dall'art. 2429 del codice civile».

Il principio affermato si pone in una “*via di mezzo*” tra gli orientamenti dottrinali in precedenza richiamati (v. *supra*): infatti all'affermazione iniziale secondo cui l'assemblea sarebbe legittimata a modificare il progetto di bilancio, segue la precisazione che nega la possibilità di apportare modifiche sostanziali.

Pertanto, la citata affermazione di principio non consente di risolvere pienamente il problema, in quanto non stabilisce quali siano le modifiche che possano essere qualificate come “*non sostanziali*” e, quindi, ammissibili in sede di approvazione del bilancio d'esercizio.

¹⁴ G.E. COLOMBO, *Il bilancio d'esercizio delle società per azioni*, Utet, Torino, 1994, 330.

¹⁵ Cass. 27 febbraio 2001, n. 2832, in A. MAURO, M. MEOLI, M. NEGRO, *Gli amministratori, Disciplina civilistica, fiscale e previdenziale*, IpsoaMilano, 2007.

¹⁶ Cass. 19 ottobre 2006, n. 22475 in *Rep. Foro. it.*, 1997; Cass. 10 novembre 2005, n. 21831, in *Le prove civili*, 2010, 287.

¹⁷ Trib. Milano, 21 luglio 1997, in *Giur. it.*, 1, 1998, 114.

In senso diametralmente opposto, il Tribunale di Palermo¹⁸ ritiene non condivisibile la tesi della modificabilità del progetto di bilancio da parte dell'assemblea, sul riflesso che – ove l'assemblea modificasse i dati contenuti nei prospetti di conto (stato patrimoniale e conto economico) – si verrebbe a determinare una grave dissonanza fra questi ultimi e la nota integrativa, pregiudicando la corretta informazione dei soci.

Il Tribunale – a sostegno delle proprie argomentazioni – osserva inoltre come l'art. 2364 c.c., preveda che l'assemblea possa soltanto “*approvare il bilancio*”; di contro il previgente Codice di Commercio, all'art. 154, indicava fra i compiti dell'assemblea anche la discussione, l'approvazione o la modifica del bilancio: tale modifica legislativa – secondo il Tribunale di Palermo – costituirebbe un ulteriore elemento interpretativo e sostegno della tesi della immutabilità da parte dell'assemblea.

A ciò si aggiunga il fatto che, in presenza di vizi di contenuto (del bilancio) o di procedimento, la relativa responsabilità non ricade sull'assemblea che ne ha deliberato l'approvazione: l'art. 2434 c.c. prevede infatti che: «L'approvazione del bilancio non implica liberazione degli amministratori, dei direttori generali, dei dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari e dei sindaci per le responsabilità incorse nella gestione sociale». Pertanto, l'approvazione del bilancio non implica una dichiarazione di soddisfacimento – da parte dei soci – in ordine all'operato degli amministratori, che hanno condotto ai risultati contenuti proprio nel bilancio d'esercizio. In altri termini, la delibera di approvazione del bilancio d'esercizio – in difetto di una espressa previsione all'interno dell'ordine del giorno – non determina, in via automatica, l'approvazione degli atti gestori posti in essere dall'organo amministrativo; quest'ultimo, infatti, rimane esposto alla responsabilità per eventuali irregolarità commesse nello svolgimento degli atti gestori¹⁹.

4.3. Conclusioni

Se, come evidenziato, prima della deliberazione esiste esclusivamente un “*progetto*” di bilancio, che diventa bilancio solo a seguito dell'approvazione, pare lecito – almeno in linea di principio – il riconoscimento all'assemblea del potere di modificare il progetto di bilancio.

La legittimazione dell'assemblea è, inoltre, riconosciuta dallo stesso legislatore per le società quotate in mercati regolamentati, ove si prevede espres-

¹⁸ Trib. Palermo, 10 aprile 2000, in *Diritto & Diritti*, 2001.

¹⁹ Cass. 9 gennaio 2004, n. 10895, in *Impresa*, 9, 2006, 1326.

samente che – nel caso in cui l’assemblea ovvero il consiglio di sorveglianza abbia deliberato modifiche al bilancio – questi ultimi mettano a disposizione del pubblico presso la sede sociale il bilancio modificato.

Anzi, il dettato normativo induce a ritenere che l’assemblea non debbano necessariamente limitarsi a segnalare le irregolarità all’organo amministrativo, il quale sarebbe poi chiamato a porvi rimedio, ma che sia la stessa assemblea ad apportare le rettifiche.

Purtroppo, la norma non stabilisce se esistono limiti al potere dell’assemblea ovvero se la stessa possa apportare modifiche anche di rilevanza significativa.

Nel silenzio legislativo, pare allora corretto operare una distinzione fra modifiche significative e modifiche non significative. La linea di demarcazione potrebbe essere quella delineata dal Tribunale di Milano (v. *supra*): cioè quelle che siano o non siano «tali complessità da farne un documento sostanziale “nuovo”».

Nel primo caso, l’assemblea potrebbe apportare direttamente le modifiche; nel secondo caso, l’assemblea dovrebbe trasmettere le “osservazioni” all’organo amministrativo, il quale sarà obbligato – sotto la propria responsabilità – a predisporre uno nuovo, ispirandosi ai “criteri” fissati dall’assemblea stessa.

Il nuovo documento, pertanto, sarà assoggettato al procedimento di formazione e approvazione ordinario, che coinvolgerà altresì gli altri organi sociali, ed in particolare il collegio sindacale e il soggetto incaricato della revisione legale dei conti (ove presente), secondo quanto disciplinato dall’art. 2429 c.c.

Ma, pur ritenendo la soluzione appagante in termini generali, occorrerebbe individuare un criterio di selezione delle modifiche significative e di quelle non significative.

Al proposito, si potrebbe ritenere che – nel contesto attuale – l’assemblea abbia il potere di apportare le modifiche non “rilevanti” e non invece quelle per le quali la loro omissione o errata indicazione «potrebbe ragionevolmente influenzare le decisioni prese dagli utilizzatori sulla base del bilancio d’impresa».

5. Considerazioni conclusive

L’O.I.C. 29 attualmente in vigore contiene i seguenti principi:

- «L’errore contabile è una rappresentazione qualitativa e/o quantitativa non corretta di un dato di bilancio e/o di un’informazione fornita in nota integrativa. Un errore consiste, quindi, nella impropria o mancata applicazione di

un principio contabile se, al momento in cui viene commesso, le informazioni ed i dati necessari per la sua corretta applicazione sono disponibili. Possono verificarsi errori a causa di errori matematici, di erronee interpretazioni di fatti, di negligenza nel raccogliere tutte le informazioni ed i dati disponibili per un corretto trattamento contabile».

- «Gli errori marginali o addirittura irrilevanti non possono essere assimilati a quegli errori che invece arrecano pregiudizio alla conformità del bilancio con il postulato della rappresentazione veritiera e corretta».

- «Data l'estrema varietà delle possibili fattispecie, non è possibile definire le soglie di significatività e rilevanza di un errore che possano determinare la non conformità al postulato della rappresentazione veritiera e corretta prevista dall'articolo 2423, comma 2. Una simile conclusione dipende da un complesso di circostanze che variano sensibilmente di caso in caso: possono aversi errori che, pur non essendo rilevanti sul piano quantitativo, lo sono tuttavia sul piano qualitativo. In altri casi, possono aversi errori che, pur non essendo rilevanti di per sé, lo divengono a causa delle conseguenze che si sarebbero avute qualora non fossero stati commessi».

Il 19 aprile 2016 è stata posta in consultazione una nuova versione dell'O.I.C. 29, che – al fine di garantire un opportuno allineamento con lo I.A.S. 8 – stabilisce che:

- «L'errore è una rappresentazione qualitativa e/o quantitativa non corretta di un dato di bilancio e/o di un'informazione fornita in nota integrativa».

- «Un errore consiste nell'impropria o mancata applicazione di un principio contabile se, al momento in cui viene commesso, le informazioni ed i dati necessari per la sua corretta applicazione sono disponibili. Possono verificarsi errori a causa di errori matematici, di erronee interpretazioni di fatti, di negligenza nel raccogliere le informazioni ed i dati disponibili per un corretto trattamento contabile».

- «Un errore è rilevante se può individualmente, o insieme ad altri errori, influenzare le decisioni economiche che gli utilizzatori assumono in base al bilancio. La rilevanza di un errore dipende dalla dimensione e dalla natura dell'errore stesso ed è valutata a seconda delle circostanze».

Certamente gli errori possono riguardare sia la classificazione delle voci sia la loro valutazione e, al proposito, la recentissima sentenza della Corte di Cassazione, a Sezioni Unite²⁰, sembra fornire una soluzione applicabile anche in

²⁰ Cass., sez. un., ud. 31 marzo 2016, Informazione provvisoria n. 7.

sede civilistica: infatti, «Il delitto di false comunicazioni sociali, con riguardo all'esposizione o all'omissione di fatti oggetto di "valutazione", sussiste se, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l'agente si discosti da tali criteri consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo a indurre in errore i destinatari delle comunicazioni». Dunque, gli errori valutativi vengono in evidenza ogni volta che l'impresa si sia «discostata consapevolmente e senza darne adeguata giustificazione» dai criteri di valutazione fissati dalle norme civilistiche e dalle prassi contabili generalmente accettate, «in modo concretamente idoneo a indurre in errore i destinatari delle comunicazioni».

Rimane comunque la centralità del tema della "rilevanza", potendosi affermare che vi sia una tendenza, sul piano sia societario sia penale, alla tolleranza nei confronti delle valutazioni non corrette; queste, ove non eliminate, vengono infatti ricondotte ad una dimensione di "rilevanza", che d'altronde richiama quanto stabilito dal Codice Civile in tema di nullità della delibera di bilancio, prevista solo quando «i difetti di distinzione e di analisi sono tali da compromettere effettivamente la funzione informativa del bilancio, con effettivo pregiudizio per i soci e per i terzi»²¹; per contro «non inficiano la validità del documento le irregolarità di scarsa importanza e le omissioni di trascurabile valore economico che non influenzano apprezzabilmente la rappresentazione della situazione economica e patrimoniale della società»²².

Gli errori nelle valutazioni assumono, inoltre, rilevanza sul piano penale tributario, a condizione che non ricorra taluna delle cause di non punibilità; anche se pare ragionevole ritenere che la rilevanza degli errori valutativi di rilevanza civilistica e penale societaria si collochi – nella maggior parte dei casi – al disotto delle soglie penali tributarie, con la conseguente maggiore tutela degli *stakeholder* considerati in via generale rispetto all'Amministrazione Finanziaria, che potrebbe comunque ricorrere al rimedio tributario.

²¹ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. 2. Diritto delle Società*, Utet, Torino, 2015, 480.

²² G. COTTINO, *Diritto societario*, Cedam, Padova, 2011, 524.

La revocatoria nella legge fallimentare

Luca Jeantet-Paola Vallino

SOMMARIO:

1. Premessa. – 2. Gli atti a titolo gratuito *ex art.* 64 l. fall. – 3. I pagamenti *ex art.* 65 l. fall. – 4. La revocatoria ordinaria *ex art.* 66 l. fall. – 5. La revocatoria fallimentare. – 6. *Segue*: Il presupposto oggettivo. – 7. *Segue*: Il presupposto soggettivo. – 8. *Segue*: La prova contraria. – 9. *Segue*: Il c.d. periodo sospetto. – 9.1. *Segue*: La consecuzione tra procedure concorsuali. – 10. *Segue*: I singoli casi revocatoria fallimentare. – 10.1. *Segue*: Atti anormali: (a) Atti con prestazioni sproporzionate, (b) Pagamenti anormali, (c) Garanzie per debiti preesistenti non scaduti e scaduti. – 10.2. *Segue*: Atti normali: (a) Atti a titolo oneroso, (b) Atti costitutivi di diritti di prelazione per debiti contestualmente creati, (c) Pagamenti di debiti liquidi ed esigibili. – 11. *Segue*: I patrimoni destinati ad uno specifico affare. – 12. *Segue*: Le esenzioni da revocatoria: (a) I pagamenti nei “termini d’uso”, (b) Le rimesse in conto corrente, (c) Le vendite ed i preliminari di vendita, (d) Il piano attestato di risanamento, l’accordo di ristrutturazione *ex art.* 182-*bis* l. fall., il concordato preventivo, (e) Le prestazioni di lavoro, (f) I debiti strumentali all’accesso alle procedure concorsuali, (g) L’istituto di emissioni, le operazioni di credito su pegno e di credito fondiario. – 13. *Segue*: Il pagamento di cambiale scaduta *ex art.* 68 l. fall. – 14. *Segue*: Gli atti compiuti tra i coniugi *ex art.* 69 l. fall. – 15. *Segue*: La prescrizione e la decadenza *ex art.* 69-*bis* l. fall. – 16. *Segue*: Gli effetti dell’azione revocatoria fallimentare. – 17. *Segue*: I diritti del terzo revocato *ex art.* 70 l. fall. – 18. *Segue*: La prosecuzione dell’azione revocatoria da parte dell’assuntore del concordato fallimentare.

1. Premessa

L’introduzione, in sede di conversione (con modifiche) del d.l. n. 83 del 27 giugno 2015 mediante la legge n. 132 del 6 agosto 2015, della previsione di acquisizione automatica alla massa fallimentare con la trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento dei beni oggetto degli atti a titolo gratuito ai sensi dell’art. 64, comma 1, l. fall., offre lo spunto per svolgere una ricognizione degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia di revocatoria, ferma la considerazione che il dimezzamento dei termini del c.d. periodo sospetto ha comportato il depotenziamento di ogni relativo strumento revocatorio, che, come noto, trova sempre meno applicazione nella prassi fallimentare.

Passiamo quindi all’analisi della disciplina contenuta nella Sezione III della legge fallimentare, partendo innanzitutto dall’analisi delle ipotesi d’inefficacia

degli atti compiuti dal fallito prima della dichiarazione d'insolvenza, onde poi verificare il campo applicativo ed i presupposti dell'azione revocatoria ordinaria e dell'azione revocatoria fallimentare, con sintetica menzione delle singole ipotesi specifiche e delle esenzioni, nonché con finale considerazione dei termini di decorrenza del periodo sospetto, anche in caso di consecuzione di procedure concorsuali.

2. *Gli atti a titolo gratuito ex art. 64 l. fall.*

L'art. 64 l. fall. sancisce l'inefficacia rispetto ai creditori degli atti a titolo gratuito eseguiti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, ad eccezione dei regali d'uso e degli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, ma a condizione che queste liberalità siano proporzionate al patrimonio del donante.

Questa norma è espressione dell'intenzione del Legislatore di sanzionare con l'inefficacia gli atti a titolo gratuito avvenuti negli ultimi due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, sul presupposto che chi pone in essere uno di questi atti lo abbia fatto a causa o in previsione dell'insolvenza, quindi con la consapevolezza espressa di danneggiare i creditori.

In altre parole, questa norma mira a tutelare l'interesse dei creditori del fallimento, anche a scapito di quello dei soggetti beneficiari degli atti a titolo gratuito, poiché qualsiasi atto finalizzato a ridurre o disperdere il patrimonio dell'impresa fallita, ove ricorrano le condizioni di legge, implica un'«intollerabile pregiudizio per i creditori»¹.

L'inefficacia opera in senso oggettivo ed automaticamente a fronte della semplice dimostrazione della gratuità dell'atto e della circostanza che quest'ultimo si sia perfezionato nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento.

Infatti, come osservato da attenta dottrina, «nell'azione d'inefficacia ai sensi dell'art. 64 l. fall. importa soltanto la realizzazione dell'atto, in virtù della sua natura oggettiva, unicamente rapportata ad un elemento oggettivo temporale anteriore alla dichiarazione di fallimento, senza alcuna rilevanza di situazioni soggettivo ed in particolare della sussistenza (e quindi, tanto meno, della conoscibilità) dello stato di insolvenza dell'imprenditore»².

¹ C. D'ARRIGO, *Atti a titolo gratuito e pagamento di debiti scaduti*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, vol. 1, diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, Utet, Torino, 2009, 544.

² A. PATTI, *Commento all'art. 64. Atti a titolo gratuito*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio A. e coordinato da M. Fabiani M., Zanichelli, Bologna-Roma, 2006.

L'art. 64 l. fall. non precisa quali siano gli atti soggetti all'inefficacia, dovendo pertanto farsi riferimento, secondo le categorie tradizionali del diritto civile, a qualsivoglia atto eseguito in modo spontaneo ed in assenza di un corrispettivo, per effetto della quale si sia realizzata una diminuzione del valore del patrimonio del debitore, inteso come generale garanzia di adempimento delle obbligazioni di pagamento verso i creditori.

In linea generale ed astratta, la dottrina ha ritenuto che un atto può considerarsi gratuito «*qualora ricorra il presupposto, al tempo stesso necessario e sufficiente, della disposizione di parte del patrimonio, ad opera dell'imprenditore, senza alcun corrispettivo*»³.

La giurisprudenza tende invece a riportare la valutazione della gratuità su un piano concreto, affermando che «*in tema di revocatoria fallimentare di atti a titolo gratuito, ai sensi dell'art. 64, legge fallimentare, la valutazione di gratuità od onerosità di un negozio va compiuta con esclusivo riguardo alla causa concreta, costituita dallo scopo pratico del negozio, e cioè dalla sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato; per cui la relativa classificazione non può più fondarsi sulla esistenza o meno di un rapporto sinallagmatico e corrispettivo tra le prestazioni sul piano tipico ed astratto, ma dipende necessariamente dall'apprezzamento dell'interesse sotteso all'intera operazione da parte del solvens, quale emerge dall'entità dell'attribuzione, dalla durata del rapporto, dalla qualità dei soggetti e soprattutto dalla prospettiva di subire un depauperamento collegato o non collegato ad un sia pur indiretto guadagno o ad un risparmio di spesa*»⁴.

Nella pratica si rinvencono molteplici tipologie di atti riconducibili alla categoria degli «*atti a titolo gratuito*», tra questi, a titolo esemplificativo e non esaustivo, vi sono la cessione di credito priva di corrispettivo e non collegata ad un rapporto preesistente, le rinunce traslative o abdicative di un diritto, i pagamenti eseguiti dal fallito ad estinzione di debiti di soggetti terzi, la donazione, l'atto costitutivo di un patrimonio destinato ad uno specifico affare e il fondo patrimoniale.

Sono esclusi dal perimetro della sanzione dell'inefficacia ex art. 64 l. fall., come anticipato, i regali d'uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, e ciò a condizione che l'attribuzione sia proporzionata al patrimonio del donante.

³ A. PATTI, *Commento all'art. 64. Atti a titolo gratuito*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Zanichelli, Bologna-Roma, 2006.

⁴ Cass., sez. un. civ., 18 marzo 2010, n. 6538.

Più nello specifico, i regali d'uso sono normalmente ricondotti alle donazioni di modico valore eseguite in adempimento a doveri sociali; gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale sono, invece, quelli compiuti in adempimento di obbligazioni naturali; mentre gli atti compiuti a scopo di pubblica utilità sono ricondotti ad atti che rispondono ad un principio di solidarietà umana e sociale⁵.

Quanto all'accertamento della condizione di proporzionalità, la dottrina ha condivisibilmente evidenziato che «*la proporzionalità non è riferita al dovere morale in sé ed ai conseguenti limiti ontologici della disposizione, ma semmai al rapporto tra il contenuto della prestazione ed il patrimonio del debitore naturale, per modo che, in ipotesi, sarebbe revocabile una prestazione non moralmente esorbitante, ma sproporzionata rispetto alla garanzia patrimoniale dei creditori*»⁶.

A tal riguardo, la Cassazione, con un contributo risalente nel tempo (ma sempre attuale), ha precisato che «*perché venga sottratto alla revoca di cui all'art. 64 l. fall. un atto a titolo gratuito, in quanto compiuto in adempimento di un dovere morale o sociale, occorre una duplice dimostrazione; la prima rivolta a stabilire la rilevanza oggettiva dell'atto relativamente alla comune concezione sociale rapportata all'ambiente in cui è stato eseguito l'atto e la seconda inerente al proposito dell'autore diretto a perseguire unicamente lo scopo di soddisfare quel dovere morale o sociale*»⁷.

Con il d.l. 27 giugno 2015, poi convertito nella legge 6 agosto 2005, n. 132, il *Legislatore* ha introdotto la previsione secondo cui i beni oggetto di atti a titolo gratuito sono acquisiti al patrimonio del fallimento mediante la trascrizione della sentenza dichiarativa dell'insolvenza.

Questa nuova previsione, applicabile ai fallimenti dichiarati successivamente alla data del 21 agosto 2015, trova fondamento nell'esigenza di attribuire al curatore fallimentare uno strumento veloce ed idoneo a superare le lungaggini ed i rischi collegati alla previgente disciplina che imponeva al curatore, ancorché l'inefficacia operasse *ex lege*, di adire il tribunale per acquisire un provvedimento dichiarativo dell'inefficacia.

Quanto al campo applicativo della novella e come condivisibilmente osservato dalla dottrina, questa norma può trovare applicazione soltanto ai beni «*per i quali è possibile procedere a trascrizione e cioè ai beni mobili registrati ed agli immobili*»⁸, senza possibilità di applicazione ai beni mobili, per i

⁵ A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2013.

⁶ L. GAROFALO (a cura di), *Trattato delle obbligazioni*, tomo III, Cedam, Padova, 2010.

⁷ Cass. 24 maggio 1982, n. 3164.

⁸ L. VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, in *ilcaso.it*. In questo senso, anche L. Quattrocchio, *Analisi del novellato Art. 64 l. fall.*, in *ildirittodegliaffari.it*, 10 dicembre 2015.

quali continua a rimanere efficace la precedente disciplina.

È infine prevista la possibilità per il beneficiario dell'atto a titolo gratuito di proporre reclamo contro la trascrizione ai sensi dell'art. 36 l. fall., dimostrando, ad esempio, la non gratuità dell'atto.

Una parte della dottrina è critica rispetto alla possibilità di azionare questo rimedio, poiché rileva che *“viene (...) offerto al terzo un rimedio lontano anni luce dai principi in tema di tutela giurisdizionale, visto che il reclamo contro gli atti del curatore pertiene agli atti di amministrazione mentre questo è, all'evidenza, un atto che comporta la sottrazione di un diritto”*⁹.

3. I pagamenti ex art. 65 l. fall.

L'art. 65 l. fall. sanziona con l'inefficacia i pagamenti eseguiti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento ed aventi ad oggetto crediti in scadenza nel giorno della dichiarazione di fallimento o posteriormente.

Questa disciplina opera in senso oggettivo, poiché non ammette sindacato di merito da parte del giudice, e mira a colpire con l'inefficacia l'anormalità del pagamento di un debito in anticipo rispetto alla scadenza ed in prossimità della dichiarazione di fallimento del debitore, non essendo rilevante l'eventuale insolvenza al momento dell'atto solutorio, né lo stato soggettivo del terzo.

Come puntualmente osservato dalla giurisprudenza di merito *«nel proporre la domanda d'inefficacia di cui all'articolo 65 L.F., il curatore deve provare solo l'esecuzione del pagamento anticipato nel periodo sospetto, non essendo consentito al giudice alcuna valutazione in ordine all'eventuale presenza di ragioni tali da aver reso conveniente anticipare l'adempimento così da renderlo giustificato. L'inefficacia opera poi oggettivamente, essendo irrilevanti le condizioni soggettive sia di chi esegue il pagamento sia di chi lo riceve ed operando nella materia de qua una presunzione assoluta di illegittimità in base all'alto grado di anormalità dei pagamenti anticipati»*¹⁰.

In altre parole ed ai fini dell'applicazione della norma, è necessaria la sola dimostrazione del fatto oggettivo dell'anticipazione del pagamento rispetto alla sua scadenza originaria, sia essa convenzionale o legale.

Per l'effetto e con particolare riguardo al caso del contratto di mutuo, la giurisprudenza è costante nel non attribuire alcuna rilevanza alla clausola con-

⁹ M. FABIANI, *L'ipertrofica concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *ilcaso.it*.

¹⁰ Trib. Mantova, 15 aprile 2013.

trattuale che, in deroga al disposto dell'art. 1816 c.c., attribuisce al mutuatario la facoltà di anticipare la restituzione di detta somma rispetto al termine originariamente pattuito¹¹.

Sono esclusi dal campo applicativo di questa norma i pagamenti anticipati di debiti con scadenza anteriore alla dichiarazione di fallimento, per i quali valgono le norme degli artt. 66 e 67 l. fall.

La norma colpisce tutti i pagamenti anticipati, qualunque sia il mezzo utilizzato, normale o anormale.

Per valutare il requisito dell'anticipazione rileva il fatto che il pagamento abbia avuto ad oggetto un debito la cui scadenza sia quella del giorno del fallimento o una data successiva; tutto ciò restando inteso che, se scade prima della dichiarazione di fallimento, il pagamento anticipato è revocabile secondo le regole generali di cui all'art. 67 l. fall. a seconda che i mezzi usati siano anormali o normali, mentre se in scadenza il giorno della dichiarazione di fallimento o successivamente, il medesimo pagamento anticipato è stato eseguito prima dei due anni anteriori al fallimento, sarà eventualmente aggredibile con la sola revocatoria ordinaria.

L'azione di cui all'art. 65 l. fall., così come quella prevista nel precedente art. 64 l. fall., è meramente dichiarativa e non soggetta a prescrizione.

4. La revocatoria ordinaria ex art. 66 l. fall.

L'art. 66 l. fall. estende al curatore fallimentare, in luogo ed in sostituzione dei singoli creditori, la legittimazione a proporre azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c., al fine di ottenere, ricorrendone i presupposti oggettivi e soggettivi, una dichiarazione d'inefficacia degli atti compiuti dal debitore in pregiudizio della massa.

Quest'azione differisce dall'azione revocatoria fallimentare, poiché non ri-

¹¹ Cass., sez. I, 29 luglio 2009, n. 17552. In tal senso, anche Cass. 5 aprile 2002, n. 4842 secondo cui «La disposizione dell'art. 65 l. fall. (a norma del quale sono privi di effetto rispetto ai creditori i pagamenti di crediti che scadono nel giorno della dichiarazione di fallimento o posteriormente, se tali pagamenti sono stati eseguiti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento) richiede, per la sua applicabilità, soltanto il fatto oggettivo dell'anticipazione del pagamento rispetto alla sua scadenza originaria, sia essa convenzionale o legale, senza che, in tema di mutuo, possa darsi rilievo alla eventuale clausola che, in deroga al disposto dell'art. 1816 c.c. (in base al quale il termine per la restituzione della somma mutuata si presume stipulato a favore di entrambe le parti), attribuisca al mutuatario la facoltà di anticipare la restituzione di detta somma rispetto al termine originariamente pattuito». In dottrina, A. ANGELINO, *Commento art. 65*, in P. Pajardi (a cura di), *Codice del Fallimento*, Giuffrè, Milano, 2013.

chiede che il debitore sia insolvente e che la sua controparte abbia consapevolezza di uno stato di decozione.

Il curatore in sede di revocatoria ordinaria, a differenza di quanto avviene in caso di revocatoria fallimentare, non è, infatti, gravato dall'onere di fornire la prova di questa conoscenza, ma è sufficiente che dimostri il semplice pregiudizio, per la massa dei creditori, dell'atto dispositivo posto in essere dal debitore poi fallito.

Rispetto alla revocatoria ordinaria *ex art. 2901 c.c.*, l'azione di cui all'art. 66 l. fall. si discosta solo per la diversa portata, in quanto la prima, esercitata dal singolo creditore, giova esclusivamente a lui, mentre la seconda è esercitata dal curatore, con conseguente beneficio per tutti i creditori¹².

L'azione revocatoria ordinaria esercitata dal curatore fallimentare conserva, per richiamo espresso del Legislatore, gli elementi costitutivi regolati dall'art. 2901 c.c., vale a dire l'esistenza di un credito, il presupposto oggettivo dell'*eventus damni*¹³ ed il presupposto soggettivo del *consilium fraudis*.

Quanto all'esistenza di un credito, è sufficiente, in sede di azione giudiziale per revocatoria, allegare all'atto introduttivo l'evidenza documentale dalla quale origina il credito, fornendone una descrizione.

Ai fini dell'esperimentabilità dell'azione revocatoria, è ormai consolidato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui è sufficiente una ragione di credito anche eventuale, non essendo necessario che il diritto di credito sia certo e determinato nel suo ammontare, ed ancor meno che esso sia scaduto ed esigibile.

Quanto precede trova conferma nella giurisprudenza che è costante nel ritenere che *«poiché anche il credito eventuale, in veste di credito litigioso, è idoneo a determinare – sia che si tratti di un credito di fonte contrattuale oggetto di contestazione giudiziale in separato giudizio, sia che si tratti di credito risarcitorio da fatto illecito – l'insorgere della qualità di creditore che abilita all'esperi-*

¹² Cass. 7 maggio 2015, n. 9170, secondo cui *«l'art. 66 l. fall. ripropone, in ambito fallimentare, la revocatoria ordinaria codicistica. L'unica differenza fra la revocatoria ex art. 66 L.F. e la revocatoria ex art. 2901 cod. civ. è l'ambito di efficacia: la prima, esercitata dal curatore, giova a tutti i creditori, la seconda giova soltanto al creditore che ha esercitato l'azione. Ma le caratteristiche dell'azione sono le medesime, trattandosi dello stesso istituto trasposto in un diverso settore dell'ordinamento»*.

¹³ In merito, la Corte di Cassazione ha più volte affermato che *«le condizioni per l'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria, consistono nell'esistenza di un valido rapporto di credito tra il creditore che agisce in revocatoria e il debitore disponente; nell'effettività del danno, inteso come lesione della garanzia patrimoniale a seguito del compimento da parte del debitore dell'atto traslativo; nella ricorrenza, in capo al debitore, ed eventualmente in capo al terzo, della consapevolezza che, con l'atto di disposizione venga a diminuire la consistenza delle garanzie spettanti ai creditori»* (cfr. Cass. civ., 7 ottobre 2008, n. 24757, in *Redazione Giuffrè*).

mento dell'azione revocatoria, ai sensi dell'art. 2901 cod. civ., avverso l'atto di disposizione compiuto dal debitore, il giudizio promosso con l'indicata azione non è soggetto a sospensione necessaria a norma dell'art. 295 cod. proc. civ. per il caso di pendenza di controversia avente ad oggetto l'accertamento del credito per la cui conservazione è stata proposta la domanda revocatoria, in quanto la definizione del giudizio sull'accertamento del credito non costituisce l'indispensabile antecedente logico – giuridico della pronuncia sulla domanda revocatoria, essendo d'altra parte da escludere l'eventualità di un conflitto di giudicati tra la sentenza che, a tutela dell'allegato credito litigioso, dichiara inefficace l'atto di disposizione e la sentenza negativa sull'esistenza del credito¹⁴».

In altre parole, la domanda di revocatoria è meritevole di accoglimento anche quando il credito, per la cui tutela è esperita l'azione di revocatoria, risulta *sub iudice*, con la precisazione che nell'eventualità in cui l'azione revocatoria venisse accolta e quella per l'accertamento giudiziale del credito rigettata, la prima non produrrebbe effetti stante la mancata acquisizione di un titolo esecutivo valido ed efficace.

Quanto al presupposto oggettivo, è necessaria la prova del pregiudizio arrecato dall'atto impugnato al patrimonio del debitore, da intendersi come riduzione o svilimento del valore della garanzia patrimoniale rappresentata dai beni di quest'ultimo ovvero una semplice determinazione di una maggiore difficoltà, incertezza o dispendio dell'esazione coattiva del credito¹⁵.

Con riferimento alla prova del presupposto oggettivo, la Suprema Corte ha precisato che *«il curatore fallimentare che promuova l'azione revocatoria ordinaria, per dimostrare la sussistenza dell'eventus damni ha l'onere di provare tre circostanze: a) la consistenza dei crediti vantati dai creditori ammessi al passivo nei confronti del fallito; b) la preesistenza delle ragioni creditorie rispetto al compimento dell'atto pregiudizievole; c) il mutamento qualitativo o quantitativo del patrimonio del debitore per effetto di tale atto. Solo se dalla valutazione complessiva e rigorosa di tutti e tre questi elementi emerga che per effetto dell'atto pregiudizievole sia divenuta oggettivamente più difficoltosa l'esazione del credito, in misura che ecceda la normale e fisiologica espo-*

¹⁴ Cass., sez. un., 18 maggio 2004, n. 9440.

¹⁵ Cass. 1° agosto 2007, n. 16986, secondo cui *«in tema di revocatoria ordinaria, ai fini dell'integrazione dell'elemento oggettivo dell'eventus damni, la cui sussistenza il curatore deve provare, non è necessario che l'atto abbia reso impossibile la soddisfazione del credito, ma è sufficiente che abbia causato maggiore difficoltà od incertezza nel recupero coattivo, secondo una valutazione operata "ex ante", con riferimento alla data dell'atto dispositivo e non a quella futura dell'effettiva realizzazione del credito, avendo riguardo anche alla modificazione qualitativa della composizione del patrimonio».*

sizione di un imprenditore verso i propri creditori, potrà ritenersi dimostrata la sussistenza dell'*eventus damni* (da ult. Cass. 26331/2008)»¹⁶.

La giurisprudenza qualifica il pericolo e / o incertezza nei termini di una possibile o eventuale infruttuosità di una futura azione esecutiva: il presupposto dell'*eventus damni*, infatti, ricorre non solo quando l'atto di disposizione determini la perdita della garanzia patrimoniale per il creditore ma anche nel caso in cui tale atto dispositivo comporti una maggiore difficoltà ed incertezza nella esazione coattiva del credito.

In altri termini «il riconoscimento dell'esistenza dell'*eventus damni* non presuppone peraltro una valutazione sul pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore istante, ma richiede soltanto la dimostrazione da parte di quest'ultimo della pericolosità dell'atto impugnato, in termini di una possibile, quanto eventuale, infruttuosità della futura esecuzione sui beni del debitore»¹⁷.

Il giudizio circa l'incertezza e la difficoltà nell'esazione del credito deve essere effettuato *ex ante*, con riferimento alla data dell'atto dispositivo¹⁸.

Quanto al presupposto soggettivo, occorre distinguere il caso in cui l'atto sia compiuto dal debitore dopo il sorgere del credito dal caso in cui l'atto sia compiuto prima.

Nel primo caso, la prova del presupposto soggettivo è limitata alla dimostrazione del *consilium fraudis*, vale a dire della consapevolezza del pregiudizio che l'atto è idoneo ad arrecare al creditore, senza necessità di verificare lo specifico intento di nuocere (*animus nocendi*).

Al contrario, nel secondo caso, occorre verificare la sussistenza di una dolosa predeterminazione, da intendersi come la volontà dell'autore dell'atto, alla data della sua stipulazione, di contrarre debiti e preconstituire in questo modo l'incapacità del suo patrimonio a soddisfarli (necessario che il soggetto abbia compiuto l'atto per porsi in una situazione di parziale o totale impossidenza in modo da precludere o rendere difficile al creditore l'attuazione coattiva del suo diritto).

Sul punto, occorre altresì distinguere gli atti a titolo gratuito da quelli a titolo oneroso, valendo per il primi la semplice prova del *consilium fraudis* del debitore, mentre per i secondi la prova, oltreché della consapevolezza del debitore, anche del *consilium fraudis* in capo al del terzo destinatario del revocando atto.

¹⁶ Cass. 6 febbraio 2015, n. 2553.

¹⁷ Cass. 7 ottobre 2008, n. 24757, cit.; conf. Cass., n. 9 marzo 2006, n. 5105, in *Redazione Giuffrè*.

¹⁸ Cass. 7 ottobre 2008, n. 24757.

La giurisprudenza di legittimità ha affermato che tale requisito deve essere riscontrato al momento in cui il credito sorge e non con riferimento al momento della sua scadenza¹⁹.

Quanto al campo applicativo della norma in esame, la dottrina ha ritenuto che l'azione revocatoria possa essere proposta contra qualsiasi tipo di atto²⁰, a condizione che questo comporti una disposizione patrimoniale da parte del fallito e con l'eccezione della non revocabilità *ex art. 66 l. fall.* degli atti estintivi di debiti scaduti, a patto che quest'ultimi non siano diretti e non costituiscano l'esito finale di negozi diversi da quello per il quale è dovuto il pagamento²¹.

Quanto agli effetti, la revocatoria non rende nullo l'atto revocato, bensì lo rende semplicemente inefficace nei confronti della massa dei creditori.

Come osservato dalla giurisprudenza «*il vittorioso esperimento di un'azione revocatoria ordinaria non è idoneo a determinare alcun effetto restitutorio rispetto al patrimonio del disponente, né tantomeno alcun effetto direttamente traslativo in favore dei creditori e comporta soltanto l'inefficacia dell'atto rispetto ai creditori procedenti, rendendo il bene alienato assoggettabile all'azione esecutiva, senza in alcun modo caducare, ad ogni altro effetto, l'avvenuta disposizione*»²².

In altre parole, la revocatoria ordinaria consente al curatore di estendere la propria eventuale azione esecutiva al diritto trasferito con l'atto revocato, nonché, in caso di impossibilità di restituzione del bene oggetto dell'atto revocato, di chiedere la condanna per equivalente del convenuto soccombente.

In terzo revocato può, a sua volta, chiedere l'ammissione al passivo del suo credito secondo la disciplina meglio descritta nel seguito.

L'azione revocatoria ordinaria si prescrive in cinque anni decorrenti, secondo la giurisprudenza maggioritaria²³, dal momento in cui è stato compiuto l'atto pregiudizievole o dal giorno della pubblicazione dell'atto nel caso in cui sia prescritta la sua annotazione.

¹⁹ Cass. n. 17356/2011, in *Redazione Giuffrè*.

²⁰ S. D'ERCOLE, *L'azione revocatoria*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, Utet, Torino, 2008.

²¹ Trib. Milano, 23 ottobre 2013, in *Fall.*, 2014.

²² Trib. Roma, 27 maggio 2013, n. 11548.

²³ Cass. 19 dicembre 2008, n. 29896, Cass. 22 agosto 2007, n. 17967, Cass. 26 febbraio 2002, n. 2792. Sul punto e secondo una tesi minoritaria, il termine di prescrizione decorrerebbe dalla data della dichiarazione di fallimento (Cass. 15 maggio 1997, n. 4296).

5. La revocatoria fallimentare

L'art. 67 della l. fall. costituisce la norma cardine della disciplina della revocatoria fallimentare contenuta nella Sezione III della legge fallimentare, poiché rappresenta il principale strumento di tutela della *par condicio creditorum* e di rispetto del divieto di alterazione del legittimo ordine dei privilegi.

Questa disciplina è stata profondamente innovata dal Decreto Competitività n. 35/2005 e dal successivo Decreto Correttivo n. 5/2006, che, come meglio si vedrà nei prossimi paragrafi, hanno apportato alcune importanti modifiche, quali il dimezzamento del periodo sospetto, la fissazione della misura della sproporzione di cui all'art. 67, comma 1, l. fall., l'ipotesi di revocabilità delle garanzie contestuali create per i debiti di terzi di cui all'art. 67, comma 2, l. fall., l'introduzione delle esenzioni da revocatoria di cui all'art. 67, comma 3, l. fall. e della disciplina della decadenza e del decorso del periodo sospetto di cui all'art. 69-*bis* l. fall.

Passiamo, a questo punto, all'analisi dei presupposti di operatività della revocatoria fallimentare, onde poi esaminare i singoli casi di revocatoria e di esenzione da quest'azione.

6. Segue: Il presupposto oggettivo

Per molto tempo, la dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate su quale fosse il presupposto oggettivo dell'azione revocatoria fallimentare *ex art. 67 l. fall.*

Da un lato, infatti, vi sono i fautori della c.d. teoria indennitaria, secondo cui la revocatoria fallimentare, al pari della revocatoria ordinaria, presupporrebbe la prova della sussistenza di un danno²⁴; e, dall'altro lato, vi è chi ha sostenuto la c.d. teoria anti-indennitaria o redistributiva, che riconduce la *ratio* dell'istituto alla ripartizione delle perdite derivanti dall'insolvenza del fallito su tutti coloro che, nel periodo sospetto, hanno beneficiato di atti di disposizione patrimoniale, ancorché consapevoli dello stato di decozione, con conseguente presunzione *juris ed de iure* del danno²⁵.

Il contrasto è stato composto dalle Sezioni Unite di Cassazione che, accogliendo la teoria anti-indennitaria, hanno statuito che «l'“*eventus damni*” è “in

²⁴ Cass. 8 marzo 2010, n. 5505; Trib. Perugia, 15 marzo 2011; A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Il Mulino, Bologna, 2009.

²⁵ A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Cedam, Padova, 1970.

re ipsa" e consiste nel fatto stesso della lesione della "par condicio creditorum", ricollegabile, per presunzione legale ed assoluta, all'uscita del bene dalla massa conseguente all'atto di disposizione. Per cui grava, in tal senso, sul curatore il solo onere di provare la conoscenza dello stato di insolvenza da parte dell'acquirente, mentre la circostanza che il prezzo ricavato dalla vendita sia stato utilizzato dall'imprenditore, poi fallito, per pagare un suo creditore privilegiato (eventualmente anche garantito, come nella specie, da ipoteca gravante sull'immobile compravenduto) non esclude la possibile lesione della "par condicio", né fa venir meno l'interesse all'azione da parte del curatore, poiché è solo in seguito alla ripartizione dell'attivo che potrà verificarsi se quel pagamento non pregiudichi le ragioni di altri creditori privilegiati, che anche successivamente all'esercizio dell'azione revocatoria potrebbero in tesi insinuarsi»²⁶.

Questa conclusione, secondo la Cassazione, muove dal tenore del comma 1 e del comma 2 dell'art. 67 l. fall., con la conseguenza che *"al legislatore [interessa] non tanto il rapporto commutativo del negozio quanto il recupero, comunque, di ciò che, uscendo dal patrimonio del debitore nell'attualità di una situazione di insolvenza, sottragga il beneficiario alla posizione di creditore concorrente (perché, in tal modo, già soddisfatto), con automatico vulnus del principio della par condicio creditorum"*²⁷.

A distanza di un decennio, le conclusioni cui sono giunte le Sezioni Unite risultano attuali non solo nella giurisprudenza di merito²⁸, ma anche nella giurisprudenza della Suprema Corte, che ancora recentemente ha affermato *«in tema di revocatoria fallimentare, il danno riconducibile agli atti negoziali e solutori, compiuti nel concorso dei presupposti di cui all'art. 67 legge fall., è in re ipsa, consistendo nella lesione della par condicio creditorum, ricollegabile, per presunzione legale ed assoluta, all'uscita del bene dalla massa (a nulla rilevando che il prezzo sia poi utilizzato, eventualmente, dall'imprenditore fallito per pagare un creditore privilegiato), in aderenza alla funzione distributiva (antindennitaria) propria dell'azione revocatoria»*²⁹.

²⁶ Cass., sez. un. civ., 28 marzo 2006, n. 7028.

²⁷ Cass., sez. un. civ., 28 marzo 2006, n. 7028.

²⁸ Trib. Padova, 10 novembre 2015, n. 3022, secondo cui *«per l'accoglimento dell'azione revocatoria è sufficiente che ricorra la conoscenza dello stato d'insolvenza del debitore in capo al terzo (dimostrabile anche tramite elementi indiziari) e il compimento dell'atto nel periodo sospetto, mentre il pregiudizio alla massa dei creditori è sempre presunto, salva la dimostrazione della prova contraria da parte del convenuto»*.

²⁹ Cass. 19 dicembre 2012, n. 23430.

7. Segue: *Il presupposto soggettivo*

La legge fallimentare distingue, quanto al presupposto soggettivo dell'azione revocatoria, gli atti "normali" dagli atti "anormali", vale a dire gli atti che possono essere compiuti nel normale esercizio dell'attività d'impresa dagli atti che, ancorché possano essere compiuti nel corso dell'esercizio dell'attività d'impresa, presentano delle peculiarità che li riconducono a vere e proprie anomalie gestionali dell'imprenditore.

Se intende chiedere la revocatoria fallimentare di atti "normali" posti in essere dal debitore nel periodo sospetto, il curatore deve provare l'esistenza del presupposto soggettivo della conoscenza da parte del convenuto, al tempo in cui è stato concluso l'atto, dello stato di insolvenza del debitore (c.d. *scientia decoctionis*).

Se invece agisce per la revoca di un atto "anormale", il curatore allora non deve fornire alcuna prova della *scientia decoctionis*, in quanto la legge presume che il convenuto che si sia avvantaggiato dell'atto anormale fosse a conoscenza dello stato di insolvenza del debitore poi fallito.

In questo caso, infatti, vi è un'inversione dell'onere della prova per cui spetta al terzo dimostrare di non essere stato a conoscenza dello stato di insolvenza del debitore al momento del compimento dell'atto.

Il momento determinante ai fini della verifica della *scientia decoctionis* è il momento in cui il debitore, poi fallito, pone in essere il singolo atto revocabile, vale a dire la data di stipulazione del contratto, quella del pagamento o quella di costituzione della garanzia, non essendo rilevante se la conoscenza dello stato d'insolvenza interviene successivamente a tale momento³⁰.

La prova della *scientia decoctionis* si traduce nella dimostrazione che il terzo convenuto in revocatoria aveva una conoscenza effettiva e non solo potenziale dello stato d'insolvenza del debitore al momento del compimento del revocando atto, non essendo sufficiente la dimostrazione della semplice conoscibilità dell'insolvenza.

In altre parole e come osservato dalla giurisprudenza, occorre verificare la concreta situazione psicologica del terzo e non l'astratta conoscibilità oggettiva delle condizioni economiche di controparte.

In questo senso, infatti, la giurisprudenza di merito ha recentemente statuito che «*in tema di revocatoria fallimentare, l'onere di dimostrare l'effettiva conoscenza da parte del creditore dello stato d'insolvenza del debitore gravante sul curatore (...) deve (...) essere riferito ai presupposti e alle condizioni*

³⁰ Cass. 5 aprile 2001, n. 5041.

*effettive nelle quali concretamente il creditore si sia trovato ad operare»*³¹.

Nella prassi, il curatore fallimentare incontra non poche difficoltà nel fornire la prova della *scientia decoctionis*, dovendo pertanto ricorrere ad indizi, che, se gravi, precisi e concordanti, possono essere idonei a dimostrare che il terzo, usando la comune diligenza e tenendo conto dei rapporti intercorsi con il fallito, avrebbe dovuto conoscere lo stato di dissesto in cui versava il debitore.

Il ricorso ad elementi indiziari è ammesso dalla Suprema Corte che, con una recente pronuncia, ha ribadito che l'effettività della conoscenza dello stato di insolvenza da parte del terzo «può essere provata anche con indizi e fondata su elementi di fatto, purché idonei a fornire la prova per presunzioni di tale effettività. La scelta degli elementi che costituiscono la base della presunzione ed il giudizio logico con cui dagli stessi si deduce l'esistenza del fatto ignoto costituiscono un apprezzamento di fatto che, se adeguatamente motivato, sfugge al controllo di legittimità»³².

Questi elementi indiziari devono tenere conto della fattispecie concreta e di tutte le circostanze che hanno connotato il contesto di riferimento, siano esse economiche, sociali, organizzative e culturali³³.

La giurisprudenza ha individuato una grande varietà di elementi indiziari in presenza dei quali si presume che il terzo convenuto in revocatoria abbia conosciuto lo stato di insolvenza del debitore poi fallito.

In proposito, sono tradizionalmente indici dello stato di insolvenza l'esistenza di protesti a carico del debitore³⁴, l'esistenza di procedure esecutive a carico del fallito l'iscrizione di un'ipoteca³⁵, la trascrizione di un sequestro conservativo³⁶, l'emissione di decreti ingiuntivi³⁷, la pendenza di un'istanza di fallimento³⁸, le voci negative di bilancio³⁹, le notizie di stampa riguardanti alcune vicende dell'impresa (scioperi, cassa integrazione etc.)⁴⁰, i reclami dei fornitori, le rateizzazioni del credito, i ritardi dei pagamenti o il ri-

³¹ Cass. 14 gennaio 2016, n. 504.

³² Cass. 30 ottobre 2015, n. 22184.

³³ Trib. Catanzaro, 27 settembre 2014.

³⁴ Trib. S. Remo, 19 marzo 2002.

³⁵ Cass. 14 aprile 1994 n. 3507.

³⁶ Cass. 7 agosto 1997 n.7298.

³⁷ Trib. Milano, 21 maggio 1992 in *Dir. Fall.* 1992, 982.

³⁸ Cass. 28 ottobre 1998, n. 10738.

³⁹ Corte App. Bologna, 13 aprile 2000 in *Dir. Fall.* 2000, II, 782.

⁴⁰ Cass. 23 gennaio 1997, n. 699.

corso a mezzi anormali nell'esecuzione degli stessi⁴¹.

Questi indizi devono pur sempre essere rapportati alla capacità di percezione che ciascun soggetto del soggetto che entra in contatto con una società in crisi, nonché della situazione concreta in cui il medesimo si è trovato ad operare.

In altre parole, allorché la prova dell'elemento soggettivo di un'azione revocatoria sia affidata ad elementi presuntivi, il Giudice è tenuto, nell'ordine: (i) ad indagare, in termini *rigorosi ed attenti*, se gli indizi acquisiti agli atti del processo siano, ai sensi dell'art. 2729 c.c., gravi, precisi e concordanti⁴²; (ii) ad apprezzare «*l'efficacia sintomatica dei singoli fatti noti, che devono essere valutati non solo analiticamente, ma anche nella loro convergenza globale, all'esito di un giudizio di sintesi*»⁴³; (iii) a «*desumere l'esistenza di un fatto ignoto dalla esistenza di fatti noti nel presupposto di una regolarità nella successione dei fatti appartenenti alla medesima specie*»⁴⁴; (iv) a seguire un procedimento che «*si articola in due momenti valutativi; in primo luogo, occorre che il giudice valuti in maniera analitica ognuno degli elementi indiziari per scartare quelli intrinsecamente privi di rilevanza e, invece, conservare quelli che, presi singolarmente, rivestano i caratteri della precisione e della gravità, ossia presentino una positività parziale o almeno potenziale di efficacia probatoria; successivamente, egli deve procedere a una valutazione complessiva di tutti gli elementi presuntivi isolati e accertare se essi siano concordanti e se la loro combinazione sia in grado di fornire una valida prova presuntiva, che magari non potrebbe dirsi raggiunta con certezza considerando atomisticamente uno o alcuni indizi*»⁴⁵.

Il Giudice deve quindi analizzare i singoli fatti noti portati alla sua attenzione dalle parti del processo e deve, previa valutazione della portata unitaria di ciascuno di essi, verificare, all'esito di una loro comparazione globale attraverso un giudizio di sintesi, se essi siano tali da far ritenere verosimile, secondo l'*id quod plerumque accidit*, la certa ricorrenza della *scientia decoctionis* in capo al soggetto che abbia ricevuto uno o più pagamenti da un imprenditore poi dichiarato fallito.

Al fine di portare ad esatto compimento l'*iter* logico – motivazionale ed a monte d'ogni ragionamento, il Giudice deve necessariamente focalizzare la

⁴¹ Trib. Padova, 1° marzo 2002 in *Giur. merito* 2002, 1264.

⁴² Cass. 20 febbraio 2003, n. 2584.

⁴³ Cass. 24 novembre 2003, n. 17858.

⁴⁴ Cass. 26 marzo 2003, n. 4472.

⁴⁵ Cass. 18 settembre 2003, n. 13819.

propria attenzione sul concetto d'insolvenza che, come indispensabile, va inteso nell'unico significato consentito dell'art. 5 legge fall., vale a dire come uno stato irreversibile d'incapacità a fronteggiare in modo regolare le proprie obbligazioni, manifestato all'esterno da inadempimenti o da altri fatti parimenti univoci, senza introdurre indebite confusioni con situazioni di semplice crisi o difficoltà aziendale, che non a caso il legislatore della recente riforma ha visualizzato come qualitativamente diverse ed autonome.

A tal riguardo, si evidenzia che quando il soggetto convenuto nel giudizio di revocatoria è una banca o altro operatore qualificato, ogni indizio deve essere valutato con più gravità, poiché questi operatori economico-finanziari hanno la possibilità, nel corso e per effetto della loro attività, di ottenere maggiori informazioni rispetto a quella di un comune operatore o di un privato, poiché dispongono di strumenti informativi, di capacità di analisi e competenze tecniche specifiche, che sono idonee a consentire l'approfondita valutazione delle situazioni patrimoniali, finanziarie ed economiche dei propri debitori.

Resta inteso che la sola qualità di operatore qualificato non è di per sé sufficiente a concludere che la banca conosca lo stato di insolvenza del proprio cliente⁴⁶, dovendo infatti essere sempre presenti ulteriori elementi sintomatici della *scientia decoctionis*, che possono essere desunti dalle modalità operative dei conti correnti bancari, dal bilancio del debitore ovvero da altre notizie che possono costituire indicatori oggettivi del dissesto.

L'onere probatorio incombente su una procedura concorsuale non muta infatti nel caso in cui il suo contraddittore sia operatore qualificato, posto che *«per il raggiungimento della prova della scientia decoctionis con il mezzo delle presunzioni non basta una astratta conoscibilità oggettiva accompagnata da un presunto dovere di conoscere, sicché la qualità di banca di colui che entra in contatto con l'insolvente rileva non di per sé (neppure se correlata al parametro del tutto teorico del creditore avveduto) ma rileva solo in presenza di concreti collegamenti di quel creditore con i sintomi conoscibili dello stato di insolvenza»*⁴⁷.

Quanto precede trova conferma nella giurisprudenza di Cassazione, secondo cui *«per il raggiungimento della prova della scientia decoctionis con il*

⁴⁶ Cass. 7 febbraio 2001, n. 1719, in *Fallimento*, 2001, 677, secondo cui *«ai fini della scientia decoctionis, la qualità di operatore bancario di colui che entra in contatto con l'insolvente non rileva di per sé, ma soltanto quando ci si trova in presenza di concreti collegamenti fra quel creditore ed i sintomi conoscibili dello stato di insolvenza»*; in senso conforme Trib. Bologna 29 giugno 2004, *ivi*, 2005, 96.

⁴⁷ Cass. 7 febbraio 2001, n. 1719, in *Fallimento*, 2001, 677; Cass. 28 febbraio 2007, n. 4762, in *BBTC*, 2008, II, 420.

mezzo delle presunzioni non basta una astratta conoscibilità oggettiva accompagnata da un presunto dovere di conoscere, sicché la qualità di banca di colui che entra in contatto con l'insolvente rileva, non di per sé, neppure se correlata al parametro, del tutto teorico, del creditore avveduto, ma solo in presenza di concreti collegamenti di quel creditore con i sintomi conoscibili dello stato di insolvenza»⁴⁸.

8. Segue: La prova contraria

Come anticipato, la legge fallimentare distingue il caso di revocatoria di atti “normali” dal caso di revocatoria di atti “anormali”, disponendo, quanto ai primi, l’onere per il curatore di provare l’esistenza del presupposto soggettivo della conoscenza da parte del convenuto, al tempo in cui è stato concluso l’atto, dello stato di insolvenza del debitore (c.d. *scientia decoctionis*), e, quanto ai secondi, la presunzione *iuris tantum* di conoscenza dello stato di insolvenza del debitore poi fallito da parte del convenuto in revocatoria.

Questa distinzione tra atti “normali” ed atti “anormali” ha delle ripercussioni sulla prova che il convenuto è tenuto a fornire per andare esente da revocatoria.

Per sottrarsi alla revocatoria di un atto “normale”, il convenuto deve contrastare la prova fornita dal curatore a sostegno della revocatoria, allegando circostanze e fatti contrari dai quali emerge che la prova avversaria non è idonea a fondare la *scientia decoctionis*.

Al contrario e per sottrarsi alla revocatoria di un atto “anormale”, il convenuto deve contrastare la presunzione *iuris tantum*, dimostrando, nella comparso di costituzione e risposta a pena di decadenza, l’assenza del presupposto soggettivo, vale a dire che, nel momento in cui ha compiuto l’atto revocabile, non conosceva lo stato d’insolvenza del debitore, poi fallito (c.d. *inscientia decoctionis*).

In altre parole, vi è una vera e propria inversione dell’onere della prova in forza del quale il convenuto in revocatoria deve fornire la prova positiva che, nel momento in cui è stato posto in essere l’atto revocabile, esistevano specifiche e concrete circostanze tali da far ritenere, ad una persona di media diligenza ed avvedutezza, che l’imprenditore si trovava in una situazione di ordinario esercizio dell’impresa.

Questa impostazione è stata confermata anche dalla più recente giurispru-

⁴⁸ Cass. 10 maggio 2006, n. 10800.

denza di legittimità, secondo cui «*il convenuto in revocatoria non è ammesso a provare che, nel periodo suddetto, il debitore versava in una situazione di sola temporanea difficoltà ad adempiere, potendo solamente contestare la percezione dei sintomi del dissesto con l'allegazione, se del caso, dei fatti dimostrativi della propria "inscientia decoctionis"*»⁴⁹».

La legge non pone limiti alle modalità con cui il convenuto in revocatoria può fornire questa prova, dovendosi quindi ammettere che questa venga fornita anche tramite elementi indiziari dai quali possa desumersi l'inconsapevolezza in concreto del medesimo convenuto dell'insolvenza dell'altra parte al momento del compimento dell'atto.

Anche in questo caso, sono dunque ammessi gli elementi indiziari a condizione che, tenuto conto della fattispecie di riferimento, i medesimi siano gravi, precisi e concordanti.

9. Segue: *Il c.d. periodo sospetto*

Ai fini della revocatoria fallimentare il curatore deve prendere in considerazione solo quella parte dell'attività del debitore (pagamenti, contratti, atti e costituzione di garanzie) compiuta in un periodo che la legge considera "sospetto" e che corrisponde ad un lasso di tempo che precede la data della sentenza dichiarativa di fallimento (o la data di un diverso provvedimento, in caso di consecuzione di procedura concorsuali).

Per effetto del d.l. n. 35/2005, convertito nella legge n. 80/2005, i termini a ritroso per l'esercizio dell'azione revocatoria sono stati dimezzati e portati a due anni per gli atti a titolo gratuito, ad un anno per gli atti anormali ed a sei mesi per gli atti normali.

Quanto alla decorrenza, il periodo sospetto è calcolato a ritroso a partire dalla data di pubblicazione a Registro Imprese della dichiarazione del fallimento, e non dalla data di deposito della sentenza in cancelleria.

Quanto precede trova conferma nella giurisprudenza, secondo cui «*le norme dettate dalla legge fallimentare in materia di inefficacia e revocabilità di atti fanno indistintamente riferimento, ai fini dell'individuazione del dies a quo di decorrenza a ritroso del periodo sospetto, alla data di dichiarazione del fallimento, il che, nel vigore del testo originario di tale normativa, senza dubbio indicava la data di pubblicazione della sentenza, intendendosi per tale la data di deposito in cancelleria. Tuttavia, l'attuale testo dell'art. 16, comma*

⁴⁹ Cass. 19 gennaio 2016, n. 803.

2, l. fall., come risulta modificato a seguito delle recenti leggi di riforma, statuisce che l'efficacia verso i terzi della sentenza dichiarativa di fallimento comincia a decorrere dalla data della sua avvenuta iscrizione nel registro delle imprese. In materia revocatoria, il periodo sospetto decorre a far tempo non dalla data del deposito in cancelleria della sentenza dichiarativa di fallimento, ma dalla data di iscrizione della stessa nel registro delle imprese»⁵⁰.

Nel caso in cui la sentenza di fallimento fosse pronunciata da un tribunale incompetente, cui segue poi altra dichiarazione resa da tribunale competente, il periodo sospetto si computa a ritroso dalla data della prima sentenza dichiarativa di fallimento, ancorché emessa da un giudizio incompetente, così da conservare gli effetti sostanziali⁵¹.

9.1. Segue: La consecuzione tra procedure concorsuali

Il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, nel testo integrato dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134 ha introdotto il comma 2 dell'art. 69-bis, l. fall., secondo cui «nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli articoli 64,65, 67, primo e secondo comma, e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese».

Questa norma ha consacrato, a livello normativo, il principio della consecuzione tra procedura di concordato preventivo e fallimento, già recepito a livello giurisprudenziale⁵², che dispone che il *dies a quo* per il calcolo del periodo sospetto sia fissato nella data di pubblicazione della domanda di concordato, ancorché presentata ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall., nel registro

⁵⁰ Trib. Milano, decr., 23 gennaio 2014.

⁵¹ Cass. 5 novembre 2010, n. 22544, secondo cui «La risoluzione del conflitto positivo di competenza (territoriale) tra due tribunali fallimentari e la conseguente individuazione, quale giudice competente, di un tribunale diverso da quello che per primo ha dichiarato il fallimento, non comporta la cassazione della relativa sentenza e la caducazione degli effetti sostanziali della prima dichiarazione di fallimento, ma solo la prosecuzione del procedimento avanti al tribunale ritenuto competente, presso il quale la procedura prosegue con le sole modifiche necessarie (sostituzione del giudice delegato) o ritenute opportune (sostituzione del curatore), avuto riguardo al principio dell'unitarietà del procedimento fallimentare a far tempo dalla pronuncia del giudice incompetente, enunciato dall'art. 9 bis legge fall. (introdotto dall'art. 8 del d.lg. n. 5 del 2006), ma desumibile anche dal sistema e dai principi informativi della legge fallimentare, nel testo anteriormente vigente. Ne consegue che anche il periodo sospetto cui si riferisce l'azione revocatoria fallimentare, ai sensi dell'art. 67 legge fall., decorre a ritroso dalla prima dichiarazione di fallimento».

⁵² Trib. Milano, decr., 23 gennaio 2014.

delle imprese, poiché questo è il momento a partire dal quale la stessa domanda produce gli effetti di cui all'art. 168 l. fall. e lo stato di crisi, dichiarato dall'imprenditore, viene palesato ai terzi.

La norma in esame è applicabile a tutte le ipotesi in cui alla domanda di concordato segua la dichiarazione di fallimento, a prescindere dalle ragioni che hanno condotto all'apertura della procedura fallimentare e dal momento in cui questa si sia verificata. Sembra dunque irrilevante, ai fini della disposizione in esame, che la procedura di concordato si sia effettivamente aperta, così come il periodo di tempo decorso tra la data di deposito della domanda di concordato e la declaratoria di fallimento.

Quanto precede trova conferma nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui *«ove al concordato preventivo faccia seguito il fallimento, il susseguirsi delle due procedure darà luogo ad una procedura unitaria il cui inizio deve essere individuato nella prima, dalla quale decoreranno i termini per l'esercizio dell'azione revocatoria anche nell'ipotesi in cui tra concordato e fallimento vi sia uno iato temporale, in quanto costituiscono entrambi manifestazione di un'unica situazione di crisi dell'impresa»*⁵³.

Meritevole di attenzione è la questione se la retrodatazione degli effetti della dichiarazione di fallimento sia applicabile tra due procedure concordatarie, di cui la seconda poi sfociata in fallimento.

In altre parole, la dottrina si è interrogata *«se il meccanismo della rinuncia e della ripresentazione determini l'automatica caducazione degli effetti della domanda originaria o se, al contrario, essi possano saldarsi con quelli del nuovo iter»*⁵⁴.

A tal riguardo, è stato osservato che *«ogniquale volta il passaggio dalla prima procedura alla seconda avvenga senza soluzione di continuità a livello logico e temporale (come accade quando il decreto che dichiara estinto il concordato reso oggetto di rinuncia sia emanato contestualmente a quello di ammissione del nuovo, la cui domanda ben può essere presentata – come si è*

⁵³ Cass. 29 marzo 2016. Questo orientamento è confermato dalla giurisprudenza di merito, secondo cui *«nel caso in cui, dopo l'ammissione di una società di persone al concordato preventivo, segua la dichiarazione di fallimento della medesima società e dei soci illimitatamente responsabili ex art. 147 l. fall., il termine di cui all'art. 67 l. fall. per l'esercizio dell'azione revocatoria dell'atto personale del socio fallito decorre dal deposito della domanda di concordato della società alla prima procedura concorsuale, e non dalla data della sentenza di fallimento del socio, atteso che il carattere meramente consequenziale e dipendente del fallimento del socio rispetto a quello della società comporta che, ai fini della dichiarazione di fallimento, abbia rilevanza unicamente lo stato d'insolvenza della società (cfr. Cass. 17.2.2012 n. 2335)»* (Trib. Forlì, 29 maggio 2015).

⁵⁴ S. AMBROSINI, M. AIELLO, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, 2014.

visto – unitamente alla rinuncia e sul presupposto della presa d'atto della stessa da parte del tribunale), gli effetti del nuovo concordato retroagiscono alla data del primo ricorso (...) Diversamente, laddove la dichiarazione dell'estinzione della prima procedura e l'apertura della nuova non intervengano contestualmente, ma siano separate da un'apprezzabile discontinuità (tanto logica quanto temporale), non sembra vi siano i margini per l'utile invocazione della consecutio, con la conseguenza che (...) gli effetti del nuovo concordato non possono legittimamente retroagire alla data di quello originario»⁵⁵.

Così ragionando, se è accertata questa continuità allora, sarà possibile retrodatare gli effetti del concordato preventivo (e dell'eventuale successivo fallimento) alla data di avvio della prima procedura.

In questo caso, il decorso del periodo sospetto per l'esercizio dell'azione revocatoria potrà essere calcolato dal momento di avvio della prima procedura concordataria.

Deve tuttavia osservarsi che secondo alcune recenti pronunce di merito «non può ravvisarsi alcuna continuità e consecuzione tra una prima domanda di concordato già dichiarata inammissibile a seguito della revoca dell'ammissione ex art. 173 l. fall., ed una successiva domanda di concordato, in considerazione del fatto che il concetto di consecuzione concerne l'ipotesi in cui ad una procedura concorsuale minore faccia seguito il fallimento. Il principio di consecuzione tra procedure si fonda sul presupposto dell'esistenza di un rapporto di continuità fra le stesse di natura non tanto temporale ma piuttosto causale; pertanto, soprattutto in presenza di un rilevante intervallo temporale fra le due procedure, ai fini della retrodatazione del periodo sospetto alla data di pubblicazione della domanda di concordato è necessario verificare se il successivo fallimento sia stato dichiarato in base all'accertamento dell'evoluzione negativa di quel medesimo stato di insolvenza che aveva portato al deposito della domanda concordataria; nel caso in esame il trascorrere di circa un anno tra la chiusura della prima procedura e l'inizio della successiva depone non certo a favore del riconoscimento di un simile rapporto»⁵⁶.

Ove prevalessse questa impostazione giurisprudenziale allora il termine per l'esercizio dell'azione revocatoria avrebbe decorrenza dalla pubblicazione sul Registro delle Imprese della seconda domanda di concordato preventivo poi sfociata in fallimento, a condizione che tra queste due procedure sia provata la consecuzione logica e temporale, senza alcuna rilevanza della prima procedura concordataria.

⁵⁵ S. AMBROSINI S., M. AIELLO, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, 2014.

⁵⁶ Trib. Forlì, 3 novembre 2015.

10. Segue: *I singoli casi revocatoria fallimentare*

L'art. 67, commi 1 e 2, l. fall. disciplina le singole ipotesi di revocatoria fallimentare, distinguendo atti "anormali" e atti "normali", con conseguente discriminazione in termini di onere probatorio per il curatore che agisce in revocatoria.

Nei successivi paragrafi verranno sinteticamente esaminate le singole ipotesi, con indicazione dei presupposti applicativi delle stesse.

10.1. Segue: *Atti anormali*

La legge fallimentare individua quattro categorie di atti anormali, che, in quanto tali, sono sintomatici dello stato di insolvenza, vale a dire (a) gli atti con prestazioni sproporzionate, (b) i pagamenti anormali, e (c) le garanzie per debiti preesistenti non scaduti e per debiti preesistenti scaduti.

Il requisito dell'"anormalità" si riporta, per insegnamento pacifico, all'estraneità degli atti e dei pagamenti ivi contemplati al normale andamento di un'attività d'impresa ed a quanto comunemente riscontrabile nella pratica degli affari: si tratta, in altre parole, di operazioni che, per la loro eccezionalità rispetto a ciò che quotidianamente accade nei rapporti imprenditoriali, racchiudono un connotato oggettivo di sospetto, tale da indurre l'interlocutore *in bonis* a domandarsi quale verosimile spiegazione possa essere data del loro carattere anomalo che non si riporti all'intenzione di ledere la garanzia patrimoniale dovuta al ceto creditorio e/o ad una situazione di dissesto.

Il dato in esame è presente tanto nel caso di contratti a prestazioni corrispettive sproporzionati (poiché, di norma, nessuno aliena a prezzo vile i beni che compongono il suo patrimonio, se non vi sia costretto da impellenti bisogni di liquidità), quanto nell'ipotesi di garanzie non contestuali (giacché non è credibile che chi ha erogato credito allo scoperto richieda successivamente una garanzia se non gli siano pervenute notizie allarmanti sulla situazione economica del suo debitore).

Ma è ugualmente presente, come tutti riconoscono, anche nella fattispecie dei pagamenti con mezzi anormali, la cui ragion d'essere si riporta al fatto che chi doveva dare denaro utilizza, invece, strumenti sostitutivi inusuali.

La legge, in buona sostanza, muove dal presupposto che un tale comportamento, estraneo alla consueta dinamica dei rapporti d'impresa, denoti l'incapacità del debitore d'adempiere regolarmente le proprie obbligazioni e che tale circostanza non possa verosimilmente sfuggire all'attenzione di chi, in luogo della prestazione pecuniaria dovuta, accetti sistemi solutori diversi ed alternativi.

Tutti questi casi sono accumulati da un regime probatorio agevolato per il Curatore, poiché, come anticipato, quest'ultimo non deve fornire alcuna prova della *scientia decoctionis*, vigendo la presunzione secondo cui il convenuto che si sia avvantaggiato dell'atto anormale fosse a conoscenza dello stato di insolvenza del debitore poi fallito.

Come, infatti, evidenziato dalla giurisprudenza «*in tema di revocatoria fallimentare, l'art. 67, comma 1, l. fall. considera gli atti non normali nella prassi commerciale come sintomatici del dissesto del debitore poi fallito, e tali da giustificare la presunzione "iuris tantum" che l'altro contraente ne conoscesse lo stato di insolvenza al momento della conclusione del contratto, con la conseguenza che su tale contraente grava l'onere di fornire la prova contraria*⁵⁷».

Passiamo, a questo punto, all'esame dei singoli atti "anormali" revocabili ex art. 67, comma 1, l. fall.

(a) Atti con prestazioni sproporzionate

L'art. 67, comma 1, n. 1), l. fall. prevede che siano revocati, salvo prova dell'*inscientia decoctionis* del soggetto che ne ha beneficiato, gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, a condizione che le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallimento superino di oltre un quarto ciò che gli è stato dato o promesso.

La *ratio* di questa norma sta nel fatto che la "sproporzione" è di per sé sintomatica dell'insolvenza dell'imprenditore, che si vede costretto a cedere i propri beni o eseguire prestazioni ad un valore favorevole all'altro contraente, che se ne avvantaggia nella consapevolezza dello stato di difficoltà.

In altre parole, la finalità della norma è revocare gli atti, in cui il beneficio per il fallito è inferiore al collegato onere assunto.

La soglia del 25%, come anticipato, è stata introdotta nell'art. 67, comma 1, l. fall. dal Decreto Competitività n. 35/2005, poi convertito nella legge n. 80/2005, che è andato a sancire a livello normativo un margine di valutazione già in uso nella prassi giurisprudenziale⁵⁸, ancorché prima della riforma la mi-

⁵⁷ Cass. 21 luglio 2000, n. 9578.

⁵⁸ In tal senso, Cass. 3 gennaio 1998, n. 14, secondo cui «*In tema di revocatoria fallimentare, il giudizio sulla "notevole sproporzione" tra le prestazioni eseguite e le obbligazioni assunte dal fallito e ciò che a lui è stato dato o promesso (che, ai sensi del comma 1 dell'art. 67 l. fall., deve sussistere per farsi luogo alla dichiarazione di inefficacia del negozio) prescinde da qualsiasi misura fissa o parametro da cui desumere il depauperamento, con riguardo al valore reale oggetto del negozio, e costituisce un giudizio di merito insindacabile in sede di*

sura della sproporzione fosse rimessa alla discrezionalità del giudice⁵⁹.

L'indicazione di una percentuale di "sproporzione" non esonera tuttavia il giudice dal valutare se, in concreto, questo margine è stato o meno superato, con conseguente possibilità di esercitare la revocatoria con successo.

A tal riguardo, si osserva, infatti, che la valutazione della "sproporzione" deve essere svolta con riferimento alle prestazioni reciproche tra le parti, facendo riferimento al momento in cui è stato concluso il contratto (e non al momento dell'esercizio della revocatoria), prescindendo da un parametro fisso e guardando alle circostanze che connotano il caso concreto.

Quanto precede trova conferma nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui «*in tema di revocatoria fallimentare, la valutazione sulla "notevole sproporzione" tra le prestazioni eseguite e le obbligazioni assunte dal fallito e ciò che a lui è stato dato o promesso, necessaria per la dichiarazione di inefficacia del negozio ai sensi dell'art. 67, primo comma, n. 1), legge fall. (nella versione anteriore alla modifica di cui al d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con modif. dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, applicabile "ratione temporis"), deve essere effettuata "ex ante", ossia al momento della conclusione del contratto, dovendosi prescindere da una misura fissa o parametro da cui desumere il depauperamento patrimoniale del debitore (analogo alla lesione "ultra dimidium" propria della rescissione), poiché è sufficiente, per la sua configurabilità, che tale depauperamento sia consistente*⁶⁰».

(b) Pagamenti anormali

L'art. 67, comma 1, n. 2), l. fall. sanziona con la revocatoria gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con denaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento.

Questa norma muove dall'assunto che l'anomalia del mezzo di pagamento è emblematica dello stato d'insolvenza e ne fonda una presunzione di conoscenza a carico del beneficiario del pagamento, nel senso che si presume che l'accettazione da parte di quest'ultimo del pagamento con mezzi anormali sia

legittimità se adeguatamente motivato ed esente da vizi logici o giuridici. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto logicamente e congruamente motivata la decisione del merito la quale, tra l'altro, aveva affermato che, nella compravendita di un modesto alloggio, una differenza del 25% in meno rispetto al prezzo di mercato assume carattere di sproporzione del tutto accentuata e fuori dalle usuali oscillazioni di mercato)».

⁵⁹ Cass. civ., 6 luglio 2015, n. 13881. In tal senso, anche Cass. civ., 18 novembre 2010, n. 23356, con nota di A. Penta.

⁶⁰ Cass. civ., 6 luglio 2015, n. 13881.

foriero della sua conoscenza dell'impossibilità per il debitore di estinguere normalmente i propri debiti⁶¹.

Se così è, però, è chiaro che l'ipotesi di "anormalità" non ricorre tutte le volte in cui l'obbligazione del debitore sia adempiuta secondo modalità che rispondono a quanto usualmente praticato in un certo settore economico ed in conformità a quanto convenuto *ex ante* fra le parti per il soddisfacimento di quello specifico credito.

Tali modalità di pagamento, in quanto rispondenti al comune e normale comportamento ricorrente nel settore economico di riferimento ed in quanto conformi, oltre tutto, alle intese convenute ab initio fra creditore e debitore, ben lungi dal dover destare nell'accipiens una qualche ragione di sospetto, appaiono le uniche ragionevolmente attese e pretendibili nel quadro di un regolare andamento del rapporto, sicché esse appaiono prive di qualsiasi valenza sintomatica in merito all'esistenza ed alla consapevolezza d'ipotetiche situazioni d'insolvenza.

Tutto ciò significa, proseguendo nel discorso, che la normalità o l'anormalità di un mezzo di pagamento non può essere predicata in linea meramente astratta, ma esige d'essere accertata in concreto, guardando alle consuetudini del settore economico in cui s'inserisce e al tipo di relazione effettivamente esistente fra le parti, con il corollario che una cessione del credito o un mandato all'incasso può integrare un meccanismo solutorio anormale in un certo contesto economico, ma assolutamente normale in un altro: tutto dipende dal verificare se questo meccanismo sia, in quel particolare settore, un fatto usualmente praticato per regolare l'obbligazione o si collochi, invece, fuori dei canoni di comune comportamento dei contraenti⁶².

Nella prassi la casistica dei pagamenti anormali è varia e comprende molteplici fattispecie, quali, a titolo esemplificativo e non esaustivo, la *datio in solutum*⁶³, l'accollo liberatorio⁶⁴, l'erogazione di un finanziamento a saldo di un debito pregresso⁶⁵ e la cessione di credito se compiuta in funzione solutoria⁶⁶.

⁶¹ M. FERRO (a cura di), *Commento all'art. 67*, in *La legge fallimentare*, Cendon, 2011.

⁶² Cass. 21 luglio 2000, n. 9578; Trib. Brindisi, 27 maggio 2002, in *Giur. merito*, 2003, I, 474; Trib. Milano, 8 febbraio 1999, in *Fallimento*, 1999, 813

⁶³ Cass. civ., 4 marzo 2016, n. 4265.

⁶⁴ Cass. civ., 23 dicembre 2015, n. 25928.

⁶⁵ Cass. civ., 2 ottobre 2015, n. 3581.

⁶⁶ Cass. civ., 31 ottobre 2014, n. 23621.

(c) *Garanzie per debiti preesistenti non scaduti e scaduti*

L'art. 67, comma 1, n. 3) e n. 4), l. fall. rende oggetto di revocatoria le garanzie non contestuali, vale a dire costituite in riferimento a debiti preesistenti (scaduti o non scaduti) e onerose, poiché se fossero gratuite ricadrebbero nella previsione di cui all'art. 64 l. fall.

In questi casi, il fatto che il debitore abbia concesso una garanzia dopo aver ottenuto un credito e non in occasione e funzione del medesimo, è ritenuto sintomatico dell'assenza di fiducia da parte del creditore nell'adempimento dell'obbligazione di pagamento da parte del debitore e, quindi, della sua consapevolezza dell'insolvenza, a maggior ragione se il debito non è ancora scaduto ed esigibile.

L'elenco di garanzie riportato nella norma (ipoteche, pegni e anticresi) è, secondo opinione diffusa, ritenuto non tassativo, cosicché rientrerebbero anche gli atti costitutivi di garanzie atipiche, quali ad esempio la fideiussione, la cessione di credito a scopo di garanzia ed il pegno su merci.

Sono altresì incluse in questa categoria le garanzie "coattive", vale a dire iscritte in forza di provvedimento giudiziario, con la rilevante eccezione dell'ipoteca fiscale iscritta ai sensi dell'art. 77 del d.P.R. n. 602/73, che secondo una recente presa d'atto della Suprema Corte non rientra nella categoria dell'ipoteca legale, poiché si tratta di una "*figura autonoma, non agevolmente inquadrabile in alcuna delle categorie previste dal codice civile, e perciò non rientrante nel disposto dell'art. 67 r.d. n. 267 del 1942, a norma del quale sono assoggettabili a revocatoria le sole ipoteche volontarie o giudiziali*"⁶⁷.

10.2. *Segue: Atti normali*

L'art. 67, comma 2, l. fall. sanziona con la revocatoria gli atti a titolo oneroso, quelli costitutivi di diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, conte-

⁶⁷ Cass. civ., 8 aprile 2015, n. 6997, secondo cui «*l'ipoteca iscritta ai sensi dell'art. 77 del d.P.R. n. 602/73 sugli immobili del debitore e dei coobbligati al pagamento dell'imposta, pur non essendo qualificabile come ipoteca legale – dal momento che l'iscrizione non ha luogo automaticamente su specifici beni oggetto di negoziazione al fine di garantire l'adempimento di obbligazioni derivanti da un'operazione di trasferimento della proprietà, ma richiede un'iniziativa del creditore e non presuppone un preesistente atto negoziale – neppure è riconducibile all'ipoteca volontaria, posto che la sua iscrizione prescinde dal consenso del proprietario dei beni gravati, od a quella giudiziale, cui la accomuna la subordinazione dell'iscrizione ad un'iniziativa del creditore fondata su un titolo esecutivo preconstituito e la finalità di garantire l'adempimento di una generica obbligazione pecuniaria, ma dalla quale si differenzia per la natura del titolo che ne costituisce il fondamento, non rappresentato da un provvedimento giurisdizionale, ma da un atto amministrativo*».

stualmente creati ed i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, compiuti entro sei mesi dalla data della dichiarazione di fallimento, a condizione che il curatore provi che il beneficiario dell'atto o del pagamento era a conoscenza dello stato di insolvenza del debitore.

Tutti questi casi sono accumulati da un regime probatorio aggravato per il curatore, poiché, come anticipato, quest'ultimo deve fornire la prova della conoscenza da parte del convenuto, al tempo in cui è stato concluso l'atto, dello stato di insolvenza del debitore, non vigendo, per queste fattispecie, il regime presuntivo di cui al precedente comma 1 dell'art. 67 l. fall.

(a) Atti a titolo oneroso

Questa ipotesi di revocatoria fallimentare va a colpire gli atti a titolo oneroso, senza distinzione di sorta, siano essi traslativi (quali, a titolo esemplificativo e non esaustivo, la compravendita) ovvero dichiarativi (quali, a titolo esemplificativo e non esaustivo, la divisione).

Restano, invece, esclusi da questa categoria gli atti che derivano da provvedimenti giurisdizionali (quali, ad esempio, le vendite giudiziali) e gli atti a titolo oneroso compiuti dal debitore per il mantenimento suo e della sua famiglia.

(b) Atti costitutivi di diritti di prelazione per debiti contestualmente creati

Questa ipotesi di revocatoria fallimentare va a colpire le garanzie per debiti, anche di terzi, contestualmente create, senza distinzione di sorta, siano esse garanzie reali o personali, tipiche o atipiche, sia per debiti propri del fallito che per debiti altrui.

Nella prassi, una ricorrente criticità è rappresentata dalla revocabilità in sede fallimentare – quindi, in seguito al fallimento del debitore – dei pagamenti relativi ad un mutuo ipotecario stipulato al fine di consolidare una precedente esposizione debitoria chirografaria, con contestuale e conseguente attribuzione al credito finanziario del rango privilegiato.

Al riguardo e da un punto di vista civilistico, si pone un doppio profilo di revocabilità: il primo dell'ipoteca costituita volontariamente dal debitore, mentre il secondo della rimessa con cui viene estinta la posizione chirografaria e messa in ammortamento quella (nuova) privilegiata.

Qualora il mutuo ipotecario sia stato stipulato nei sei mesi o nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento, è tendenzialmente pacifica la revocabilità dell'atto di costituzione d'ipoteca volontaria, con conseguente sua possibile (e sopravvenuta) inefficacia nei confronti della massa e nuova degradazione del credito di un istituto di credito al rango chirografario.

Quanto alla possibilità di revoca dei pagamenti intervenuti e, altresì, quella di insinuare al passivo del fallimento la somma mutuata, la soluzione non è invece univoca, dato che la giurisprudenza ha sviluppato nel tempo quattro diverse tesi, a seconda della qualificazione giuridica attribuita al contratto di mutuo ipotecario nel caso concreto.

Più nel dettaglio e secondo un primo orientamento, la fattispecie in esame è riconducibile ad un caso di simulazione, che richiede un'apposita pronuncia giudiziale di accertamento.

In questo caso, la Corte di Cassazione (in pronunce, invero, risalenti) è giunta ad ammettere la revocabilità, ai sensi dell'art. 67, comma 1, n. 2, l. fall. della garanzia e del pagamento. Inoltre e secondo la stessa interpretazione, il credito del mutuante non potrebbe essere suscettibile di insinuazione al passivo del fallimento⁶⁸.

Secondo un altro orientamento, la fattispecie in esame sarebbe riconducibile ad un caso di novazione oggettiva ai sensi dell'art. 1230 c.c., in quanto la stipulazione del mutuo potrebbe avere effetti estintivi dell'obbligazione preesistente in un modo diverso dall'adempimento.

Anche secondo quest'interpretazione, non si ritiene possibile chiedere l'insinuazione al passivo del fallimento del credito del mutuante, ma solo quello originario non assistito dalla garanzia ipotecaria⁶⁹.

Una terza posizione è rappresentata da chi riconduce questa fattispecie ad un negozio indiretto, nel quale la concessione di ipoteca avviene contestualmente alla stipula del mutuo, il quale è connotato dallo scopo ulteriore non dell'estinzione di una passività pregressa (come nell'ipotesi di pagamento anomalo); ma solo della sua trasformazione in debito privilegiato.

Sulla base di questa lettura, sarà revocabile l'ipoteca, ma sarà possibile ammettere il credito della banca al chirografo e senza revocatoria del pagamento.

In merito all'insinuazione al passivo del fallimento del credito del mutuante, la Corte di Cassazione ha infatti statuito più volte che *«nel caso in cui l'ipoteca integra garanzia costituita per un debito preesistente, resta soggetta a revocatoria ai sensi dell'art. 67, comma 1, l. fall. qualora venga dichiarato il fallimento dell'obbligato. Questa Corte ha poi chiarito che la revoca della ipoteca non necessariamente comporta l'esclusione dall'ammissione al passivo del mutuo. L'ammissione al passivo della somma mutuata deve, infatti, ritenersi incompatibile con le sole fattispecie della simulazione e della novazione, non*

⁶⁸ Cass. 5 febbraio 1982, n. 652.

⁶⁹ Trib. Genova, 16 gennaio 2002.

anche con quella del negozio indiretto, poiché, in tal caso, la stessa revoca dell'intera operazione – e, quindi, anche del mutuo – comporterebbe pur sempre la necessità di ammettere al passivo la somma (realmente) erogata in virtù del mutuo revocato, atteso che, all'inefficacia del contratto, conseguirebbe pur sempre la necessità di restituzione, sia pure in moneta fallimentare⁷⁰».

Secondo un quarto ed ultimo orientamento, la fattispecie in esame rappresenta un procedimento solutorio anomalo, realizzato mediante lo schema del negozio indiretto, che comporta la revoca della garanzia e del pagamento.

Con riferimento alla particolare ipotesi in cui la pregressa passività, consistente in scoperti di conto, sia stata estinta grazie alle somme mutate su conti correnti scoperti, la Corte di Cassazione ha qualificato l'atto finale di estinzione del debito quale atto anormale, come l'intera operazione di concessione di mutuo ipotecario: così facendo, e considerando «*la modalità di pagamento con cui si è provveduto al pagamento del debito originato dagli scoperti di conto corrente [...] non già un modo di diretta ed immediata soluzione bensì un mezzo indiretto di pagamento avendo i versamenti sui conti correnti funzione solutoria*», i versamenti in conto corrente sarebbero revocabili in quanto i saldi negativi di conto corrente hanno natura di credito esigibile⁷¹.

La situazione è tutt'altro che certa, potendosi comunque ragionevolmente ritenere prevalente la tesi della non revocabilità della rimessa estintiva del consolido ipotecario.

(c) Pagamenti di debiti liquidi ed esigibili

Questa ipotesi di revocatoria fallimentare va a colpire i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, senza distinzione di sorta, valendo questa previsione per tutti i tipi di pagamenti, sia volontari sia coattivi.

Sul punto e con particolare riguardo al pagamento a mezzo assegno bancario, recente giurisprudenza di merito ha statuito che «*il “pagamento” contemplato dall'art. 67, 2° comma, Legge Fallimentare dev'essere riferito alla data dell'effettivo incasso, trattandosi del momento in cui si verifica l'estinzione dell'obbligazione, mentre la consegna del titolo rileva come mera promessa di pagamento. L'effetto solutorio-liberatorio si realizza solo con l'incasso della somma portata nel titolo stesso*⁷²».

⁷⁰ Cass. 28 gennaio 2013, n. 1807. In tal senso, anche Cass. 20 marzo 2003, n. 4069; Trib. Vicenza, 15 dicembre 2010.

⁷¹ Cass. 17 luglio 2008, n. 19735.

⁷² Trib. Torino, 2 marzo 2016.

11. Segue: *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*

L'art. 67-*bis* l. fall. – introdotto dalla riforma del 2006 – stabilisce la revocabilità degli atti che incidono su un patrimonio destinato ad uno specifico affare previsto dall'art. 2447-*bis*, comma 1, lett. *a*), c.c., a condizione che il beneficiario dell'atto sia a conoscenza dello stato d'insolvenza della società.

Questa norma, secondo la dottrina, persegue lo scopo di sottrarre «*il beneficio dell'autonomia patrimoniale ad alcuni beni utilizzati sensibilizzandoli, in deroga al principio di reciproca impermeabilità, alle vicende che interessano il patrimonio sociale, e di conseguenza, esponendo gli atti che incidono su di essi al rischio di revocatoria in caso di pregiudizio del patrimonio sociale*⁷³».

Quanto al campo applicativo della norma, il Legislatore non ha specificato a quale tipologia di atti sia applicabile la disciplina revocatoria in esame.

A tal riguardo, la dottrina, ancorché in assenza di specifica previsione di legge, ritiene che la particolare revocatoria di cui all'art. 67-*bis* l. fall. colpisca tutte le tipologie di atti, incidenti sul patrimonio destinato, riconducibili alle fattispecie disciplinate nell'art. 67, comma 1 e comma 2, l. fall.⁷⁴.

Non sembra altresì ragionevolmente possibile includere nel novero degli atti revocabili *ex art. 67-*bis* l. fall.* gli atti a titolo gratuito *ex art. 64 l. fall.* e i pagamenti *ex art. 65 l. fall.*

Le ragioni di questa esclusione risiedono tutte nell'impossibilità di accumulare l'inefficacia degli atti di cui agli artt. 64 e 65 l. fall. alle ipotesi revocatorie, e ciò sotto molteplici profili.

Sotto un profilo sostanziale, basta rilevare che gli artt. 64 e 65 l. fall. disciplinano, come anticipato nei precedenti paragrafi, ipotesi di natura meramente dichiarativa di inefficacia che opera automaticamente a condizione della dichiarazione di fallimento, mentre la sentenza che pronuncia la revoca ha natura costitutiva.

Passando all'esame degli elementi di questa fattispecie, si rileva che la norma opera a condizione che sussistano i seguenti presupposti: *(i)* l'incidenza dell'atto sul patrimonio destinato ad uno specifico affare, *(ii)* il pregiudizio al patrimonio della società fallita arrecato dall'atto, e *(iii)* la conoscenza dello stato di insolvenza della società.

Quanto all'incidenza dell'atto, è sufficiente, ai fini dell'azione revocatoria,

⁷³ M. VENTORUZZO, M. MURATORE, *Commentario alla nuova legge fallimentare*, in C. CAVALLINI, S. RECCHIONE (a cura di), Egea, Milano, 2010.

⁷⁴ M. FERRO (a cura di), *La Legge Fallimentare*, Cedam, Padova, 2011.

che l'atto riguardi un bene od un rapporto che la società, con delibera ex art. 2447 ter c.c., abbia incluso nel patrimonio destinato.

Quanto al pregiudizio, l'art. 67-bis l. fall. annovera espressamente questo requisito tra quelli posti a fondamento della fattispecie, riferendolo al patrimonio della società.

La previsione espressa del pregiudizio conseguente all'atto revocato è stata foriera di ampio dibattito sulla natura di questa azione revocatoria.

Secondo una parte della dottrina, la previsione, quale presupposto applicativo della norma, del pregiudizio arrecato al patrimonio della società fallita, sarebbe l'elemento consacrante la natura indennitaria di questa particolare tipologia di revocatoria⁷⁵.

Secondo una diversa interpretazione, invece, questa specifica indicazione del pregiudizio non deve essere intesa come necessità di una prova specifica del danno, bensì nel senso di escludere dalla revocatoria gli atti che incidono unicamente sul patrimonio destinato senza tuttavia pregiudicare i creditori concorsuali⁷⁶.

Questa seconda lettura della norma parrebbe maggiormente in linea con la posizione assunta dalle Sezioni Unite di Cassazione, secondo cui, come anticipato nei precedenti paragrafi, l'azione revocatoria avrebbe una natura anti-indennitaria⁷⁷.

Quanto infine al requisito soggettivo della conoscenza dello stato d'insolvenza del debitore, da parte dell'*accipiens*, al momento di compimento dell'atto, occorre innanzitutto ricordare che, ancorché in assenza di specifica previsione di legge, si ritiene che rientrino nel novero degli atti revocabili ex art. 67-bis l. fall. tutte le tipologie di atti, incidenti sul patrimonio destinato, riconducibili alle fattispecie disciplinate nell'art. 67, comma 1 e comma 2, l. fall.⁷⁸.

Con riferimento all'onere probatorio del curatore, occorre interrogarsi se anche con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 67 l. fall. possa trovare applicazione il regime probatorio previsto per la revocatoria fallimentare, con distinzione tra atti normali ed atti anormali.

A tal riguardo, autorevole dottrina ha osservato che «*la necessità di riferire lo stato soggettivo alla società sembrerebbe impedire l'esistenza di presunzioni di conoscenza da parte dell'accipiens: infatti, la presunzione della cono-*

⁷⁵ G. ROMANO, *Commento all'art. 67 bis*, in F. SANTANGELI (a cura di), *Il Nuovo Fallimento*, Giuffrè, Milano, 2006.

⁷⁶ S. BONFATTI, *L'azione revocatoria fallimentare nei nuovi fallimenti*, in www.unisi.it.

⁷⁷ Cass., sez. un. civ., 28 marzo 2006, n. 7028.

⁷⁸ M. FERRO (a cura di), *La Legge Fallimentare*, Cedam, Padova, 2011.

scienza dello stato d'insolvenza, giustificata dal compimento di un atto anomalo ex art. 67, comma 1, l. fall., rispetto alla fisiologica pratica degli affari, postula l'unicità del rapporto fra patrimonio e titolare, mentre quando il patrimonio, seppure riferibili ad un unico titolare, vive in una sfera di separazione rispetto a quello generale, la presunzione viene necessariamente meno, perché l'atto anomalo potrebbe far presumere una situazione di crisi del patrimonio separato, ma non certo di quello generale, né, quindi, una situazione d'insolvenza della società»⁷⁹.

Il precipitato pratico di queste considerazioni è che il curatore, quando intende agire in revocatoria ex art. 67-bis l. fall., deve provare la *scientia decoc-tionis*; e ciò prescindere dal fatto che il revocando atto sia “normale” o “anor-male”, non potendo beneficiare del regime presuntivo di cui all'art. 67, com-ma 1, l. fall.

Alcuni autori si sono, infine, interrogati se il curatore debba provare anche la conoscenza del pregiudizio al patrimonio sociale da parte del terzo c.d. *accipiens*.

Sul punto, la dottrina, aderendo al tenore letterale della norma, ha chiarito che il curatore non deve fornire anche questa prova, dovendosi limitare alla dimostrazione dell'esistenza del pregiudizio al patrimonio della società, senza dover provare che l'*accipiens* avesse conoscenza di questo al momento del compimento dell'atto revocabile⁸⁰.

12. Segue: Le esenzioni da revocatoria

La legge fallimentare individua alcune ipotesi di esenzioni da revocatoria fallimentare, con conseguente ulteriore riduzione della possibilità di esperire il rimedio revocatorio nell'ambito della procedura fallimentare.

(a) I pagamenti nei “termini d'uso”

L'art. 67, comma 3, lett. a), l. fall. dispone l'esenzione da revocatoria dei pagamenti eseguiti nei “termini d'uso”.

Questa esenzione è finalizzata a favorire la conservazione dell'attività

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ M. MURATORE, M. VENTORUZZO, *Sub art. 67-bis*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, *Artt. 64-123*, Egea, Milano, 2010.

d'impresa⁸¹ e consente all'imprenditore di eseguire pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio della normale attività d'impresa, ancorché nel corso del periodo sospetto.

Per effetto di questa previsione, un atto solutorio compiuto nei "termini d'uso" non può essere revocato anche qualora sussista in capo ad una parte la conoscenza dello stato di insolvenza dell'altra parte.

La giurisprudenza ha infatti osservato che la ratio della norma in esame è quella di «salvaguardare la certezza dei rapporti giuridici in situazioni di normalità negoziale⁸²».

La dottrina, ricordato che i recenti interventi di modifica della legge fallimentare da parte del Legislatore sono caratterizzati dal *favor* verso composizione della crisi con strumenti diversi dal fallimento, ha osservato che questa esenzione ha rappresentato un primo intervento in questo senso e che la medesima ha fornito la base per la più recente normativa dei pagamenti autorizzati di cui all'art. 182-*quinquies* l. fall.⁸³.

Quanto all'applicazione pratica della norma in esame, dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate sul significato della locuzione "termini d'uso" e su quali siano le condizioni di applicabilità di questa esenzione da revocatoria fallimentare.

Secondo la recente giurisprudenza di merito «il concetto di "termini d'uso" fa riferimento alle condizioni di tempo e di modo dei pagamenti normalmente in uso tra i contraenti ed in concreto pattuiti tra le parti, sempre che siano mezzi fisiologici e usuali di pagamento, mentre non possono divenire "termini d'uso" prassi patologiche e forme anormali di pagamento, non concordate dalle parti all'inizio del rapporto negoziale. In particolare, i pagamenti effettuati con rilevante ritardo rispetto alle condizioni convenute dalle parti, in forme diverse da quelle pattuite, oltre che in condizioni peculiari, sono tali da non poter essere considerate d'uso: deve dunque essere esclusa l'operatività della causa di esonero prevista dall'art. 67, comma 3, lett. a), Legge Fallimentare. Dunque, si considerano avvenuti nei "termini d'uso" e sono esenti da revocatoria i pagamenti effettuati regolarmente alla loro sca-

⁸¹ In questo senso, la giurisprudenza ha, infatti, osservato che «il rispetto dei termini contrattuali o legali e l'uso di mezzi ordinari di pagamento consentono l'operatività della causa di esenzione dalla revocatoria ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. a), l. fall., in quanto permette di conciliare l'esigenza di continuità dell'impresa debitrice con il rispetto della par condicio» (Trib. Salerno 3 febbraio 2015).

⁸² Trib. Salerno, 18 giugno 2013, n. 1559.

⁸³ C. PECORARO, *Quando i termini diventano d'uso ai fini dell'esenzione dalla revocatoria fallimentare*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 2, 2015.

denza in relazione alla prassi commerciale tra le parti, mentre non possono beneficiare dell'esenzione i pagamenti effettuati con notevole ritardo rispetto alle condizioni originariamente pattuite⁸⁴».

Nella pratica ed al fine di dimostrare che un pagamento è stato eseguito nei "termini d'uso" occorre guardare alle «modalità contrattuali con cui sono stati regolati i pagamenti in precedenti rapporti negoziali, ovvero [alle] modalità con cui sono stati regolati i pagamenti nel contratto in oggetto ovvero, in mancanza di specifica pattuizione o regolamentazione (orale o scritta), [alla] prassi praticata nel settore e sul territorio. Non può invece prendersi a parametro di riferimento la modalità di estrinsecazione del rapporto tra le parti, ove la stessa sia difforme da quanto contrattualmente previsto»⁸⁵.

In altre parole, i pagamenti sono eseguiti nei termini d'uso se effettuati con un mezzo fisiologico ed ordinario e nei termini della concreta e pregressa attività commerciale tra le parti, ancorché questi termini siano difformi da quelli previsti dal regolamento negoziale accettato dalle parti⁸⁶.

In tale ottica e come rilevato da alcuni autori «non sono revocabili, i pagamenti relativi a forniture rientranti nella corrente conduzione dell'azienda a condizione che vengano eseguiti con le medesime modalità e nelle stesse tempistiche adottate nelle pregresse relazioni commerciali intrattenute tra le parti, e, quindi, anche pagamenti compiuti con il medesimo ritardo precedentemente tollerato»⁸⁷.

Alla luce di quanto precede, è ragionevole sostenere che la prova che il convenuto in revocatoria deve raggiungere per l'applicazione dell'esenzione in esame è duplice, poiché occorre dimostrare, da un lato, che il pagamento è avvenuto con un mezzo ordinario e consueto, e, dall'altro lato, che questo pagamento è avvenuto nei tempi normalmente in uso tra le parti, guardando all'intero rapporto contrattuale intercorso e non limitandosi alle pattuizioni scritte.

(b) Le rimesse in conto corrente

L'art. 67, comma 3, lett. b), l. fall. dispone l'esenzione da revocatoria fallimentare delle rimesse eseguite dal fallito sul proprio conto corrente, a condi-

⁸⁴ Trib. Torino, 2 marzo 2016.

⁸⁵ Trib. Milano, 1° marzo 2013.

⁸⁶ Trib. Salerno, 18 giugno 2013, n. 1559.

⁸⁷ F. FUMAGALLI, *Esenzione ex art. 67, comma III lett. a), L.F.: definizione di "pagamenti nei termini d'uso" e onere della prova*, commento a sent. Trib. Salerno, 18 giugno 2013, n. 1559, in www.iusletter.it.

zione che queste non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione del fallito nei confronti della banca.

Qualora, al contrario, queste rimesse abbiano ridotto in modo consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito allora le stesse saranno revocabili in quanto mezzi normali di pagamento ai sensi dell'art. 67, comma 2, l. fall.

Come ormai è noto, il legislatore ha posto l'esenzione come regola generale, mentre la revocabilità delle rimesse costituisce l'eccezione⁸⁸.

Dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate su quali siano le condizioni di applicabilità di questa esenzione da revocatoria fallimentare, dovendosi chiarire cosa il legislatore abbia voluto intendere con: (i) esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca; (ii) fallito; (iii) riduzione consistente; e (iv) riduzione durevole.

Quanto all'esposizione debitoria, il legislatore ha abbandonato il criterio del saldo debitore utilizzando, quindi, un'espressione decisamente più ampia.

In questo modo, all'interno della c.d. esposizione debitoria andrà ricompreso, tanto il *saldo debitore* del conto corrente bancario, quanto ogni altro debito.

Rilevano tutte le rimesse che costituiscono i pagamenti nei confronti della banca con riferimento, quindi, a tutti i rapporti tra banca e cliente⁸⁹.

Si afferma che l'"esposizione debitoria" farebbe riferimento a quella in essere all'inizio del periodo sospetto⁹⁰

In particolare, secondo l'interpretazione dottrinale, rilevano: (i) le rimesse effettuate per rientrare da uno scoperto di conto; (ii) le rimesse effettuate su un conto corrente passivo ma nei limiti dell'affidamento (e quindi su un conto non scoperto)⁹¹; e (iii) le rimesse effettuate su un conto bloccato⁹².

⁸⁸ G. CAVALLI, *Sub art. 67, l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, vol. I, diretto da Jorio-Fabiani, Zanichelli, Bologna-Roma, 2006, 964; A. NIGRO, *Riforma della legge fallimentare e revocatoria delle rimesse in conto corrente*, in *Dir. Banc.*, 2005, I, 343, secondo cui «l'apparente eccezione segna il ritorno alla regola generale».

⁸⁹ L. GUGLIELMUCCI, *La nuova normativa della revocatoria delle rimesse in conto corrente*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, 805 ss., 807.

⁹⁰ G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare. Profili sistematici di dottrina e giurisprudenza*, II ed., Cedam, Padova, 2006, 872.

⁹¹ Secondo parte della dottrina sono revocabili, in quanto comunque finalizzate ad estinguere il debito maturato su un conto, anche in mancanza di una chiusura sul conto o di una richiesta di rientro da parte della banca (G. RAGO, *op. cit.*, 873). Secondo un'altra parte della dottrina, invece, non sarebbero da considerarsi pagamenti, ma semplice restituzione della provvista, per cui non sarebbero revocabili (S. FORTUNATO, *L'incerta riforma della revocatoria fallimentare*, in *Corriere Giuridico*, 2005, 597 ss.).

⁹² E. GRANATA, *Esenzioni dalla revocatoria fallimentare ed operazioni bancarie*, in *La ri-*

Al contrario, non rilevano le rimesse su conto attivo, anche se il riferimento alla c.d. esposizione debitoria potrebbe far ritenere revocabile anche una rimessa (se durevole e consistente) effettuata su un conto attivo, se lo stesso può essere utilizzato dalla banca compensando questo attivo con il passivo su altri conti o rapporti (c.d. giroconto⁹³).

Secondo l'orientamento giurisprudenziale più recente, ai fini dell'applicazione della norma in esame, non opera più la differenza tra conto corrente scoperto e conto corrente passivo, poiché «l'unico criterio è costituito dal rientro finalizzato a ridurre l'esposizione debitoria nei confronti della banca⁹⁴».

In altre parole e come osservato da recente giurisprudenza, le rimesse sul conto corrente dell'imprenditore poi fallito sono revocabili, ai sensi dell'art. 67, comma 1, l. fall., ogni qual volta in cui il conto, al momento della rimessa, risulti scoperto perché non assistito da copertura di credito che presenti un saldo a debito del cliente ovvero scoperto a seguito di sconfinamento del fido convenzionalmente accordato al correntista.

Quanto al termine “fallito”, che tende a rafforzare proprio in sintonia con gli elementi suaccennati, il concetto di esposizione debitoria complessiva quantificata in un momento storico prossimo all'apertura del concorso tra i creditori.

Quanto al requisito della “consistenza”, recente giurisprudenza ha affermato «il requisito della consistenza va accertato tenendo in considerazione diversi parametri, senza poter identificare un limite percentuale preciso, ma considerando il valore della rimessa rapportato al rientro complessivo nel periodo sospetto, tenendo conto dell'ammontare del debito nel momento in cui la singola

forma della legge fallimentare, a cura di Bonfatti-Falcone, in *La riforma della legge fallimentare. Atti del convegno di Lanciano (10-11 giugno 2005)*, Milano, 143 ss. il quale ritiene che rilevino solo queste rimesse. *Contra*: Dolmetta, *op. cit.*, 18, secondo il quale per i versamenti successivi alla chiusura del conto si applica la regola della revocabilità dei pagamenti normali (art. 67, comma 2, l. fall.).

⁹³ Talvolta accade infatti che la banca, al fine di sottrarsi alla azione revocatoria, fa confluire le rimesse su un distinto conto corrente che, dunque, resta attivo; in fase di chiusura dei conti – generalmente quando interviene la dichiarazione di fallimento – la banca compensa *ex art. 56 l. fall.* il saldo attivo e quello passivo dei differenti conti correnti. Dunque il giroconto è soggetto alle regole ordinarie quando opera tra soggetti diversi, o conti dello stesso soggetto su banche diverse. Al contrario, quando lo stesso soggetto ha sulla stessa banca due conti autonomi il giroconto può costituire l'esecuzione di una compensazione non revocabile. Se, viceversa, tra i due conti vi è un collegamento funzionale (come ad esempio se uno di essi è stato realizzato *ad hoc* per accrediti di terzi da compensare col saldo passivo) in tal caso le rimesse sono revocabili (F. ANGIOLINI, *La “nuova” revocatoria fallimentare*, in *Riv. not.*, 2005, 5, 993).

⁹⁴ Trib. Piacenza, 23 dicembre 2014.

*rimessa è stata effettuata, l'entità massima dell'esposizione debitoria del conto corrente, l'entità media dei movimenti in entrata e in uscita dal conto*⁹⁵».

In altre parole, riduzione consistente significa valutare se l'importo della rimessa è ingente o comunque rilevante. Si tratta di un concetto relativo il cui accertamento è demandato alla valutazione discrezionale del giudice.

Secondo taluno tale requisito va valutato in termini percentuali, e non assoluti, in quanto ciò che conta non è l'ammontare della singola operazione, ma il risultato solutorio finale.

Non solo, tale requisito, rispetto all'orientamento formatosi nella disciplina anteriore alla riforma, dovrà essere accertato con riferimento alla "durevolezza" delle rimesse, vale a dire guardando l'insieme delle rimesse in un determinato periodo.

Quanto alla "durevolezza", la giurisprudenza ha affermato «*la durevolezza va intesa invece come relazione che sussiste tra un accredito e i successivi addebiti, definendosi durevole una rimessa che non sia stata seguita, in un lasso di tempo breve, da movimenti in uscita dal conto tali da portare la rimessa al di sotto del limite di consistenza*⁹⁶».

In quest'ottica, una rimessa se di importo basso ma durevole potrà essere revocata. E ciò per evitare che venga aggirata la norma facendo riferimento a singole rimesse di importo non rilevante⁹⁷.

In altri termini, «*la "consistenza" potrà essere recuperata sul piano della sommatoria delle rimesse singolarmente marginali ma chiaramente estintive del debito*⁹⁸».

Non sarà ritenuta rilevante per mancanza del requisito della consistenza: (i) una semplice oscillazione del saldo passivo dovuta ad eventi contingenti (ad esempio, il ritardato accredito di rimesse sul conto di cui la banca avesse già notizia tanto da risolversi ad erogare credito anche oltre i limiti del fido concesso); (ii) uno sconfinamento modesto avuto riguardo all'entità dell'affidamento: in un conto affidato per 1000 è modesto uno sconfinamento di 100; in un conto affidato per 10000 è invece modesto uno sconfinamento di 1000); e (iii) gli sconfinamenti oltre l'ammontare del fido di modesto ammontare ed erogati in vista del prossimo e prevedibile accredito di somme destinate a ridurre l'esposizione nei limiti del fido.

⁹⁵ Trib. Treviso, 23 marzo 2016.

⁹⁶ Trib. Treviso, 23 marzo 2016.

⁹⁷ G. CAVALLI, *op. cit.*

⁹⁸ M. ARATO, *op. cit.*, 157 ss.; M. FABIANI, *La revocatoria fallimentare "bonsai" delle rimesse in conto corrente*, in *Foro it.*, 2005, I, 3299

In concreto ed al fine di verificare la sussistenza dei presupposti di consistenza e durevolezza della riduzione dell'esposizione bancaria, la giurisprudenza è solita fare riferimento ai seguenti tre parametri: «a) l'entità iniziale, finale e massima dell'esposizione debitoria suddetta; b) la differenza fra l'ammontare massimo e quello esistente alla data del fallimento delle pretese creditorie della banca nel periodo considerato; c) l'entità delle rimesse bancarie effettuate nel suddetto periodo d'importo non inferiore al 10% del massimo revocabile ai sensi dell'art. 70 l. fall.⁹⁹».

Più nello specifico, il metodo di determinazione della "consistenza" è, secondo la recente giurisprudenza di merito, rimesso al calcolo della media delle rimesse e della sua incidenza sul saldo medio di conto corrente, con la precisazione che solo quelle superiori sono consistenti¹⁰⁰.

Quanto, invece, al metodo di determinazione della "durevolezza", la giurisprudenza di merito è solita calcolare la media delle rimesse consistenti, con la precisazione che solo quelle con durata superiore alla media sono durevoli¹⁰¹.

Per riduzione durevole si intende quella che non solo non viene coperta da un'immediata e correlata operazione di segno opposto, ma anche quella che riduce il debito in modo persistente¹⁰², se non addirittura definitivo.

In tale contesto, si apre lo spazio alla revoca delle rimesse *intra-fido*, in precedenza tendenzialmente esclusa poiché la valutazione doveva avvenire *ex ante* come pure potrebbero essere revocate delle rimesse di modesta entità se *ex post* si valuta che esse hanno determinato un "rientro" consistente e durevole.

È chiaro che in tal caso si innesta un giudizio *ex post*, in quanto il giudizio definitivo su tale effetto potrà essere dato solo alla chiusura del conto corrente.

Quanto appena detto fa emergere una sostanziale differenza rispetto ai principi generali in materia di revocatoria delle rimesse in conto corrente.

Infatti, nel regime previgente, l'effetto della riduzione del debito doveva essere valutato all'istante, con esclusivo riferimento, come abbiamo suaccennato, al saldo conto corrente¹⁰³.

Ora, invece, come è stato opportunamente rilevato, il fatto che la valutazione dell'effetto della riduzione possa essere effettuata solo a posteriori, alla

⁹⁹ Trib. Firenze, 18 aprile 2016.

¹⁰⁰ Trib. Torino, 20 febbraio 2014.

¹⁰¹ Trib. Torino, 20 febbraio 2014.

¹⁰² D. GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2007, pt. 1, p. 178 ss.

¹⁰³ Trib. S. Maria Capua Vetere, 18 dicembre 2002, in *Giur. merito*, 2003, 909, s.m.

conclusione del rapporto, implica che l'effetto conto scoperto-conto passivo non sia più preso in considerazione¹⁰⁴.

In sostanza, l'esposizione debitoria che si riduce è solo quella ricavabile alla conclusione dei rapporti tra banca e cliente.

A ciò si aggiunga che dalla caratteristica della durevolezza delle rimesse ai fini della revocabilità, si desume che la legge escluda dalla revocatoria alcune tipologie di operazioni se compiute nel periodo sospetto.

Una prima tipologia di operazioni sono le c.d. operazioni bilanciate, ossia quelle rimesse effettuate al solo scopo di costituire la provvista per consentire alla banca, nella sua qualità di mandataria della correntista, di effettuare pagamenti per conto di quest'ultimo.

Tale esclusione era già affermata, come noto, dalla giurisprudenza sotto la disciplina ante riforma¹⁰⁵.

In particolare, secondo l'interpretazione prevalente, la legge fallimentare tende ad escludere da revocatoria tali operazioni quando non vi è coincidenza cronologica e contabile fra operazione a credito e operazione a debito: è sufficiente che il saldo debitore finisca per attestarsi ad un importo all'incirca corrispondente a quello precedente l'ultimo accredito¹⁰⁶.

Viceversa, c'è chi¹⁰⁷ ha affermato la perdita di significato dell'individuazione delle partite c.d. bilanciate, dal momento che ora si fa riferimento solamente ad un giudizio *ex post*.

Una seconda tipologia di operazioni esenti da revocatoria è la rimessa che ripiana a breve distanza di tempo uno sconfinamento, anche quando tale situazione si ripeta più volte consecutivamente, purché, dopo ogni operazione, il saldo finale non sia notevolmente inferiore a quello precedente l'ultima rimessa¹⁰⁸.

Questo essendo il quadro di riferimento, dottrina e giurisprudenza si sono

¹⁰⁴ A. SILVESTRINI, *La nuova disciplina della revocatoria delle rimesse su conto corrente bancario*, in *Fall.*, 2005, 847.

¹⁰⁵ Trib. Taranto, 6 marzo 2006, in *Fall.*, 2006, 7 852, s.m.; Trib. Bergamo, 10 maggio 2005, in *Fall.*, 2006, 3 355; Trib. Monza, 27 gennaio 2005, in *Fall.*, 2005, 704 (s.m.), il quale fa esplicito riferimento ad una valutazione *ex ante*; Cass. 26 gennaio 1999, n. 686, in *Fallimento*, 1999, 1393; Appello Lecce, 26 marzo 1981, in *Fall.*, 1982, 75. In dottrina: V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lgs. 12.9.2007*, n. 169, Utet, Torino, 2008, 132.

¹⁰⁶ F. SANTANGELI, *op. cit.*, 280-281.

¹⁰⁷ G. RAGO, *op. cit.*, 870.

¹⁰⁸ A. SILVESTRINI, *La nuova disciplina della revocatoria sul conto corrente bancario*, in *Fallimento*, 2005, 844 ss.

interrogate se dopo aver valutato la consistenza e la durevolezza della rimessa, si debba anche tener conto di eventuali affidamenti e limitare l'importo revocabile alla parte di esso che attua il rientro del correntista entro i limiti del fido o che in assenza di affidamenti lo riporta in attivo.

Quanto all'onere della prova in caso di revocatoria *ex art. 67, comma 1, l. fall.* delle rimesse in conto corrente che hanno ridotto in modo consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito, la giurisprudenza più recente ha fatto una rigida applicazione dell'onere della prova in capo al curatore, nel senso che «*grava su di lui provare la cronologia dei singoli movimenti nell'ambito della stessa giornata al fine di identificare le operazioni aventi carattere solutorio, e quindi revocabili*».

Alla luce di quanto sopra, può concludersi che, in mancanza dell'anzidetta prova da parte del curatore, «*deve presumersi che siano stati effettuati prima gli accrediti e poi gli addebiti*¹⁰⁹», con conseguente irrevocabilità delle rimesse.

Quanto alla prova contraria, la Suprema Corte ha affermato che «*spetta alla banca, che eccipisca la natura non solutoria dei versamenti affluiti su di un conto scoperto, di provare l'esistenza di accordi con il correntista che assegnino alla rimessa la funzione di specifica provvista per una operazione speculare a debito, in relazione ad un ordine ricevuto ed accettato o ad una incontestata manifestazione di volontà, e che una prova siffatta può anche essere desunta da *facta concludentia*, purché la specularità tra le operazioni ne evidenzi con certezza lo stretto collegamento negoziale (Cass. nn. 8823/011, 1834/011, 2183/09, 23397/07, 19941/06)*¹¹⁰».

In altre parole, la banca ha l'onere di dimostrare l'assenza di un "utilizzo programmato" delle rimesse, così da dimostrare che non vi è corrispondenza cronologica e quantitativa tra le operazioni di segno negativo annotate sul conto corrente.

Merita, a questo punto, svolgere alcune considerazioni rispetto alla difficile coesistenza nel sistema normativo degli artt. 67 e 70 l. fall., che, come noto, sono stati oggetto di esame da parte della giurisprudenza e della dottrina, poiché presentano profili di possibile conflitto.

L'art. 70, comma 3, l. fall. introduce un limite all'obbligo restitutorio dell'*accipiens* nel caso di revoca di atti estintivi di posizioni passive derivanti da rapporti di conto corrente bancario o comunque rapporti continuativi o reiterati, pari alla differenza tra l'ammontare massimo raggiunto dalle sue pretese creditorie, nel periodo per il quale è provata la conoscenza dello stato d'insol-

¹⁰⁹ Cass. 29 marzo 2016, n. 6042.

¹¹⁰ Cass. 23 marzo 2012, n. 4737.

venza, e l'ammontare residuo delle stesse, alla data in cui si è aperto il concorso, fermo di diritto del convenuto in revocatoria d'insinuare al passivo un credito d'importo corrispondente a quanto restituito¹¹¹.

Ad oggi, dottrina e giurisprudenza non hanno ancora trovato un punto di coordinamento tra l'art. 67 e l'art. 70, essendosi sostanzialmente consolidate tre differenti tesi.

Secondo un primo orientamento, le due norme sarebbero entrambe applicabili a discrezione del curatore, con la conseguenza che la revocatoria avrebbe il limite del rientro, ma solo se costituito da rimesse consistenti e durevoli¹¹².

Un secondo e diverso orientamento ritiene, invece, che le due norme avrebbero un diverso campo applicativo, poiché l'art. 67 riguarderebbe l'*an*, mentre l'art. 70 riguarderebbe il *quantum*¹¹³.

Una terza ed ultima corrente di pensiero ritiene, invece, che vi sarebbe una prevalenza dell'art. 67 sull'art. 70, poiché tra le due norme vi sarebbe un rapporto di specialità in forza del quale l'art. 67 disciplinerebbe la *species* "conto corrente" rispetto all'art. 70 che invece disciplinerebbe il *genus* "rapporto creditore"¹¹⁴.

Quanto alla giurisprudenza, i più recenti orientamenti dei tribunali di merito ammettono la coesistenza tra le due norme e sostengono l'esistenza di un rapporto di specialità, in forza del quale «*il riferimento al cosiddetto limite differenziale di cui all'art 70 L. Fall. opera solo una volta accertata la sussistenza di rimesse consistenti e durevoli e non integra un criterio sostitutivo di tale indagine imprescindibile*¹¹⁵».

In altre parole, «*l'identificazione delle rimesse durevoli e consistenti è accertamento tuttora necessario al fine di identificare le rimesse revocabili ai sensi dell'art. 67 co. 3 lett. b) L. Fall., avendo l'art. 70 co. 3 L. Fall. introdotto unicamente il limite all'obbligazione restitutoria dell'accipiens*¹¹⁶».

¹¹¹ Cass. civ., 7 ottobre 2010, n. 20834, secondo cui «*nell'ipotesi prevista dall'articolo 70, legge fallimentare, l'obbligo di restituzione della banca non ha ad oggetto la somma delle singole rimesse revocabili, bensì la differenza tra l'ammontare massimo delle sue pretese e l'importo delle stesse al momento del fallimento*».

¹¹² M. FARINA, *Alla ricerca delle rimesse revocabili. Spunti critici per una riflessione sul nuovo art. 67, comma III, lett. b), l.f.*, in www.ipsoa.it.

¹¹³ E. GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Milano, 2005. In tal senso, anche M. ARATO, *La revocatoria delle rimesse bancarie nel nuovo art. 67 l. fall.*, in *Il Fallimento*, 2006.

¹¹⁴ G. TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dell'azione revocatoria fallimentare nelle vecchie revocatorie*, in *Il Fallimento*, 2005.

¹¹⁵ Trib. Piacenza, 23 dicembre 2014.

¹¹⁶ Trib. Treviso, 23 marzo 2016.

(c) *Le vendite ed i preliminari di vendita*

L'art. 67, comma 3, lett. c), l. fall. dispone l'esenzione da revocatoria delle vendite e dei preliminari di vendita (solo se trascritti *ex art. 2645-bis c.c.* e sempre che i loro effetti, ai sensi del comma 3 del medesimo articolo, non siano ancora cessati) se conclusi a giusto prezzo e aventi ad oggetto (i) immobili destinati ad abitazione dell'acquirente o dei suoi parenti e affini entro il terzo grado, ovvero (ii) immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, sempre che, alla data di dichiarazione di fallimento, tale attività sia effettivamente esercitata ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio.

Questa norma mira a tutelare le persone fisiche, acquirenti di immobili da costruire, dal rischio che l'impresa costruttrice fallisca, privandole dei risparmi investiti per l'acquisto del costruendo immobile o obbligandole a "pagare una seconda volta", transigendo con la curatela¹¹⁷.

Questa esenzione tuttavia non esclude la revocabilità delle vendite o dei preliminari di vendita trascritti *ex art. 2645 c.c.*, qualora questi siano carenti dei requisiti ivi disciplinati.

In altre parole, restano revocabili, perché esclusi dal campo applicativo della disciplina in esame, le vendite di immobili destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa, le vendite di immobili a scopo abitativo ma non resi oggetto della residenza dell'acquirente o dei suoi parenti o affini fino al terzo grado, le vendite concluse ad importo inferiore al giusto prezzo, inteso come prezzo di mercato.

A tal riguardo, si evidenzia che se il corrispettivo non è coerente con il prezzo di mercato e la sproporzione supera la soglia indicata dall'art. 67, comma 1, l. fall., opera la presunzione della *scientia decoctionis* ed il "periodo sospetto" è l'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento; al contrario, se la sproporzione non supera la soglia indicata dall'art. 67, comma 1, l. fall., il Curatore potrebbe agire in base al secondo comma dell'art. 67, dovendo provare la *scientia decoctionis*, a condizione che l'atto sia stato concluso nel semestre anteriore alla dichiarazione di fallimento.

Quanto al momento temporale in cui dovrebbe essere valutato il "giusto prezzo", occorre distinguere il caso di compravendita immobiliare *sic et simpliciter* dal caso di compravendita in esecuzione di un precedente contratto preliminare trascritto *ex art. 2645-bis c.c.*

¹¹⁷ C. D'Ambrosio, *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio e coordinato da S. Fabiani, Zanichelli, Bologna-Roma, 2006.

Nel caso della semplice compravendita, nessun dubbio che il “giusto prezzo” vada valutato al momento di stipula dell’atto.

Nel diverso caso di compravendita in esecuzione di un precedente contratto preliminare, invece, la dottrina è divisa tra chi, anche sulla scorta dell’art. 10 del d.lgs. n. 122/2005, ritiene che il giusto prezzo debba essere verificato al momento della stipula del preliminare di compravendita, e che sostiene che debba farsi riferimento alla data di stipula del contratto definitivo di compravendita, poiché solo in questo momento il bene fuoriesce dal patrimonio del fallito.

A tal riguardo, la Suprema Corte, con una recentissima pronuncia, ha affermato che «*in tema di revocatoria fallimentare di compravendita stipulata in adempimento di contratto preliminare, l’accertamento dei relativi presupposti va compiuto con riferimento alla data del contratto definitivo, in quanto la L.F., articolo 67, ricollega la consapevolezza dell’insolvenza al momento in cui il bene, uscendo dal patrimonio, viene sottratto alla garanzia dei creditori, rendendo irrilevante lo stato soggettivo con cui è assunta l’obbligazione, di cui l’atto finale comporta esecuzione, salvo che ne sia provato il carattere fraudolento; inoltre, qualora nel momento fissato per la stipulazione del contratto definitivo, sussista pericolo di revoca dell’acquisto per la sopravvenuta insolvenza del promittente venditore, il promissario acquirente ha la facoltà di non addvenire alla stipulazione, invocando la tutela dell’articolo 1461 cod. civ.*¹¹⁸».

Questa linea di pensiero è suscettibile di critica sull’assunto che l’adeguatezza del prezzo rispetto al valore di mercato viene determinata alla data (certa) di stipula del contratto preliminare e sulla base dei parametri di mercato esistenti in quel momento, senza poter prevenire ed evitare eventuali scostamenti di mercato successivi.

(d) Il piano attestato di risanamento, l’accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall., il concordato preventivo

L’art. 67, comma 3, lett. *d*) e lett. *e*), l. fall. dispone l’esenzione da revocatoria per gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione di un piano attestato di risanamento, di un accordo di ristrutturazione *ex art.* 182-bis l. fall. e del concordato preventivo.

Questa disciplina è espressione del *favor* del Legislatore per le soluzioni concordate delle crisi d’impresa, la cui attuazione, qualora non si ponessero i creditori ed i finanziatori al riparo da rischi revocatori, sarebbe sostanzialmente impossibile.

La giurisprudenza si è a lungo interrogata sulla questione dei limiti del sin-

¹¹⁸ Cass. 29 marzo 2016, n. 6040.

dacato di un piano attestato di risanamento *ex art. 67, comma 3, lett. d)*, l. fall. e/o di un accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis l. fall. e/o di un concordato preventivo in caso di successivo fallimento*, ammettendo che, a certe condizioni, un suo atto esecutivo, pur in presenza di una specifica esenzione normativa, possa nondimeno essere soggetto ad azione revocatoria.

La questione assume particolare complessità e rilevanza nel caso del piano di risanamento *ex art. 67, comma 3, lett. d)*, l. fall., poiché l'amplessimo ricorso nella prassi a questo strumento ha elevato la soglia di attenzione che il creditore – specie se operatore qualificato – deve prestare alle opzioni di ristrutturazione che vengono proposte e contrattualizzate, in particolare laddove si prospetti l'acquisizione di nuovi diritti di prelazione¹¹⁹.

La questione è recentemente giunta, per la prima volta, all'esame della Suprema Corte, che ha affermato il seguente principio di diritto: «*in tema di azioni revocatorie relative agli atti esecutivi del piano attestato di risanamento di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall. (nel testo vigente ratione temporis, e cioè anteriormente alle modifiche del 2012), il giudice, per ritenere non soggette alla domanda [di revocatoria] della curatela gli atti esecutivi del piano attestato medesimo ha il dovere di compiere, con giudizio ex ante, una verifica mirata alla manifesta attitudine all'attuazione del piano di risanamento, del quale l'atto oggetto di revocatoria da parte della curatela costituisce uno strumento attuativo*»¹²⁰.

Questa pronuncia rappresenta un arresto della Cassazione, che, nel pur diverso contesto concordatario, aveva affermato che «*il sindacato del giudice sulla fattibilità giuridica, intesa come verifica della non incompatibilità del piano con norme inderogabili, non incontra particolari limiti, il controllo sulla fattibilità economica, intesa come realizzabilità nei fatti del medesimo, può essere svolto solo nei limiti della verifica della sussistenza o meno di una assoluta, manifesta inettitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi mediante una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari in un tempo ragionevole*»¹²¹.

Il principio recentemente affermato dalla Cassazione, rischia di mettere in discussione la gestione della crisi d'impresa nell'alveo dell'art. 67 l. fall., si

¹¹⁹ L. JEANTET, P. VALLINO, P. DOMINIS, *Piano di risanamento: esiste ancora l'esenzione revocatoria ("caveat creditor")?*, in *Il fallimentarista.it*

¹²⁰ Cass. 5 luglio 2016, n. 13719.

¹²¹ Cass. 23 maggio 2014, n. 11497, in *Foro it.*, 2014, 11, I, 3170 (s.m.). In questo senso, Trib. Verona, 22 febbraio 2016; Trib. Venezia, 19 maggio 2015 e Trib. Roma, 22 aprile 2013.

traduce nell'affermare che al giudice è data facoltà non già di vagliare *ex post* se il piano attestato di risanamento risultasse, secondo un giudizio di ragionevole prognosi *ex ante*, “manifestamente inidoneo”, bensì di verificare *ex post* se il piano presentasse una iniziale “manifesta attitudine” alla soluzione di uno stato di crisi, con un sostanziale sovvertimento del metro di giudizio.

Il principio affermato dalla Suprema Corte ha una doppia rilevanza pratica, dovendosi procedere in concreto non solo a verificare quale sia il ruolo del professionista attestatore alla luce del nuovo criterio di scrutinio relativo alla “manifesta attitudine”, con particolare riguardo all'identificazione di quale dovrebbe essere il contenuto della relazione attestativa idoneo a consentire, *ex post* ed in caso di *default*, l'applicazione della specifica esenzione da revocatoria di cui all'art. 67, comma 3, lett. d). l. fall., ma anche comprendere quale sia il ruolo dell'autorità giudiziaria chiamata, in caso di insuccesso del piano, a giudicare la tenuta del medesimo.

Quanto al ruolo del professionista attestatore, sembrerebbe che il piano di risanamento ed i suoi atti esecutivi potranno essere efficacemente difesi solo ed a condizione che l'attestazione contenga una specifica ed approfondita analisi degli elementi finanziari, economici, aziendali e giuridici che caratterizzano la realtà dell'impresa in crisi, nonché delle prospettive di risanamento della medesima nel mercato di riferimento (ma, in questo caso, le linee guida adottate dal CNDCEC, che costituiscono nella prassi uno dei principali punti di riferimento per le attività di attestazione, fissano già in modo analitico molti elementi che debbono caratterizzare una “seria” attestazione).

In altre parole ed al fine di verificare la “manifesta attitudine” non pare sufficiente l'esclusione della sussistenza di macroscopici elementi di inidoneità, formale e sostanziale, del piano, ma occorre un *quid pluris* funzionale a verificare e dimostrare che il piano attestato era *ab origine* fondato su presupposti e prospettive veritieri e realizzabili da un punto di vista economico, finanziario, aziendale e giuridico.

Quanto al ruolo dell'autorità giudiziaria, se si ammette che quest'ultima possa vagliare la bontà di un piano attestato di risanamento, in una situazione in cui, per definizione, le sue previsioni non si sono realizzate (appunto perché è stato dichiarato il fallimento e non è stato conseguito il risanamento), pare inevitabile l'indebolimento della capacità protettiva di questo strumento.

In un'ottica critica, infatti, non ci si può esimere dall'evidenziare che, con questa pronuncia, la Suprema Corte, esattamente come per le altre esenzioni da revocatoria (può farsi riferimento, per tutte, a quella per pagamenti nei termini d'uso), potrebbe aprire la strada ad una sostanziale disapplicazione dei benefici esentivi, salva la prova contraria della “manifesta idoneità”, così af-

fermando un principio opposto allo spirito della legge fallimentare, ed in particolare della legge n. 80 del 2005, che, nell'introdurre l'esenzione specifica, ha inteso agevolare il ricorso allo strumento di risoluzione stragiudiziale della crisi d'impresa con completa autonomia dell'imprenditore e dei suoi creditori.

Pare quindi corretto ritenere che la posizione assunta dalla Suprema Corte con la sentenza in commento, deve essere intesa e applicata in senso positivo e non ostile, così da evitare che vengano revocati atti esecutivi di un piano di risanamento che, ancorché non andato a buon fine, aveva alla base un'ipotesi ristrutturativa valida e credibile.

Quanto precede muove dalla considerazione che, se il Legislatore ha inteso prevedere un'esenzione da revocatoria, è ragionevole pensare che abbia del pari tenuto in considerazione l'ipotesi che un piano attestato di risanamento possa non avere successo, pur essendo meritevole, quantomeno *ab origine*, di essere perseguito e quindi esentato da revocatoria in caso di *default*.

Del resto, se così non fosse, verrebbe completamente meno il novellato sistema revocatorio e si giungerebbe ad una sostanziale disapplicazione del regime esentivo, la cui funzione è proprio quella di incentivare relazioni con soggetti in stato di crisi e di proteggere la terza controparte nell'ipotesi di fallimento sequenziale¹²².

(e) *Le prestazioni di lavoro*

L'art. 67, comma 3, lett. f), l. fall. dispone l'esenzione da revocatoria per i pagamenti di corrispettivi di prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti ed altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito.

Questa norma mira a tutelare l'interesse dei dipendenti e dei collaboratori dell'impresa, normalmente intesi come "soggetti deboli".

Quanto al campo applicativo della norma, si rileva la genericità del riferimento a "*collaboratori, anche non subordinati, del fallito*", probabilmente dovuta alla volontà legislativa di comprendere le sempre più numerose tipologie di contratti di lavoro previste nel sistema giuridico¹²³.

Sul punto, la recente giurisprudenza ha escluso dall'applicazione dell'esenzione in esame i crediti delle imprese di somministrazione di lavoro, poiché questi crediti non derivano da un rapporto di lavoro, bensì da un contratto di

¹²² L. Jeantet, P. Vallino, P. Dominis, *Piano di risanamento: esiste ancora l'esenzione revocatoria ("caveat creditor")?*, in *I fallimentarista.it*.

¹²³ G. TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dalla revocatoria fallimentare nella recente riforma*, in *Fall.*, 2005.

somministrazione che origina crediti commerciali dell'impresa somministrante e non crediti di lavoro dei lavoratori operanti presso il fallito ¹²⁴.

(f) I debiti strumentali all'accesso alle procedure concorsuali

L'art. 67, comma 3, lett. g), l. fall. dispone l'esenzione da revocatoria per i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere prestazioni di servizi strumentali all'accesso alla procedura di concordato preventivo.

Questa norma è espressione del *favor* del Legislatore verso l'accesso dell'impresa in crisi alla procedura di concordato preventivo ed è finalizzata ad evitare che il timore della revocatoria possa ostacolare l'esercizio di attività propedeutiche a questa procedura.

La dottrina, rilevata la difficoltà nell'individuare quali servizi possano considerarsi strumentali all'accesso al concordato preventivo, ha precisato che vi rientrano gli onorari dei professionisti incaricati dalla società in crisi per predisporre la domanda di concordato ed i documenti collegati ¹²⁵.

Come osservato dalla giurisprudenza, questa norma deve essere letta in combinato con la previsione di cui all'art. 111, comma 2, l. fall. secondo cui hanno carattere prededucibile ¹²⁶, poiché le due norme mirano ugualmente alla tutela dei crediti strumentali all'accesso alle procedure concorsuali.

Sul punto evidenziamo che in giurisprudenza è stato sottolineato come l'art. 111 l. fall., nell'indicare come prededucibili i crediti qualificati tali da una specifica disposizione di legge ed i crediti sorti in occasione oppure in funzione di una procedura concorsuale, detta un precetto di carattere generale,

¹²⁴ Corte d'Appello di Milano, 30 giugno 2016 – Ordin. 2920/2016, secondo cui «L'esenzione da revocatoria di cui all'articolo 67, comma 3, lett. f), non si applica alle imprese di somministrazione, in quanto la ratio di tale norma tende a favorire la continuazione dell'attività d'impresa e a tutelare gli interessi dei lavoratori e dei collaboratori. Il diritto di credito fatto valere da tali imprese, infatti, non deriva da un rapporto di lavoro sottostante, bensì da un contratto di somministrazione, del tutto estraneo al rapporto intercorrente tra somministratore e lavoratore o tra quest'ultimo e l'utilizzatore – fallito –, ne consegue che tale diritto è qualificabile come diritto di credito commerciale che vede i lavoratori assunti e retribuiti direttamente dal somministratore».

¹²⁵ G. D'AMBROSIO, *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio e coordinato da S. Fabiani, Zanichelli, Bologna-Roma, 2006.

¹²⁶ Corte d'Appello Milano, 2 aprile 2015, secondo cui «In questa norma può essere individuata una comunanza di ratio con quella di cui all'articolo 111, comma 2, che induce a ritenere che nella strumentalità di tali prestazioni rispetto alla procedura il legislatore ravvisa quel nesso funzionale che, in caso di mancato pagamento, giustifica la prededucibilità dei crediti derivanti dalle prestazioni stesse, anche se sorti prima dell'inizio della procedura».

che, per favorire il ricorso a forme di soluzione concordata della crisi d'impresa, introduce un'eccezione al principio della *par condicio creditorum*, estendendo, in caso di fallimento consecutivo, il beneficio della prededucibilità a tutti i crediti sorti in funzione di precedenti procedure concorsuali, con la conseguenza che anche ai crediti sorti anteriormente all'inizio della procedura di concordato preventivo e non occasionati dallo svolgimento della stessa, può riconoscersi il predetto beneficio ove siano effettivamente funzionali.

Tuttavia, perché il credito conseguente all'attività svolta da un professionista per conto dell'impresa poi fallita possa essere qualificato prededucibile è necessario che l'attività sia risultata funzionale alla procedura concordataria e, dunque, sussista un rapporto di strumentalità tale da far ritenere, secondo la valutazione *ex post* del giudice, l'utilità di questa stessa attività per il ceto creditorio dipendente dall'accrescimento dell'attivo o, comunque, dalla salvaguardia dell'integrità del patrimonio.

Utilità che potrà risultare assente se la curatela dimostra che il ricorso alla procedura concordataria si sia rivelato, in concreto, dannoso, determinando l'erosione del patrimonio a disposizione della massa (ad esempio, per effetto della rovinosa continuazione dell'attività d'impresa non bilanciata da un'adeguata conservazione dei valori aziendali e del peso delle obbligazioni contratte dopo il deposito della domanda). La prova della concreta dannosità interrompe il nesso funzionale tra prestazione professionale e procedura, avendo comunque il professionista facoltà di dimostrare che questa dannosità non è dipesa dalla naturale evoluzione della procedura, ma da fattori esogeni impreveduti ed imprevedibili intervenuti nel corso della stessa oppure nel tempo intercorso tra la sua cessazione e la dichiarazione di fallimento.

Nello stesso senso si è recentemente pronunciata anche la Corte di Cassazione, che ha avuto modo di riaffermare il principio secondo cui la prededucazione può essere riconosciuta solo nella misura che tenga conto dell'utilità concretamente derivata ai creditori dalla continuazione dell'attività aziendale¹²⁷.

Tale utilità deve essere riscontrata *ex post*, ossia con una valutazione che non si fermi all'astratta prospettazione di un beneficio per i creditori, ma lo accerti in concreto.

Oltre a quanto precede, occorre evidenziare che l'esenzione da revocatoria trova applicazione solamente ai pagamenti di prestazioni professionali connotate da carattere di normalità¹²⁸, dovendo ritenersi esclusi i pagamenti di pre-

¹²⁷ Cass. 13 giugno 2016, n. 12119. In tal senso, Cass. 8 aprile 2013, n. 8534.

¹²⁸ A. ANGELINO, *Comm. sub art. 67 l. fall.*, in P. PAJARDI (a cura di), *Codice del fallimento*, 2013.

stazioni connotate da inadeguatezza tra attività svolta e corrispettivo percepito, anche perché lesive della *par condicio creditorum*¹²⁹.

(g) *L'istituto di emissioni, le operazioni di credito su pegno e di credito fondiario*

L'attuale quarto comma, dell'art. 67 l. fall. afferma che «*le disposizioni di questo articolo non si applicano all'istituto di emissione, alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario*», così ricalcando sostanzialmente il previgente testo dal quale si discosta per l'assenza di un riferimento agli "istituti autorizzati" relativamente alle operazioni di credito su pegno ed agli "istituti di credito fondiario".

La prima ipotesi di esenzione contenuta nell'art. 67, comma 4 concerne l'inapplicabilità della disciplina revocatoria fallimentare all'Istituto di emissione, vale a dire la Banca d'Italia.

La *ratio* di questa esenzione è quella di introdurre una tutela a favore dell'attività della Banca d'Italia, che opera quale creditrice di ultima istanza a favore di imprese bancarie in difficoltà, così andando a tutelare le operazioni effettuate nell'esercizio di tale attività istituzionale¹³⁰.

L'esenzione delle operazioni fondiarie e quella delle operazioni di credito su pegno hanno perso, per effetto della riforma portata dal d.l. n. 35/2005, ogni riferimento agli istituti abilitati a compiere tali operazioni, con conseguente abbandono di ogni connotazione soggettiva a favore di un'impostazione completamente oggettiva.

Quanto alle operazioni di credito su pegno, l'esenzione non si estende a qualsiasi operazione di credito su pegno, ma solo a quelle in cui la banca acquista il bene dal cliente, dietro un corrispettivo e la vendita è assistita da un patto di riacquisto ed a condizione che il sorgere del credito sia contestuale alla costituzione della garanzia¹³¹.

Quanto alle operazioni su credito fondiario, la norma va letta in combinato con l'art. 39 del Testo Unico Bancario, che dispone l'irrevocabilità delle ipoteche iscritte, a garanzia dei finanziamenti, almeno dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento e che sancisce altresì l'irrevocabilità dei pagamenti eseguiti dal debitore a saldo di crediti fondiari.

Sul punto, merita osservare che non di rado nella prassi ristrutturativa si

¹²⁹ M. FERRO (a cura di), *Comm. sub art. 67 l. fall.*, in *La legge fallimentare*, 2011.

¹³⁰ G. TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dall'azione revocatoria fallimentare nella recente riforma*, in *Fallimento*, 2005, VII.

¹³¹ A. ANGELINO, *Commento art. 67*, in P. PAJARDI (a cura di), *Codice del Fallimento*, cit., 2013.

rinvengono casi in cui l'erogazione di un mutuo fondiario avviene a copertura di un precedente credito bancario non coperto dall'esenzione di esame. In questo caso, la giurisprudenza ha affermato che l'efficacia esentiva non si estende a questa ipotesi¹³².

In ultimo, la norma in esame fa espressamente salve le ipotesi di esenzione da revocatoria disciplinate da leggi speciali, tra le quali si citano, a titolo esemplificativo e non esaustivo, le esenzioni previste dalla normativa fiscale e tributaria, quelle relative alla cessione dei crediti d'impresa di cui alla legge 21 febbraio 1991, n. 52, quelle previste in materia di cartolarizzazione dei crediti di cui alla legge 30 aprile 1999, n. 130.

13. Segue: *Il pagamento di cambiale scaduta ex art. 68 l. fall.*

L'art. 68 l. fall. dispone che è irrevocabile il pagamento di una cambiale se il possessore lo doveva accettare per non perdere il diritto ad esercitare l'azione cambiaria di regresso.

Questa norma rappresenta una deroga alla disciplina della revocatoria, poiché il pagamento di una cambiale scaduta altro non sarebbe che il pagamento di un debito liquido, certo e esigibile, revocabile ai sensi dell'art. 67, comma 2, l. fall.¹³³.

In altre parole, il portatore di una cambiale che richieda il pagamento dell'importo recato dal titolo all'obbligato principale insolvente, può accettare il pagamento in quanto la legge fallimentare ne esclude espressamente la revocabilità, sul presupposto che se il portatore non accettasse, non potrebbe levare il protesto e sarebbe quindi esclusa la sua possibilità di agire contro gli obbligati in via di regresso.

Quanto ai presupposti di operatività dell'esenzione da revocatoria in esame, occorre (i) la presenza di un obbligato in regresso e (ii) il pagamento del titolo mediante denaro al momento della scadenza.

Questa disciplina si applica alla cambiale tratta, al vaglia cambiario, alla cambiale agraria ed all'assegno bancario¹³⁴.

La giurisprudenza ha osservato che sono, invece, esclusi dal campo applicativo della norma i casi di (i) pagamento eseguito alla scadenza dal trattario

¹³² Cass. civ., sez. VI, 11 febbraio 2011, n. 3468. Nel medesimo senso, Cass. civ., sez. I, 6 novembre 2006, n. 23669.

¹³³ A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2009.

¹³⁴ M. FERRO (a cura di), *Commento all'art. 68*, in *La legge fallimentare*, Cendon, 2011.

non accettante in favore del portatore del titolo che sia in rapporto cambiario diretto con il traente stesso¹³⁵, e (ii) pagamento accettato dal possessore già decaduto dal diritto di regresso, nonché quello ricevuto dal portatore proprio mediante l'esercizio dell'azione cambiaria di regresso¹³⁶.

Si osserva, infine, che la cambiale o simili strumenti di pagamento ben possono integrare una modalità di adempimento "anomala" ai sensi dell'art. 67, comma 2, n. 1, l. fall.

Infatti l'art. 68 l. fall. prevede che il pagamento non possa essere rifiutato, solo quando avviene con denaro alla scadenza specificata nel titolo¹³⁷. Al di là di questa fattispecie, il pagamento potrebbe essere giudicato rilevante direttamente ai sensi dell'art. 67, comma 1, n. 2 l. fall., qualora si registrasse un'"irritualità" delle modalità di pagamento. In questo caso, il curatore potrebbe quindi agire in revocatoria, giovandosi del più semplice onere probatorio previsto nell'art. 67, comma 1, l. fall.

14. Segue: *Gli atti compiuti tra i coniugi ex art. 69 l. fall.*

L'art. 69 l. fall. disciplina la revocabilità degli atti compiuti tra coniugi, con particolare riguardo agli atti a titolo oneroso di cui all'art. 67 l. fall., se compiuti quando il fallito esercitava un'attività d'impresa commerciale, ed agli atti a titolo gratuito se compiuti più di due anni prima della dichiarazione di fallimento, ma nel tempo in cui il fallito esercitava un'attività d'impresa.

Questa disciplina prevede un regime particolarmente rigoroso, poiché l'unica condizione di applicabilità della norma è che sussista la qualità di coniuge al momento del compimento dell'atto di cui si chiede l'inefficacia.

In questo caso, infatti, l'atto è revocato, salvo che il coniuge non fornisca la prova che ignorava lo stato d'insolvenza del coniuge fallito.

La ragione di questa rigida disciplina trova fondamento, come osservato da attenta dottrina, nel fatto che «*il coniuge [è] il complice naturale dell'imprenditore insolvente nel porre in essere atti pregiudizievoli ai creditori*»¹³⁸.

Il rigore di questa disciplina è confermato anche dalla giurisprudenza, la quale ha affermato che rientra nel novero degli atti sanzionabili con l'inefficacia ex art. 69 l. fall. l'accordo di separazione consensuale, ancorché omolo-

¹³⁵ Cass. 7 marzo 1997, n. 2088.

¹³⁶ Appello di Roma, 20 dicembre 1966.

¹³⁷ A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2009.

¹³⁸ A. Maffei Alberti A., *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2013.

gato dal tribunale, con cui il coniuge fallito dispone una riduzione del proprio patrimonio a favore dell'altro coniuge¹³⁹.

Il rapporto di coniugio rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 69 l. fall. deve esistere al tempo di compimento dell'atto, non essendo rilevante che si tratti di matrimonio putativo ovvero che in un momento successivo sia venuta meno la qualità di coniuge per intervenuta separazione o divorzio oppure per annullamento del matrimonio.

Secondo autorevole dottrina, la disciplina in esame trova applicazione anche agli atti compiuti durante lo stato di separazione personale e fino al passaggio in giudicato della sentenza di divorzio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio¹⁴⁰.

Nessuna rilevanza, secondo la dottrina, ha invece la convivenza *more uxorio*¹⁴¹.

La disciplina di cui all'art. 69 l. fall. si distingue da quella dell'art. 64 l. fall. perché la revoca degli atti a titolo gratuito compiuta oltre i due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento è condizionata dalla prova della *scientia*

¹³⁹ Cass. civ., sez. I, 12 aprile 2006, n. 8516, secondo cui «L'accordo con il quale i coniugi, nel quadro della complessiva regolamentazione dei loro rapporti in sede di separazione consensuale, stabiliscano il trasferimento di beni immobili o la costituzione di diritti reali minori sui medesimi, rientra nel novero degli atti suscettibili di revocatoria fallimentare ai sensi degli artt. 67 e 69 legge fall., non trovando tale azione ostacolo né nell'avvenuta omologazione dell'accordo stesso, cui resta estranea la funzione di tutela dei terzi creditori e che, comunque, lascia inalterata la natura negoziale della pattuizione; né nella pretesa inscindibilità di tale pattuizione dal complesso delle altre condizioni della separazione; né, infine, nella circostanza che il trasferimento immobiliare o la costituzione del diritto reale minore siano stati pattuiti in funzione solutoria dell'obbligo di mantenimento del coniuge economicamente più debole o di contribuzione al mantenimento dei figli, venendo nella specie in contestazione, non già la sussistenza dell'obbligo in sé, di fonte legale, ma le concrete modalità di assolvimento del medesimo, convenzionalmente stabilite dalle parti. Tale conclusione si impone "a fortiori" allorché il trasferimento immobiliare o la costituzione del diritto reale minore non facciano parte delle originarie condizioni della separazione consensuale omologata, ma formino invece oggetto di un accordo modificativo intervenuto successivamente fra i coniugi, del quale esauriscano i contenuti. (Nella specie, con l'accordo impugnato, il coniuge poi fallito – assegnatario della casa coniugale alla stregua delle condizioni della separazione consensuale omologata –, a modifica di tali condizioni, aveva costituito a favore dell'altro coniuge, per tutta la durata della sua vita, il diritto di abitazione sulla predetta casa coniugale, ottenendo in cambio l'esonero dal versamento di una somma mensile, precedentemente pattuito a titolo di contributo alle spese per il reperimento di altro alloggio da parte del coniuge beneficiario)».

¹⁴⁰ M. SPIOTTA, *Commento all'art. 69. Atti compiuti tra i coniugi*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Zanichelli, Bologna-Roma, 2006.

¹⁴¹ P. PAJARDI (a cura di), *Codice del fallimento*, Giuffrè, Milano, 2001.

decoctionis da parte del coniuge del fallito, mentre l'inefficacia degli atti gratuiti compiuti nei due anni precedenti il fallimento è disciplinata dall'art. 64 l. fall. anche per il coniuge, trattandosi di norma ancora più rigorosa in quanto prescinde dalla presunzione della *scientia decoctionis* o dalla prova dell'*in-scientia decoctionis*.

La giurisprudenza di merito, intervenuta sul tema dell'applicabilità dell'azione revocatoria contro atti dispositivi del patrimonio contenuti in sentenze di separazione, afferma che «*l'accordo con il quale i coniugi, nel quadro della complessiva regolamentazione dei loro rapporti in sede di separazione consensuale, stabiliscono il trasferimento di beni immobili o di diritti reali minori sui medesimi, rientra nel novero degli atti suscettibili di revocatoria, non trovando ostacolo né nell'avvenuta omologa, che lascia inalterata la natura negoziale della pattuizione, né nell'intangibilità della separazione, essendo detta statuizione non oggetto della domanda revocatoria e logicamente scindibile dalla stipulazione del trasferimento immobiliare (...), venendo nella specie in considerazione non già la sussistenza dell'obbligo in sé, avente fonte legale, ma le concrete modalità del suo assolvimento cosicché pienamente ammissibile è la domanda di revocatoria di un trasferimento immobiliare reso nell'ambito di una separazione consensuale omologata*»¹⁴².

La norma in esame si distingue anche dalla disciplina della revocabilità dei pagamenti di cui all'art. 65 l. fall. perché quest'ultima norma disciplina, come meglio si dirà nel seguito, il pagamento anticipato dei crediti in scadenza il giorno della dichiarazione di fallimento o posteriormente a prescindere dal soggetto coinvolto in questi pagamenti, mentre l'art. 69 l. fall. sancisce la revoca degli atti a titolo gratuito (e non oneroso) compiuti oltre i due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento tra coniugi, avendo quindi riguardo alla qualifica soggettiva delle parti coinvolte nell'atto.

¹⁴² Trib. Reggio Emilia, 5 novembre 2013, n. 1672. Nello stesso senso, Trib. Roma, 23 novembre 2011, n. 22875, secondo cui «*il trasferimento di proprietà all'interno di una separazione era intervenuto di fatto senza alcun corrispettivo e successivamente al sorgere del credito*». L'elemento soggettivo «*...era dunque rappresentato dalla mera coscienza in capo al debitore del fatto che mediante l'atto dispositivo egli avrebbe diminuito il proprio patrimonio e quindi la garanzia spettante al creditore*» dall'altro lato, rileva il Tribunale come «*... non fosse necessario dimostrare la conoscenza da parte della moglie della situazione debitoria, in quanto di fatto il semplice trasferimento con la separazione senza il passaggio di un corrispettivo economico, costituiva un atto sostanzialmente gratuito e come tale appariva irrilevante la conoscenza o meno della moglie, dei debiti del marito al solo fine di ledere gli interessi dei creditori*».

15. Segue: *La prescrizione e la decadenza ex art. 69-bis l. fall.*

L'art. 69-bis, comma 1, l. fall., inserito dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, introduce un duplice limite temporale per l'esercizio di le azioni revocatorie di cui alla Sezione III che «*non possono essere promosse decorsi tre anni dalla dichiarazione di fallimento e comunque decorsi cinque anni dal compimento dell'atto*».

Questi termini hanno lo scopo di soddisfare l'interesse a che certi atti non rimangano "instabili" per un periodo rilevante di tempo¹⁴³.

Come correttamente osservato dalla giurisprudenza di merito «*i termini indicati dal primo comma dell'articolo 69 bis, entro i quali devono essere promosse le azioni revocatorie, hanno natura di termini di decadenza e non di prescrizione e possono essere interrotti solo dalla proposizione della domanda che costituisce modalità di esercizio dell'azione*»¹⁴⁴.

La conseguenza pratica della natura decadenziale di questi termini è che questi non possono essere in alcun modo interrotti, né sospesi, in quanto il verificarsi della decadenza può essere impedito soltanto dall'esercizio in giudizio dell'azione revocatoria.

È discusso l'ambito applicativo della norma in esame, poiché la dottrina è divisa tra chi ritiene che il doppio termine decadenziale sia applicabile all'azione revocatoria ordinaria ex art. 66 l. fall. ed alle azioni d'inefficacia di cui agli artt. 64 e 65 l. fall.

Quanto all'art. 66 l. fall., pare prevalere la tesi che estende l'applicazione del doppio termine decadenziale, sull'assunto che l'azione revocatoria ordinaria è, come l'azione revocatoria fallimentare, un'azione costitutiva.

Quanto precede trova conferma nella giurisprudenza di merito che ha recentemente sostenuto l'estensione dell'applicazione del doppio termine decadenziale di cui alla norma in esame anche alla revocatoria ordinaria esercitata dal curatore ai sensi dell'art. 66 l. fall., affermando in particolare che «*il curatore decade dall'azione revocatoria (...) ex art. 66 l.f. se essa non sia esercitata entro tre anni dalla dichiarazione di fallimento, salvi gli effetti di (...) prescrizione dell'azione revocatoria ordinaria nel fallimento ex art. 66 l.f. verificatasi per il precedente avvenuto decorso di cinque anni dalla data dell'atto da revocare*¹⁴⁵».

Quanto, invece, alle azioni ex artt. 64 e 65 l. fall., una parte della dottrina

¹⁴³ Trib. Napoli, 27 marzo 2014.

¹⁴⁴ Trib. Napoli, 27 marzo 2014.

¹⁴⁵ Trib. Napoli, 27 marzo 2014.

tende ad escludere l'applicazione del doppio termine decadenziale di cui all'art. 69-bis l. fall., stante la natura dichiarativa di inefficacia *ex lege*, con conseguente imprescrittibilità di queste azioni¹⁴⁶.

Deve tuttavia osservarsi che altra parte della dottrina, estendendo interpretazione dell'espressione "azioni revocatorie", ha sostenuto l'applicazione del doppio termine decadenziale anche alle azioni di cui agli artt. 64 e 65 l. fall.¹⁴⁷.

16. Segue: *Gli effetti dell'azione revocatoria fallimentare*

L'azione revocatoria ha finalità restitutoria o recuperatoria, non nel senso che quest'azione produce il trasferimento della proprietà dei beni oggetto dell'atto revocato nel patrimonio del fallito, bensì nel senso che determina, a carico del convenuto soccombente, l'obbligo di restituire il bene al patrimonio attivo del fallimento, affinché possa essere destinato a soddisfacimento dei creditori concorsuali.

Al pari della revocatoria ordinaria, la revocatoria fallimentare non determina la nullità dell'atto tra le parti ma solo la sua inefficacia nei confronti della massa dei creditori.

In altre parole, la sentenza di revoca non produce l'automatico trasferimento della proprietà dei beni oggetto dell'atto revocato nel patrimonio del fallito, bensì determina, a carico del soggetto soccombente, l'obbligo di restituire il bene al patrimonio del fallito e quindi alla garanzia dei creditori.

Secondo l'orientamento oggi prevalente in giurisprudenza, la sentenza di revoca ha natura costitutiva e non dichiarativa¹⁴⁸.

Si è discusso se sia necessario attendere il passaggio in giudicato della pronuncia di revoca o se, al contrario, alla stessa si applichi la regola della provvisoria esecutività di cui all'art. 282 c.p.c.

La giurisprudenza più recente sostiene che «*gli effetti esecutivi della sentenza di condanna rispetto a quelli della pronuncia costitutiva si producono solo con il passaggio in giudicato della decisione in forza del principio enun-*

¹⁴⁶ P.F. Censoni, *Prescrizione, decadenza e consecuzione di nuove procedure concorsuali nella nuova azione revocatoria fallimentare*, in *Diritto Fallimentare*, 2010.

¹⁴⁷ A. NIGRO, *sub art. 66 l.f.*, in A. NIGRO, M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2006.

¹⁴⁸ Cass. 30 luglio 2012, n. 13560. In questo senso anche Cass., sez. un., 13 giugno 1996, n. 5443. In senso contrario ed a sostegno della natura dichiarativa della sentenza di revocatoria, vi sono alcune pronunce anteriori alla sentenza delle Sezioni Unite, quali Cass. 8 marzo 1995, n. 2706.

ciato dalle S.U. n. 4059/2010 secondo cui l'art. 283 c.p.c. esclude che le sentenze di accertamento o costitutive e quelle di condanna possano dispiegare i loro effetti immediatamente ossia prima del loro passaggio in giudicato, in quanto alle stesse non si applica il procedimento disciplinato dal terzo libro del codice di procedura civile¹⁴⁹».

In applicazione dell'anzidetto principio, l'obbligo restitutorio del bene oggetto dell'atto revocato sorge solo per effetto della definitività della sentenza di revoca.

Quanto all'obbligo restitutorio, occorre distinguere il caso in sia oggetto di revoca un pagamento, un contratto o una garanzia.

Sul punto e con preciso riferimento all'obbligo restitutorio di un pagamento in denaro, si è espressa recentemente anche la giurisprudenza di merito, secondo cui «*in tema di azione revocatoria fallimentare, la conseguente obbligazione restitutoria, a contenuto pecuniario, in capo all'accipiens soccombente ha natura di debito di valuta e non di valore, poiché l'atto posto in essere dal fallito è originariamente valido, sopravvenendo la sua inefficacia, a prescindere dall'originaria consapevolezza dei soggetti, solo in esito alla sentenza di accoglimento della domanda, che ha natura costitutiva, avendo ad oggetto l'esercizio di un diritto potestativo e non di un diritto di credito; ne consegue che anche gli interessi sulla somma da restituire decorrono dalla data della domanda giudiziale*¹⁵⁰».

In altre parole, il convenuto soccombente deve pagare, oltre alla somma in linea capitale, anche gli interessi sulla somma da restituire, con decorrenza dalla data della notificazione della domanda giudiziale di revocatoria e sino al saldo, diventando queste somme esigibili dal momento in cui la sentenza di revoca passa in giudicato.

Nel diverso caso di revoca di un contratto, invece, il convenuto soccombente in revocatoria deve restituire il bene ricevuto perché il curatore lo possa liquidare e poi distribuirne il ricavato a favore di tutti i creditori concorsuali.

Qualora il bene oggetto di revocatoria sia stato reso oggetto di addizioni e migliorie da parte del convenuto soccombente, allora quest'ultimo, previa restituzione del bene, avrà diritto ad un indennizzo che verrà riconosciuto nell'ambito e secondo le regole del concorso fallimentare.

Nel caso in cui il convenuto soccombente non possa restituire il bene, il giudice potrà condannarlo al pagamento dell'equivalente in denaro calcolato tenendo in considerazione l'importo eventualmente necessario per l'acquisto

¹⁴⁹ Corte di Appello di Napoli, ordinanza, 23 giugno 2016.

¹⁵⁰ Trib. Torino, 2 marzo 2016.

del bene non più restituibile, con riferimento al suo valore al momento della sentenza revocatoria.

Nel caso in cui la revoca colpisca una garanzia, infine, il credito del convenuto sarà retrogradato, per effetto della soccombenza in revocatoria, a chirografo, non beneficiando più della prelazione.

17. Segue: I diritti del terzo revocato ex art. 70 l. fall.

L'art. 70, comma 1, l. fall. dispone, in caso di pagamenti avvenuti tramite intermediari specializzati, procedure di compensazione plurilaterale o società previste dall'art. 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966, la revocatoria di questi pagamenti si esercita e produce effetti verso il destinatario della prestazione.

Questa norma mira a tutelare coloro che si sono resi intermediari tra la società, poi fallita, ed i suoi creditori, individuando in quest'ultimi i destinatari passivi dell'azione revocatoria.

In questo caso, così come nel caso in cui non vi sia l'intervento di un intermediario, trova applicazione, quanto ai diritti del terzo revocato, l'art. 70, comma 2, l. fall., secondo cui il convenuto soccombente in revocatoria, a condizione che abbia restituito al curatore quanto revocato, possa proporre domanda di ammissione al passivo per il collegato credito, ove la revocatoria abbia ad oggetto un pagamento, un contratto o altro atto a titolo oneroso.

L'art. 70, comma 2, l. fall. sostituisce l'abrogato art. 71 e rappresenta la norma di chiusura della sezione dedicata agli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori, prevedendo il diritto d'ammissione allo stato passivo fallimentare del terzo soccombente convenuto in revocatoria, il quale abbia restituito una somma di denaro per effetto d'una sentenza d'inefficacia e/o di revoca.

Quest'ammissione, come noto, presuppone un atto d'effettiva restituzione e non è automatica, non potendo essere disposta con la sentenza d'inefficacia e/o di revoca e, anzi, dovendo essere oggetto d'una espressa domanda ai sensi dell'art. 101 l. fall.¹⁵¹.

Innanzitutto, e potenzialmente contrastante, disposto degli artt. 70 e 101 l. fall., si registrano, in assenza di precedenti giurisprudenziali editi sulla vigente disciplina, due orientamenti dottrinali.

¹⁵¹ Trib. Padova, 30 aprile 2003, in *Fallimento*, 2003, 1123; Trib. Milano, 8 marzo 1993, *ivi*, 1993, 668.

Il primo che considera l'art. 70 l. fall. norma speciale derogativa di quella generale di cui all'art. 101 l. fall. sul presupposto che la causa generatrice del credito sorge con la restituzione dell'importo revocato, con conseguente (e sostanzialmente automatica) non imputabilità del "ritardo" del tempo d'insinuazione¹⁵².

Il secondo che, all'opposto, ritiene prevalente la norma generale dell'art. 101 legge fall. su quella speciale dell'art. 70 legge fall. ed afferma la necessità di sottoporre a nuova valutazione l'orientamento formatosi in giurisprudenza prima della riforma e secondo il quale la pendenza dell'azione revocatoria non sarebbe, da sé sola, causa idonea ad escludere la colpa del ritardo nell'insinuazione proposta ai sensi del previgente art. 71 l. fall.¹⁵³.

A ben vedere ed a quest'ultimo riguardo, esiste, secondo gli archivi disponibili, un unico precedente giurisprudenziale esattamente in termini, secondo cui «solo con la sentenza che abbia accolto la revocatoria nasce un credito per il revocato che può e deve essere azionato con l'insinuazione tardiva, essendo nel frattempo stato dichiarato esecutivo dal giudice delegato lo stato passivo e, quindi, essendo mancata la possibilità di insinuazione tempestiva del credito» e, in particolare, «non può ritenersi imputabile il ritardo alla resistenza attuata per due gradi di giudizio (...), perché non può prescindere dal considerare la particolare natura dell'azione revocatoria fallimentare proposta, in relazione al concreto sorgere dell'obbligo restitutorio da parte del creditore e del contestuale diritto ad insinuare le somme revocate nel passivo fallimentare stesso», con la finale precisazione che l'applicazione dell'art. 112 l. fall. presuppone la dimostrazione dell'avvenuta precedente esecuzione di riparti¹⁵⁴.

E questo principio, contrariamente a quanto ritenuto da una dottrina¹⁵⁵, non pare essere stato messo in discussione dalla successiva sentenza della Suprema Corte di Cassazione del 3 giugno 2004, n. 10578, in quanto essa, pur negando, "nella posizione del convenuto soccombente in revocatoria, ragioni meritevoli di particolare tutela", non esclude affatto che la resistenza in un giudizio revocatorio sia causa imputabile di "ritardo" della successiva insinuazione, ma si

¹⁵² M.R. GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2008.

¹⁵³ S. BONFATTI, *Effetti della revocazione*, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2007, vol. I, p. 1111, là dove si indica, quale esempio di questo orientamento, Cass. 3 giugno 2004, n. 10578, in *Fallimento*, 2005, 426 ss.

¹⁵⁴ App. Bologna, 4 settembre 1996, in *Giur. it.*, 1996, parte I, sez. II, cc. 282 ss.; nello stesso senso, più di recente, G. BOZZA, *Ritardo per causa non imputabile al creditore nell'insinuazione tardiva del credito di restituzione*, in *Fallimento*, 2005, 432.

¹⁵⁵ BONFATTI, *Effetti della revocazione*, in JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007.

limita ad osservare che questa non imputabilità deve essere accertata nel procedimento *ex art.* 101 l. fall. e non già al successivo (e tardivo) momento del riparto, parziale o finale.

Di qui, la possibilità di ritenere che la resistenza in un'azione revocatoria non sia causa imputabile di ritardo e che il terzo convenuto revocato abbia diritto d'insinuare il proprio credito anche oltre il termine massimo di cui all'art. 101, comma 1, legge fall., alla condizione che dimostri d'aver restituito alla massa la somma oggetto dell'atto solutorio dichiarato inefficace e, in sede di domanda d'ammissione ai sensi dell'art. 70 l. fall., chieda una pronuncia sulla non colpevolezza del ritardo della propria insinuazione e, al fine di poter beneficiare degli effetti di cui all'art. 112 l. fall., dando prova, ai fini di cui all'art. 112, dell'avvenuta precedente esecuzione di riparti in favore degli altri creditori concorsuali già ammessi allo stato passivo.

18. Segue: *La prosecuzione dell'azione revocatoria da parte dell'assuntore del concordato fallimentare*

Meritevole di attenzione e disamina è la fattispecie relativa all'opponibilità all'assuntore di concordato fallimentare, in caso di sua prosecuzione di azione revocatoria in sostituzione di un fallimento, dell'eccezione di scomputo della percentuale chirografaria dalla somma dovuta per l'ipotesi di soccombenza del convenuto revocando.

L'art. 124, ultimo comma, l. fall. ammette la possibilità per l'assuntore di limitare gli impegni concordatari nei confronti dei soli creditori che, al tempo del deposito della proposta, siano stati ammessi allo stato passivo e di quelli che, allo stesso tempo, abbiano proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva, con conseguente assenza di obblighi di pagamento nei confronti di coloro che divengano creditori concorsuali in un momento successivo; creditori rispetto ai quali permane la responsabilità del debitore fallito, salvo il caso di sua esdebitazione ai sensi dell'art. 142 l. fall.

Nel contempo, lo stesso art. 124, comma 3, l. fall. autorizza l'assuntore a rendersi cessionario, oltre che dei beni compresi nell'attivo fallimentare, delle azioni di pertinenza della massa, purché autorizzate dal giudice delegato, con specifica indicazione dell'oggetto e del loro fondamento.

Ora, tenuto conto che tra queste azioni sono incluse anche le azioni revocatorie di cui all'art. 67 l. fall., è possibile il caso in cui un assuntore, cessionario d'una di queste azioni, decida di proseguirla nei confronti del convenuto revocando, con la conseguenza che questo, ove soccombente, si vedrebbe precluso la possibilità di presentare domanda d'ammissione allo stato passivo ai

sensi dell'art. 70 l. fall., essendosi chiusa la procedura fallimentare che aveva promosso l'azione per effetto dell'omologazione della proposta concordataria.

Questo essendo il caso di riferimento, occorre valutare se il convenuto revocando possa fondatamente opporre all'assuntore, che prosegua un'azione revocatoria, l'eccezione di scomputo della percentuale riconosciuta ai creditori chirografari concordatari dall'importo che, all'esito del giudizio, dovesse essere revocato e, pertanto, reso oggetto d'una sentenza di condanna di restituzione.

La questione è stata dibattuta, se pur in termini non particolarmente approfonditi, anche prima della riforma della legge fallimentare e la sua soluzione presuppone l'identificazione di quale sia la natura del credito di cui all'art. 70 legge fall., vale a dire se si tratti di credito concorsuale anteriore o successivo, tenuto conto che l'art. 135, comma 1, l. fall. continua a stabilire che «*il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori all'apertura del fallimento, compresi quelli che non hanno presentato domanda di ammissione al passivo*».

L'opinione prevalente, confermata anche dalla Corte Costituzionale in un caso di concordato con assunzione proposto in una procedura di amministrazione straordinaria, è che «*la revoca del pagamento elimina l'effetto estintivo dell'adempimento e, pertanto, non crea ex novo un credito, ma risorge, insoddisfatto, il credito originario con il suo carattere concorsuale*»¹⁵⁶.

Ciò significa che il credito di un terzo soccombente revocato può ritenersi “tardivo” soltanto con riferimento al “tempo” della sua insinuazione ed al “modo” con cui esso venga fatto valere, ma non anche con riferimento alla sua “natura”, derivando da un rapporto sorto anteriormente alla dichiarazione di fallimento e non potendosi, pertanto, qualificare come extraconcorsuale.

In altri termini, «*così come il credito dell'agente in revocatoria fallimentare, anche quello (eventuale) del soccombente è “originariamente concorsuale” (...) ceduto l'uno (sotto forma di attività), non è possibile non cedere anche l'altro (sotto forma, questa volta, di passività), discendendo questo effetto direttamente dalla legge (art. 71 l. fall.). E dato che la legge considera tale (eventuale) credito concorrente e chirografario, così lo stesso dovrà essere trattato dall'assuntore*»¹⁵⁷.

D'altra parte, se si disgiungesse il credito del terzo revocato dall'azione e, soprattutto, dalla posizione giuridica del beneficiario della stessa, si produrrebbe inevitabilmente ed inammissibilmente l'effetto di deteriorare la posizione del medesimo terzo revocato attraverso la proposizione, approvazione ed

¹⁵⁶ Corte Cost., 5 aprile 2007, n. 118.

¹⁵⁷ D. VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore: aspetti processuali e sostanziali*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 236.

omologazione d'un concordato fallimentare, con finale sostituzione (di origine convenzionale) dell'attore in revocatoria; deterioramento che, invece, «trova ostacolo, nel nostro ordinamento, nell'esistenza – pacificamente ammessa da dottrina e giurisprudenza – del principio generale alla stregua del quale non è possibile determinare contrattualmente effetti sfavorevoli nei confronti dei terzi (arg. ex art. 1372, secondo comma, c.c.)»¹⁵⁸.

La conseguenza appare dunque che «nell'azione revocatoria d'un pagamento, promossa (o proseguita, n.d.r.) dall'assuntore del concordato fallimentare cessionario delle azioni revocatorie, il creditore convenuto può invocare la compensazione parziale del debito nascente dalla revoca con la minor somma a lui dovuta dall'assuntore a titolo di percentuale concordataria del credito, risorto a seguito di quella revoca»¹⁵⁹.

¹⁵⁸ D. VATTERMOLI, *La cessione delle revocatorie nel concordato fallimentare con assuntore*, cit., 238.

¹⁵⁹ App. Firenze, 21 marzo 1965, in *Dir. fall.*, 1965, II, 754 ss.; nello stesso senso, v. anche Corte Cost., 5 aprile 2007, n. 118; Cass. 13 settembre 1979, n. 4257; A. BONSIGNORI, *Diritto fallimentare*, Utet, Torino, 1992, 271.

La prescrizione nel contenzioso bancario

Luciano Matteo Quattrocchio-Valentina Bellando-Roberta Monchiero

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Il contratto di conto corrente bancario. – 3. Il contenuto dell'estratto conto. – 4. Il contenuto del riassunto a scalare. – 5. Il calcolo degli interessi. – 6. La “serie continua” di estratti conto e di riassunti a scalare. – 7. La prescrizione: rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie. I chiarimenti della Suprema Corte. – 8. I limiti d'indagine e la loro rilevanza. – 9. Analisi tecnica della questione. – 9.1. Prima ipotesi: conteggi effettuati in presenza di estratti conto e di riassunti scalari. – 9.2. Seconda ipotesi: conteggi effettuati in presenza di estratti scalari recanti l'indicazione dei saldi per valuta. – 9.3. Terza ipotesi: conteggi effettuati in presenza di estratti scalari recanti esclusivamente l'indicazione dei numeri debitori. – 9.4. Quarta ipotesi: conteggi effettuati in presenza di un estratto scalare mancante. – 10. Considerazioni conclusive in merito alla possibilità di verificare l'intervenuta prescrizione. – 11. Usura.

1. Premessa

Scopo del presente saggio è valutare se – in presenza dei soli riassunti scalari, eventualmente in misura parziale – sia possibile apprezzare l'effetto solutorio delle rimesse ai fini della prescrizione, nel contesto descritto dalla sentenza della Corte di Cassazione resa a Sezioni Unite (Cass., sez. un., 2 dicembre 2010, n. 24418), e se – nel contempo – sia possibile verificare l'eventuale ricorrenza di ipotesi d'usura; il tutto, indicando i passaggi logici, le modalità di calcolo, i presupposti e gli eventuali limiti.

2. Il contratto di conto corrente bancario

Con il contratto di conto corrente bancario, denominato anche conto corrente di corrispondenza, la banca fornisce al proprio cliente il servizio di cassa, ovvero assume il mandato di compiere per conto del correntista e in

seguito a un suo ordine, pagamenti e riscossioni¹.

La banca, quale mandataria del correntista, è tenuta a dare corso alle disposizioni di quest'ultimo; le operazioni di pagamento, ovvero di addebito di somme, presuppongono la presenza di fondi sul conto corrente, garantita dai versamenti periodici del correntista, oppure dalla disponibilità assicurata dalla banca.

Il conto corrente bancario costituisce il contratto base nei rapporti banca-cliente, punto di riferimento fondamentale per la regolamentazione dei rapporti contrattuali fra istituto di credito e cliente e – come è stato efficacemente affermato – “*spina dorsale*” del sistema creditizio.

Il conto corrente assume rilievo centrale nei rapporti fra banca e cliente, in quanto in esso confluiscono le tre attività fondamentali svolte dalla banca: *i*) l'attività contrattuale di raccolta del risparmio; *ii*) l'erogazione del credito; *iii*) la prestazione di servizi (ad esempio, servizi di pagamento o riscossione di somme)².

La raccolta del risparmio fra il pubblico avviene tramite i contratti di deposito di somme in conto corrente da parte dei singoli clienti (funzione c.d. “*passiva*”, stante l'obbligo della banca di restituire quanto ricevuto in deposito, oltre agli interessi), mentre l'erogazione del credito avviene tramite aperture di credito in conto corrente, anticipazioni bancarie e altre forme di concessioni di

¹ Cfr. E. ISAIA, *Conto Corrente*, Giappichelli, Torino, 2012, 3 ss.: «Il conto corrente, definito propriamente conto corrente di corrispondenza passivo, è un contratto attraverso il quale la banca, previa costituzione da parte del cliente di una certa disponibilità di fondi, si impegna, nei limiti di quanto stabilito dal contratto, ad eseguire le operazioni da questi ordinate, che consistono fondamentalmente in esecuzione di pagamenti e riscossione di incassi. Il conto offre infatti una serie di servizi – attivabili a scelta del depositante e in alcuni casi subordinati al rispetto di requisiti patrimoniale e reddituali – quali ad esempio il libretto degli assegni, le carte di pagamento, i bonifici, gli addebiti automatici di utenze e altre tipologie di pagamenti periodici, l'accredito dello stipendio o pensione. È dunque uno strumento di gestione della liquidità, che semplifica l'utilizzo del denaro e consente l'accesso al sistema dei pagamenti, sostituendo la moneta cartacea con la cosiddetta moneta bancaria ed elettronica. Tecnicamente si dice che il conto corrente svolge funzione monetaria, regolando gli scambi attraverso la registrazione di semplici scritture contabili a debito o a credito e la conseguente movimentazione del conto. Offre altresì un servizio di deposito e custodia della liquidità, pur avendo perso la sua originaria funzione di investimento. Come noto, infatti, i fondi giacenti sul conto vengono remunerati, salvo casi particolari, con tassi di interessi minimi».

Per ulteriori approfondimenti, si veda BANCA D'ITALIA, *Guida pratica al conto corrente*, Roma, 2012.

² Sul punto, si veda P. BIFFIS (a cura di), *Le operazioni e i servizi bancari*, Giappichelli, Torino, 2012.

prestito regulate in conto corrente (funzione c.d. “attiva”, in quanto comporta la nascita di un credito in capo alla banca per la restituzione delle somme erogate ai clienti, oltre agli interessi).

Il momento qualificante dell’attività svolta dalla banca deve essere specificamente colto nello svolgimento congiunto e collegato delle due funzioni della raccolta del risparmio e della concessione del credito; ciò in quanto la funzione di finanziamento è resa possibile dalla raccolta del risparmio.

Accanto alla tradizionale attività finora descritta, si considerano attinenti all’attività bancaria anche fattispecie alle quali è estranea la funzione di raccolta del risparmio e di erogazione del credito, vale a dire i servizi collaterali o accessori al conto corrente, come – a titolo di esempio – i pagamenti o gli incassi di somme nell’interesse del cliente mediante assegni, bonifici o carte di pagamento, la custodia e amministrazione di titoli di credito.

Si noti che manca sia una disciplina specifica sia una vera e propria definizione del contratto di conto corrente bancario. Tramite l’espressione “operazioni bancarie in conto corrente”³, il legislatore ha inteso fare riferimento – per il conto corrente bancario – non tanto a una figura contrattuale autonoma o a un tipo contrattuale, quanto a un contratto necessariamente accessorio ad altre operazioni poste in essere tra la banca e il proprio cliente (deposito e apertura di credito), oppure a una clausola tipica accessoria al deposito, all’apertura di credito o ad altre operazioni, che stabilisce come le stesse devono essere regulate (appunto in conto corrente).

Peraltro, sembra preferibile configurare il conto corrente bancario come contratto autonomo per due ragioni fondamentali. In primo luogo, esso è previsto espressamente dal codice civile fra i contratti bancari (artt. 1852-1857 c.c.), e – sotto questo profilo – non solo è un contratto autonomo, ma anche tipico. Inoltre, nella prassi bancaria il conto corrente bancario si è sempre più caratterizzato, non solo per la clausola di regolamento in conto corrente prevista dall’art.1852 c.c., in relazione al deposito o all’apertura di credito, ma anche per il servizio di cassa svolto a favore del cliente e a cui fa comunque riferimento l’art. 1856 c.c. (sulla “esecuzione di incarichi” da parte della banca).

Il contratto di conto corrente bancario può essere definito come il contratto in virtù del quale il cliente conferisce alla banca, dietro corrispettivo, una serie di incarichi di pagamento o di riscossione, con l’utilizzo di fondi presso di es-

³ S. MACARRONE, *Le operazioni bancarie in conto corrente*, in *Giurisprudenza bancaria (1985-1987)*, VI-VII, 1989. Per ulteriori approfondimenti, si veda F. MAIMERI, A. NIGRO, V. SANTORO, *Contratti bancari. I. Le operazioni bancarie in conto corrente*, Giuffrè, Milano, 1991.

sa a tal fine costituiti dallo stesso cliente, con annotazione delle relative operazioni in un unico conto e con progressiva formazione di un saldo (attivo o passivo) per il correntista. Il contratto di conto corrente bancario si configura – quindi – come un contratto complesso⁴.

Da un lato, nel conto corrente la banca si obbliga a eseguire incarichi impartiti dal cliente, vale a dire a eseguire – su ordine del cliente-correntista e nel suo interesse – operazioni di pagamento o di riscossione di somme (c.d. “*svolgimento di servizio di cassa a favore del cliente*”); questo profilo rinvia al contratto di mandato, ex art. 1703 c.c., ricorrendo un’attività di gestione di affari altrui e il compimento di atti giuridici – pagamenti e incassi – nell’interesse e per conto del cliente⁵.

Peraltro, l’esecuzione del servizio di cassa presuppone che il correntista abbia una disponibilità monetaria costituita presso la banca, necessaria all’esecuzione degli ordini (di pagamento) da lui impartiti, ossia l’esistenza di fondi di proprietà o comunque di pertinenza del correntista e di sua piena disponibilità (c.d. “*provvista*”).

Tale disponibilità può derivare dal fatto che il cliente ha eseguito un preventivo deposito di denaro (divenendo creditore della banca alla restituzione di quella somma depositata, o meglio, di ciò che ne residua); ma può nascere anche da un rapporto in base al quale la stessa banca si è impegnata a finanziarlo, mettendo a sua disposizione i fondi necessari al funzionamento del meccanismo negoziale del mandato o servizio di cassa; in tal caso, il cliente diviene debitore in relazione alla provvista, anche se – in un certo senso e per un certo periodo – ha la piena disponibilità della somma finanziata.

Il contratto costitutivo della provvista monetaria finalizzata all’esecuzione degli incarichi è dunque riconducibile – alternativamente, ma anche contemporaneamente – al deposito bancario oppure all’apertura di credito, allo scoperto di conto corrente per cortesia, all’anticipazione bancaria e alle altre forme di finanziamento. Si intende, poi, che la disponibilità inizialmente costituita può essere ulteriormente alimentata sia da versamenti del cliente (o da versamenti di terzi a suo favore), sia dalle varie operazioni attraverso le quali la banca concede credito.

Infine, il conto corrente bancario è caratterizzato da un particolare regola-

⁴ Sul punto, si veda E. VERBENA, M. MERCOGLIANO, *Il conto corrente bancario: regole operative e modalità di utilizzo*, Giappichelli, Torino, 2005.

⁵ Per ulteriori approfondimenti, si veda A. PROTO, *Il conto corrente come strumento di gestione del rapporto banca-cliente*, in P. BIFFIS, *Le operazioni bancarie*, Giappichelli, Torino, 2012.

mento contabile (c.d. “*regolamento in conto corrente*”), in virtù del quale tutti i movimenti patrimoniali – conseguenti alle singole operazioni bancarie eseguite – vengono obbligatoriamente annotati in un prospetto (il conto, appunto), come “*voci*” o “*poste*” di dare o di avere, cioè a debito o a credito del cliente nei confronti della banca, con la progressiva formazione di un saldo a credito (o a debito) del cliente e con la conseguente possibilità di determinare in ogni momento il saldo c.d. “*differenziale*”, passivo o attivo.

Ciò detto, il saldo del conto corrente di corrispondenza può presentare una posizione di credito (saldo attivo o saldo “*Avere*”) oppure una posizione di debito (saldo negativo o saldo “*Dare*”) del correntista.

Il correntista può disporre in qualsiasi momento del saldo di conto corrente risultante a suo credito, salvo il rispetto di un eventuale preavviso prescritto contrattualmente. Tale saldo viene portato a nuovo in seguito alla liquidazione del conto che avviene trimestralmente.

Nel conto corrente di corrispondenza si possono avere tre tipologie di saldo:

- le operazioni di accredito o di addebito di un determinato periodo di tempo – indipendentemente dalla valuta – determinano il c.d. “*saldo contabile*”;
- il “*saldo per valuta*” (o saldo liquido) è, invece, dato dalla somma algebrica di tutte le operazioni maturate, con esclusione di quelle con valuta posteriore rispetto alla data in cui viene determinato il saldo⁶;
- il “*saldo disponibile*” rappresenta, invece, l’importo di cui il correntista può liberamente disporre ad una determinata data, e si ottiene stornando dal saldo contabile le operazioni di accredito per le quali la banca deve ancora verificare l’esito (assegni bancari o circolari accreditati con riserva di verifica e salvo buon fine).

In occasione della liquidazione periodica, vengono calcolate le competenze; fra queste, accanto agli interessi e alle spese di gestione, il contratto di conto corrente può prevedere commissioni di varia natura (v. *infra*).

In ordine alla rilevanza dei giorni di valuta, la giurisprudenza ha avuto occasione di affermare «che la questione relativa ad antergazione e postergazione consentita dei giorni di valuta non è più attuale, quanto meno successivamente al d.lgs. Tremonti *ter* del 25 giugno 2009 (con effetto dal 1° novembre 2009), a mente del quale la data di valuta per il beneficiario per tutti i bonifici, gli assegni circolari e quelli bancari non può mai superare, rispettivamente,

⁶ A titolo esemplificativo, l’accredito di un assegno in una certa data concorre alla determinazione del saldo contabile e non invece alla determinazione del saldo per valuta, giacché l’effetto contabile viene postergato sulla base, per l’appunto, di un certo numero di giorni valuta.

uno, due, tre giorni lavorativi successivi alla data del versamento. L'intervenuta normazione del fenomeno ha poi trovato ulteriore conforto nella successiva Direttiva Europea sui Servizi di Pagamento (c.d. PSD: *Payment Services Directive*) entrata in vigore il 1° marzo 2010 con d.lgs. n. 11/2010 (G.U. 36 13 febbraio 2010). Già il fatto che la questione abbia formato oggetto di disciplina apposita, senza alcuna abrogazione di precedenti norme, conduce a ritenere la questione, con riguardo al periodo pregresso, come *praeter legem*, non potendosi affermare di per sé l'illegittimità di qualsivoglia prassi bancaria in tal senso»⁷.

3. Il contenuto dell'estratto conto

L'informativa inviata periodicamente dalla banca si compone di due documenti distinti: l'"estratto conto" vero e proprio e il "riassunto a scalare" (o "scalare" o "staffa").

L'estratto conto è un documento contabile che, oltre a contenere le generalità della banca e del correntista, riporta l'elencazione delle operazioni poste in essere nel periodo di tempo considerato (mese o trimestre) e l'indicazione della data nella quale le operazioni sono state poste in essere e della valuta attribuita dalla banca.

A titolo esemplificativo, un estratto conto potrebbe – in due trimestri consecutivi – avere la forma di seguito rappresentata:

DATA CONTABILE	DATA VALUTA	DARE	AVERE	DESCRIZIONE
31/12/2007	31/12/2007		20.000,00	Saldo iniziale
4/1/2008	4/1/2008	120.000,00		Addebito assegno
12/1/2008	15/1/2008		40.000,00	Versamento assegno
25/1/2008	25/1/2008	70.000,00		Bonifico in uscita
2/2/2008	5/2/2008		50.000,00	Versamento assegno
16/2/2008	16/2/2008	150.000,00		Addebito assegno

Segue

⁷ Trib. Torino, 20 aprile 2012 (Est. Dott. Bruno Conca).

27/2/2008	27/2/2008		30.000,00	Bonifico in entrata
3/3/2008	3/3/2008	80.000,00		Bonifico in uscita
7/3/2008	10/3/2008		40.000,00	Versamento assegno
12/3/2008	12/3/2008	70.000,00		Addebito assegno
21/3/2008	21/3/2008		20.000,00	Bonifico in entrata
31/3/2008	31/3/2008	4.621,30		Addebito competenze
		294.621,30		Saldo finale

DATA CONTABILE	DATA VALUTA	DARE	AVERE	DESCRIZIONE
31/3/2008	31/3/2008	294.621,30		Saldo iniziale
4/4/2008	4/4/2008	120.000,00		Addebito assegno
12/4/2008	15/4/2008		240.000,00	Versamento assegno
25/4/2008	25/4/2008	70.000,00		Bonifico in uscita
2/5/2008	5/5/2008		250.000,00	Versamento assegno
16/5/2008	16/5/2008	150.000,00		Addebito assegno
27/5/2008	27/5/2008		130.000,00	Bonifico in entrata
3/6/2008	3/6/2008	80.000,00		Bonifico in uscita
7/6/2008	10/6/2008		140.000,00	Versamento assegno
12/6/2008	12/6/2008	70.000,00		Addebito assegno
21/6/2008	21/6/2008		120.000,00	Bonifico in entrata
30/6/2008	30/6/2008	4.124,75		Addebito competenze
30/6/2008	30/6/2008		385.875,25	Saldo finale

Le informazioni in esso contenute hanno il seguente significato:

- Data Contabile: giorno in cui il correntista ha effettuato l'operazione;
- Data Valuta: data dalla quale decorrono gli interessi;
- Dare: movimento a debito per il correntista;
- Avere: movimento a credito per il correntista;
- Descrizione: descrive il tipo di operazione di accredito o di addebito.

Il “saldo iniziale” di un dato trimestre corrisponde al “saldo finale” del trimestre precedente, cui concorre l'addebito o l'accredito delle competenze, costituite dalla somma algebrica tra interessi attivi e passivi, commissioni e spese bancarie, che, a seconda delle circostanze, può assumere saldo “Dare” o “Avere”.

4. Il contenuto del riassunto a scalare

L'estratto conto è corredato dal riassunto a scalare: in tale documento i saldi in valuta delle singole operazioni sono ordinati cronologicamente e sugli stessi vengono calcolati – a seconda che il conto corrente presenti un saldo attivo o passivo – gli interessi debitori o creditori.

Il riassunto a scalare, che corrisponde all'esemplificazione riportata nel paragrafo precedente, è così strutturato:

VALUTA	SALDO PER VALUTA	GIORNI	NUMERI CREDITORI	NUMERI DEBITORI
1/1/2008	20.000,00	3	60.000,00	–
4/1/2008	–100.000,00	11	–	1.100.000,00
15/1/2008	–60.000,00	10	–	600.000,00
25/1/2008	–130.000,00	11	–	1.430.000,00
5/2/2008	–80.000,00	11	–	880.000,00
16/2/2008	–230.000,00	11	–	2.530.000,00
27/2/2008	–200.000,00	5	–	1.000.000,00
3/3/2008	–280.000,00	7	–	1.960.000,00
10/3/2008	–240.000,00	2	–	480.000,00
12/3/2008	–310.000,00	9	–	2.790.000,00
21/3/2008	–290.000,00	10	–	2.900.000,00
31/3/2008		–	–	–

VALUTA	SALDO PER VALUTA	GIORNI	NUMERI CREDITORI	NUMERI DEBITORI
1/4/2008	-294.621,30	3	-	883.863,90
4/4/2008	-414.621,30	11	-	4.560.834,32
15/4/2008	-174.621,30	10	-	1.746.213,01
25/4/2008	-244.621,30	10	-	2.446.213,01
5/5/2008	5.378,70	11	59.165,68	-
16/5/2008	-144.621,30	11	-	1.590.834,32
27/5/2008	-14.621,30	7	-	102.349,11
3/6/2008	-94.621,30	7	-	662.349,11
10/6/2008	45.378,70	2	90.757,40	-
12/6/2008	-24.621,30	9	-	221.591,71
21/6/2008	95.378,70	9	858.408,29	-
30/6/2008		-	-	-

Le informazioni in esso contenute hanno il seguente significato:

- Saldo per valuta: la colonna riporta le date di valuta delle operazioni.
- Giorni: numero di giorni in cui il saldo per valuta è rimasto invariato.
- Numeri debitori: si ottengono moltiplicando il saldo negativo per il numero di giorni in cui il saldo è rimasto invariato.
- Numeri creditori: si ottengono moltiplicando il saldo positivo per il numero dei giorni in cui il saldo è rimasto invariato.

5. Il calcolo degli interessi

Il riepilogo di calcolo degli interessi attivi e passivi da parte della banca è contenuto nell'ultima parte del riassunto a scalare, in appositi prospetti che individuano per i numeri debitori e per i numeri creditori il tasso di interesse corrispondente, con relativa decorrenza.

Il calcolo degli interessi procede secondo il seguente *iter*:

- la banca individua i saldi per valuta e il numero dei giorni in cui tali saldi sono rimasti invariati;
- in seguito, ciascun saldo – negativo o positivo – viene moltiplicato per il numero dei giorni corrispondenti (come visto, i risultati di questo prodotto vengono comunemente denominati “*numeri debitori*” o “*numeri creditori*”);

• per ciascun numero creditore o debitore vengono determinati gli interessi attivi e passivi eseguendo il seguente calcolo:

$$\text{numeri creditori (o debitori)} \times \text{tasso interesse} : 365$$

Prendendo le mosse dalle ipotesi sottostanti e dagli estratti conto di seguito riportati, ne scaturiscono i seguenti risultati:

VALUTA	SALDO PER VALUTA	GIORNI	NUMERI CREDITORI	NUMERI DEBITORI	INTERESSI CREDITORI	INTERESSI DEBITORI
1/1/2008	20.000,00	3	60.000,00	-	1,64	-
4/1/2008	- 100.000,00	11	-	1.100.000,00	-	241,10
15/1/2008	- 60.000,00	10	-	600.000,00	-	131,51
25/1/2008	- 130.000,00	11	-	1.430.000,00	-	313,42
5/2/2008	- 80.000,00	11	-	880.000,00	-	192,88
16/2/2008	- 230.000,00	11	-	2.530.000,00	-	590,68
27/2/2008	- 200.000,00	5	-	1.000.000,00	-	219,18
3/3/2008	- 280.000,00	7	-	1.960.000,00	-	490,96
10/3/2008	- 240.000,00	2	-	480.000,00	-	113,97
12/3/2008	- 310.000,00	9	-	2.790.000,00	-	720,00
21/3/2008	- 290.000,00	10	-	2.900.000,00	-	734,25
31/3/2008		-	-	-	1,64	3.747,95

Plafond di affidamento	200.000,00
Tasso di interesse creditore	1,00%
Tasso di interesse debitore intra-fido	8,00%
Tasso di interesse debitore extra-fido	12,00%
Interessi creditori maturati	1,64
Interessi debitori maturati	3.747,95
Tasso C.M.S.	0,25%
Massimo scoperto	310.000,00
Commissione di massimo scoperto	775,00
Spese	100,00
Saldo competenze debitorie	- 4.621,30

VALUTA	SALDO PER VALUTA	GIORNI	NUMERI CREDITORI	NUMERI DEBITORI	INTERESSI CREDITORI	INTERESSI DEBITORI
1/4/2008	- 294.621,30	3	-	883.863,90	-	224,83
4/4/2008	- 414.621,30	11	-	4.560.834,32	-	1.258,36
15/4/2008	- 174.621,30	10	-	1.746.213,01	-	382,73
25/4/2008	- 244.621,30	10	-	2.446.213,01	-	585,06
5/5/2008	5.378,70	11	59.165,68	-	1,62	-
16/5/2008	- 144.621,30	11	-	1.590.834,32	-	348,68
27/5/2008	- 14.621,30	7	-	102.349,11	-	22,43
3/6/2008	- 94.621,30	7	-	662.349,11	-	145,17
10/6/2008	45.378,70	2	90.757,40	-	2,49	-
12/6/2008	- 24.621,30	9	-	221.591,71	-	48,57
21/6/2008	95.378,70	9	858.408,29	-	23,52	-
30/6/2008		-	-	-	27,63	3.015,83

<i>Plafond</i> di affidamento	200.000,00
Tasso di interesse creditore	1,00%
Tasso di interesse debitore intra-fido	8,00%
Tasso di interesse debitore extra-fido	12,00%
Interessi creditori maturati	27,63
Interessi debitori maturati	3.015,83
Tasso C.M.S.	0,25%
Massimo scoperto	414.621,30
Commissione di massimo scoperto	1.036,55
Spese	100,00
Saldo competenze debitorie	- 4.124,75

Le modalità di calcolo sono di seguito illustrate:

- interessi creditori: il numero creditore (relativo ad una data di valuta) de-

ve essere moltiplicato per il tasso di interesse creditore (1,00% in questo caso); il prodotto viene poi diviso per 365;

- per gli interessi debitori, il ragionamento è più complesso:
 - nel caso in cui il saldo per valuta sia nei limiti del *plafond* di affidamento, gli interessi debitori sono ottenuti dal prodotto fra i numeri debitori e il tasso di interesse *intra-fido* (8,00% in questo caso); il prodotto viene poi diviso per 365;
 - nel caso in cui il saldo per valuta (corrispondente ad una determinata data di valuta) sia superiore al *plafond* di affidamento, gli interessi debitori sono ottenuti dal prodotto fra i numeri debitori e il tasso di interesse *intra-fido* (8,00% in questo caso), diviso 365, nei limiti dell'affidamento (euro 200.000,00); oltre il risultato del prodotto fra i numeri debitori e il tasso di interesse *extra-fido* (12,00% in questo caso), diviso 365, ove sia superato il limite dell'affidamento (euro 200.000,00).

6. La “serie continua” di estratti conto e di riassunti a scalare

Nell'ambito delle consulenze giudiziarie, capita spesso che la documentazione contabile prodotta agli atti sia parziale o incompleta, con conseguenze diverse a seconda che la carenza riguardi il periodo iniziale del rapporto ovvero un periodo intermedio.

Nel caso in cui sia parziale o incompleta la documentazione contabile relativa al periodo iniziale del rapporto, occorre distinguere due ipotesi:

- se manca qualsiasi giustificazione del saldo iniziale (passivo), ed il correntista ha eccepito tempestivamente la mancata dimostrazione dello stesso, il saldo iniziale deve essere assunto in misura pari a zero;
- se, invece, la circostanza non è stata eccepita tempestivamente dal correntista, il saldo iniziale può essere assunto in misura pari alla somma risultante dal primo estratto conto o conto a scalare presente agli atti del giudizio.

Del pari, nel caso in cui sia parziale o incompleta la documentazione contabile relativa a trimestri intermedi, occorre distinguere due ipotesi:

- se tale circostanza è stata eccepita tempestivamente dalla banca, occorre – almeno secondo una certa opinione – effettuare i calcoli partendo dal trimestre a partire dal quale esiste idonea documentazione;
- se, invece, la circostanza non è stata eccepita tempestivamente dalla banca, si può rimediare:
 - procedendo ad una interpolazione lineare dei numeri debitori e dei nu-

- meri creditori per i trimestri per i quali la documentazione contabile risulta parziale o incompleta;
- ovvero assumendo, come riferimento contabile ai fini delle operazioni di ricalcolo, il saldo iniziale del primo estratto conto successivo (fermi le poste in addebito già stornate sui saldi precedenti e il montante progressivo degli interessi già annotati) ⁸.

A titolo esemplificativo, si riporta un foglio di calcolo nel quale viene assunta la media tra i dati relativi al trimestre immediatamente precedente e a quello immediatamente successivo al trimestre per il quale manca la documentazione contabile.

TRIMESTRE	NUMERI DEBITORI	TASSO DI INTERESSE DEBITORE	INTERESSI DEBITORI
IV TRIMESTRE 1998	3.981,51	9,75%	1.063,55
	7.709.273	9,75%	2.059.325
I TRIMESTRE 1999	2.667,28	9,75%	712,49
II TRIMESTRE 1999	1.353,04	9,75%	361,43
	2.619.857	9,75%	699.824

La procedura di interpolazione può essere sintetizzata nel seguente modo:

- i numeri debitori del I trimestre 1999 sono stati calcolati come media aritmetica semplice dei numeri debitori del IV trimestre 1998 e del II trimestre 1999;
- il tasso di interesse debitore del I trimestre 1999 è stato calcolato come media aritmetica ponderata dei tassi di interesse del IV trimestre 2008 e del II trimestre 2009, con pesi rappresentati dai numeri debitori del trimestre immediatamente precedente e di quello immediatamente successivo;
- gli interessi debitori del I trimestre 1999 sono stati calcolati applicando il tasso di interesse debitore ai numeri debitori così ottenuti.

⁸ La soluzione da ultimo menzionata è proposta dal Dott. Enrico Astuni, Giudice presso il Tribunale di Torino.

7. La prescrizione: rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie. I chiarimenti della Suprema Corte

Prima di procedere alla valutazione descritta in premessa, pare opportuno richiamare le nozioni di “*rimesse solutorie*” e “*rimesse ripristinatorie*”, tenuto conto della rilevanza della distinzione ai fini della prescrizione del diritto alla ripetizione dell’indebito⁹.

Nella tecnica bancaria l’espressione “*rimesse*” sta ad indicare i versamenti effettuati dal correntista sul conto corrente: tali versamenti possono, a seconda dei casi, aumentare il saldo positivo o ridurre quello negativo.

La Corte di Cassazione, nella nota Sentenza resa a Sezioni Unite¹⁰, con riferimento alle rimesse operate su un conto corrente con saldo negativo ha riesumato la distinzione fra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie, nei seguenti termini:

- le rimesse solutorie: versamenti effettuati su un conto corrente per il quale vi sia stato uno sconfinamento oppure su un conto corrente non affidato;
- le rimesse ripristinatorie: versamenti effettuati dal correntista su un conto corrente con saldo rientrante nei limiti del *plafond* di affidamento.

Si riporta, di seguito, un esempio numerico, al fine di apprezzarne meglio la distinzione. Si ipotizza che il saldo iniziale sia pari a zero e – conformemente all’esempio sopra riportato – che l’affidamento ammonti a euro 200.000,00.

DATA VALUTA	DARE	AVERE	SALDO PER VALUTA	RIMESSE SOLUTORIE	RIMESSE RIPRISTINATORIE
1/1/2008		20.000,00	20.000,00	–	–
4/1/2008	120.000,00		– 100.000,00	–	–
15/1/2008		40.000,00	– 60.000,00	–	40.000,00
25/1/2008	70.000,00		– 130.000,00	–	–
5/2/2008		50.000,00	– 80.000,00	–	50.000,00
16/2/2008	150.000,00		– 230.000,00	–	–
27/2/2008		30.000,00	– 200.000,00	30.000,00	–
3/3/2008	80.000,00		– 280.000,00	–	–

Segue

⁹ Per ulteriori approfondimenti, si veda, A.A. DOLMETTA, *Prescrizione e «operazioni bancarie in conto corrente»: sul comma 61 della legge n. 10/2011*, in www.ilcaso.it.

¹⁰ Cass., sez. un., 2 dicembre 2010, n. 24418, in www.ilcaso.it.

10/3/2008		40.000,00	- 240.000,00	40.000,00	-
12/3/2008	70.000,00		- 310.000,00	-	-
21/3/2008		20.000,00	- 290.000,00	20.000,00	-
31/3/2008	4.621,30		- 294.621,30	-	-
	294.621,30				

DATA VALUTA	DARE	AVERE	SALDO PER VALUTA	RIMESSE SOLUTORIE	RIMESSE RIPRISTI- NATORIE
1/4/2008	294.621,30		- 294.621,30	-	-
4/4/2008	120.000,00		- 414.621,30	-	-
15/4/2008		240.000,00	- 174.621,30	214.621,30	25.378,70
25/4/2008	70.000,00		- 244.621,30	-	-
5/5/2008		250.000,00	5.378,70	44.621,30	205.378,70
16/5/2008	150.000,00		- 144.621,30	-	-
27/5/2008		130.000,00	- 14.621,30	-	130.000,00
3/6/2008	80.000,00		- 94.621,30	-	-
10/6/2008		140.000,00	45.378,70	-	140.000,00
12/6/2008	70.000,00		- 24.621,30	-	-
21/6/2008		120.000,00	95.378,70	-	120.000,00
30/6/2008	4.124,75		91.253,95	-	-
		385.875,25			

In alcuni casi risulta abbastanza semplice distinguere tra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie: la rimessa effettuata in data 15 gennaio 2008 per euro 40.000,00 e quella effettuata in data 5 febbraio 2008 per euro 50.000,00 hanno natura ripristinatoria, poiché sono state effettuate a fronte di un saldo negativo rientrante nei limiti dell'affidamento concesso.

La rimessa effettuata in data 27 febbraio 2008 per euro 30.000,00 ha invece natura solutoria, in quanto effettuata a fronte di un saldo negativo oltre il limite dell'affidamento (il superamento del limite è avvenuto in data 16 febbraio 2008); evidentemente, tutte le rimesse successive hanno natura solutoria, sino a che il saldo non sia rientrato nei limiti del *plafond* disponibile.

Non è invece così intuitivo il caso in cui una rimessa presenti in parte natura solutoria e in parte ripristinatoria, come ad esempio quella effettuata in data 15 aprile 2008 per euro 240.000,00: in tal caso, infatti, la rimessa ha natura solutoria per euro 210.000,00, giacché tale versamento consente il rientro del

saldo nei limiti dell'affidamento, e natura ripristinatoria per la differenza pari ad euro 30.000,00.

Secondo la ricostruzione operata nella Sentenza resa a Sezioni Unite (v. *supra*), la distinzione fra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie assume rilevanza ai fini della prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebito. In particolare, nel caso di rimesse solutorie il termine decennale – da computarsi (*dies ad quem*) avendo riguardo al primo atto interruttivo ovvero alla data di notifica – decorre dall'annotazione della rimessa. Per contro, il termine decennale decorre (*dies a quo*) dalla chiusura del conto nel caso in cui la rimessa (a copertura delle competenze maturate nel trimestre precedente) abbia natura ripristinatoria.

A tal proposito, è utile riportare letteralmente il principio espresso dalle Sezioni Unite: «Se, pendente l'apertura di credito, il correntista non si sia avvalso della facoltà di effettuare versamenti, pare indiscutibile che non vi sia alcun pagamento da parte sua, prima del momento in cui, chiuso il rapporto, egli provveda a restituire alla banca il denaro in concreto utilizzato. In tal caso, qualora la restituzione abbia ecceduto il dovuto a causa del computo di interessi in misura non consentita, l'eventuale azione di ripetizione d'indebito non potrà che essere esercitata in un momento successivo alla chiusura del conto, e solo da quel momento comincerà perciò a decorrere il relativo termine di prescrizione. Qualora, invece, durante lo svolgimento del rapporto il correntista abbia effettuato non solo prelevamenti, ma anche versamenti, in tanto questi ultimi potranno essere considerati alla stregua di pagamenti, tali da poter formare oggetto di ripetizione (ove risultino indebiti), in quanto abbiano avuto lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca. Questo accadrà qualora si tratti di versamenti eseguiti su un conto in passivo (o, come in simili situazioni si preferisce dire “scoperto”) cui non accede alcuna apertura di credito a favore del correntista, o quando i versamenti siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accreditamento. Non è così, viceversa, in tutti i casi nei quali i versamenti in conto, non avendo il passivo superato il limite dell'affidamento concesso al cliente, fungano unicamente da atti ripristinatori della provvista della quale il correntista può ancora continuare a godere».

Con riferimento all'onere probatorio, la giurisprudenza ha affermato che «A tale *regula juris* consegue, fra l'altro, una diversa valenza dell'allegazione e prova del carattere solutorio della rimessa, a seconda che il conto sia aperto o chiuso. Se, con riferimento al conto aperto, la deduzione e prova della natura solutoria costituiscono elementi conformativi, rispettivamente, della domanda e del relativo *thema probandum*, diversamente dovendo inferirsi l'inammissibilità della *condictio indebiti*, dal momento che, vero il principio secondo cui *actio nondum nata non praescribitur*, dev'essere ovviamente riconosciuto anche l'opposto; con riferimento al conto chiuso, sarà tendenzialmente onere del convenu-

to dedurre e provare il contenuto solutorio della rimessa, atteso che, provatane tale natura, la risalenza ultradecennale della stessa conduce alla prescrizione, limitatamente alla rimessa medesima, dell'azione di ripetizione ed alla conseguente riduzione del debito per l'effetto incombente sull'*accipiens*; la natura della rimessa, con quanto ne dovrebbe conseguire in termini d'intervenuta prescrizione del diritto, si attergerebbe, in tal caso, a fatto (parzialmente) estintivo del diritto, come tale oggetto di necessaria allegazione e prova da parte del convenuto».

In sede di consulenza tecnica, è – quindi – necessario enucleare le rimesse solutorie e le rimesse ripristinatorie per i periodi antecedenti al decorso del decennio dalla chiusura del conto, giacché le competenze maturate in epoca precedente e oggetto di richiesta di ripetizione di indebito devono considerarsi prescritte nei limiti di copertura delle rimesse solutorie effettuate (sempre in epoca antecedente al decorso del decennio).

Come osservato, «È onere della banca che eccepisce la prescrizione dell'azione di indebito dare la prova del carattere solutorio delle rimesse, specificando altresì nei termini di cui all'art. 167 c.p.c. quelle aventi detta caratteristica. Si deve escludere il carattere solutorio delle rimesse allorché le stesse vengano effettuate su conto corrente non affidato, ma sul quale il correntista per anni abbia costantemente operato in una situazione di scoperto, e con applicazione da parte dell'istituto della commissione massimo scoperto; si deve riconoscere in tal caso un affidamento di fatto»¹¹.

8. I limiti d'indagine e la loro rilevanza

La questione se – in presenza dei soli riassunti scalari, eventualmente in misura parziale – sia possibile apprezzare l'effetto solutorio delle rimesse ai fini della prescrizione è stata affrontata in un recente Provvedimento del Tribunale di Milano (sentenza 19 maggio 2016, n. 6311).

In particolare, il Tribunale di Milano – facendo proprie le conclusioni del Consulente Tecnico d'Ufficio – ha affermato che non è possibile tenere conto dell'eventuale effetto solutorio delle rimesse nel caso in cui non si disponga degli estratti conto. Egli, in particolare, ha affermato che – in tale ipotesi – si dovrebbe procedere alla determinazione dei saldi medi di periodo, applicando la formula inversa di quella adottata per la determinazione dei numeri creditori e debitori, giungendo a un risultato che altererebbe la precisione del ricalcolo.

Il Consulente Tecnico d'Ufficio ha, poi, ribadito che tale conteggio (preci-

¹¹ In tale senso Trib. Torino, 3 aprile 2014 (Est. Dott.ssa Cecilia Marino).

so) può essere effettuato soltanto attraverso il c.d. “*metodo analitico*”, che prevede la reimputazione in un foglio di lavoro di tutti i singoli movimenti dare-avere del conto corrente per il periodo oggetto di ricalcolo, dando evidenza del saldo progressivo per valuta che viene poi depurato degli interessi effettivamente addebitati dalla banca, ottenendo così un nuovo saldo progressivo che rappresenta giorno per giorno l’esposizione capitale “*pura*”. Sulla scorta di tale nuovo saldo progressivo depurato si procede, quindi, al ricalcolo dei numeri.

Per contro, il c.d. “*metodo sintetico*” prevede la reimputazione in un foglio di lavoro – in monte per ciascun trimestre di ricalcolo – dei numeri debitori complessivi risultanti negli estratti scalari trimestrali, nonché degli interessi effettivamente addebitati nel trimestre. Sulla base dei giorni costituenti ciascun trimestre, si determina l’utilizzo medio trimestrale, che viene depurato degli interessi cumulati, addebitati in ciascun trimestre ottenendo la base di calcolo dei nuovi interessi. La considerazione del risultato complessivo del trimestre conduce alla determinazione di un utilizzo medio e non puntuale del trimestre stesso; con la conseguenza che quanto maggiori sono le variabili contrattuali e contabili di movimentazione, tanto maggiore è l’approssimazione cui si perviene.

9. *Analisi tecnica della questione*

Al fine di fornire una risposta esaustiva al quesito, occorre – a giudizio di chi scrive – svolgere un’analisi tecnica della questione e procedere per gradi successivi, muovendo dal caso in cui si disponga degli estratti conto e dei riassunti scalari, passando attraverso il caso in cui si disponga dei soli riassunti scalari – distinguendo, peraltro, a seconda del diverso grado di analiticità di questi ultimi – per giungere al caso in cui si disponga soltanto dei riassunti scalari e in misura parziale.

L’analisi tecnica viene condotta attraverso un caso teorico, che si fonda sulle seguenti assunzioni:

- il periodo di indagine ha durata di un anno;
- le competenze sono addebitate trimestralmente;
- il tasso di interesse varia mensilmente;
- l’affidamento è costante durante il periodo analizzato.

In tale contesto, vengono sviluppate 4 distinte ipotesi:

- presenza di estratti conto e di riassunti scalari, per tutti i quattro trimestri che compongono l’anno assunto a base dell’indagine;

- presenza di riassunti scalari recanti l'indicazione dei saldi per valuta per tutti i quattro trimestri che compongono l'anno assunto a base dell'indagine;
- presenza di riassunti scalari recanti l'indicazione dei (soli) numeri debitori, per tutti i quattro trimestri che compongono l'anno assunto a base dell'indagine;
- presenza di riassunti scalari recanti l'indicazione dei (soli) numeri debitori, per tutti i quattro trimestri che compongono l'anno assunto a base dell'indagine, con un “*buco*” nel terzo trimestre.

9.1. *Prima ipotesi: conteggi effettuati in presenza di estratti conto e di riassunti scalari*

Nel caso in cui si disponga degli estratti conto e dei riassunti scalari, è possibile apprezzare appieno l'effetto delle rimesse solutorie ai fini della prescrizione. Il risultato si ottiene agevolmente, attraverso l'utilizzo di un foglio di *Excel*, isolando rimesse ripristinatorie, rimesse solutorie e rimesse “*ibride*” (Ipotesi 1) come evidenziato nel prospetto analitico di cui si riporta un estratto riferito al primo trimestre dell'anno assunto a riferimento:

DATA VALUTA	GIORNI	AVERE	DARE	SALDO PER VALUTA	RIMESE RIPRISTINA-TORIE	RIMESE SOLUTORIE	COMPETENZE	SALDO PROGRESSIVO COMPETENZE/RIMESE SOLUTORIE	AFFIDAMENTO
31/12/2002				11.165,05					25.000
5/1/2003	5	6.483,29	-	4.681,76	6.483,29	-		-	25.000
7/1/2003	2	-	165,00	4.846,76	-	-		-	25.000
8/1/2003	1	5.159,05	-	- 312,29	5.159,05	-		-	25.000
12/1/2003	4	-	12.250,00	11.937,71	-	-		-	25.000
12/1/2003	0	-	2.500,00	14.437,71	-	-		-	25.000
12/1/2003	0	-	6.000,00	20.437,71	-	-		-	25.000
12/1/2003	0	-	3.212,79	23.650,50	-	-		-	25.000
12/1/2003	0	-	2.973,51	26.624,01	-	-		-	25.000
12/1/2003	0	-	2.336,92	28.960,93	-	-		-	25.000
13/1/2003	1	-	30,91	28.991,84	-	-		-	25.000
14/1/2003	1	-	16.820,00	45.811,84	-	-		-	25.000
14/1/2003	0	17.391,00	-	28.420,84	-	17.391,00		-	25.000
14/1/2003	0	-	665,20	29.086,04	-	-		-	25.000
14/1/2003	0	-	5,00	29.091,04	-	-		-	25.000
15/1/2003	1	-	84,50	29.175,54	-	-		-	25.000
15/1/2003	0	-	298,00	29.473,54	-	-		-	25.000
15/1/2003	0	-	953,00	30.426,54	-	-		-	25.000
16/1/2003	1	-	7.374,73	37.801,27	-	-		-	25.000
16/1/2003	0	-	4.340,30	42.141,57	-	-		-	25.000
16/1/2003	0	-	120,00	42.261,57	-	-		-	25.000
19/1/2003	3	-	775,00	43.036,57	-	-		-	25.000
19/1/2003	0	-	853,00	43.889,57	-	-		-	25.000
21/1/2003	2	2.369,99	-	41.519,58	-	2.369,99		-	25.000
22/1/2003	1	9.640,00	-	31.879,58	-	9.640,00		-	25.000

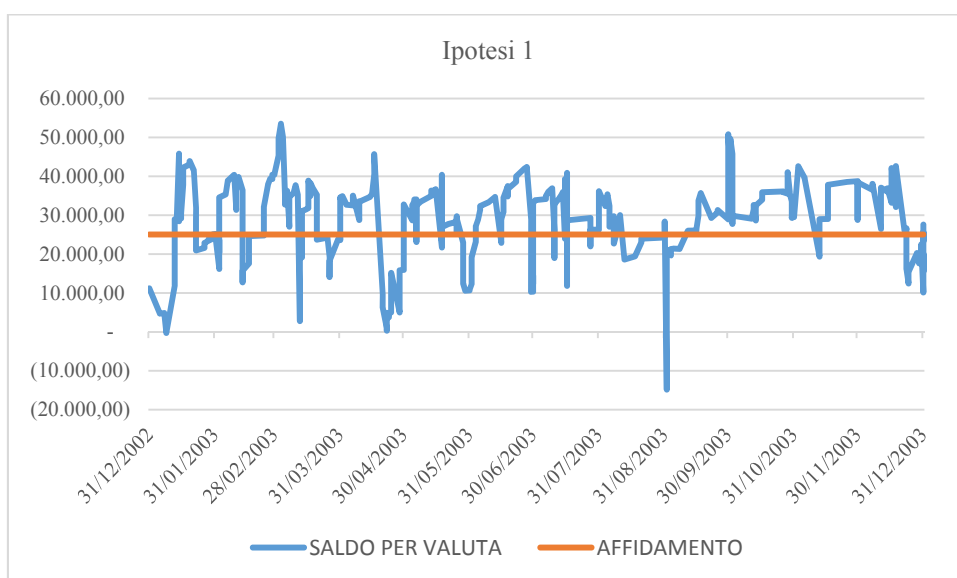
22/1/2003	0	3.245,00	-	28.634,58	-	3.245,00		-	25.000
22/1/2003	0	7.690,00	-	20.944,58	4.055,42	3.634,58		-	25.000
26/1/2003	4	-	640,76	21.585,34	-	-		-	25.000
26/1/2003	0	-	1.297,00	22.882,34	-	-		-	25.000
28/1/2003	2	-	578,00	23.460,34	-	-		-	25.000
28/1/2003	0	-	1,80	23.462,14	-	-		-	25.000
28/1/2003	0	-	400,00	23.862,14	-	-		-	25.000
28/1/2003	0	-	1,80	23.863,94	-	-		-	25.000
29/1/2003	1	180,00	-	23.683,94	180,00	-		-	25.000
30/1/2003	1	-	1.027,04	24.710,98	-	-		-	25.000
30/1/2003	0	-	384,50	25.095,48	-	-		-	25.000
31/1/2003	1	-	62,00	25.157,48	-	-		-	25.000
2/2/2003	2	9.000,00	-	16.157,48	8.842,52	157,48		-	25.000
2/2/2003	0	-	7.500,00	23.657,48	-	-		-	25.000
2/2/2003	0	3.357,84	-	20.299,64	3.357,84	-		-	25.000
2/2/2003	0	-	4.046,24	24.345,88	-	-		-	25.000
2/2/2003	0	-	2.566,87	26.912,75	-	-		-	25.000
2/2/2003	0	-	4.304,57	31.217,32	-	-		-	25.000
2/2/2003	0	-	3.357,84	34.575,16	-	-		-	25.000
5/2/2003	3	-	775,00	35.350,16	-	-		-	25.000
6/2/2003	1	-	3.500,00	38.850,16	-	-		-	25.000
9/2/2003	3	-	1.500,00	40.350,16	-	-		-	25.000
10/2/2003	1	9.000,00	-	31.350,16	-	9.000,00		-	25.000
10/2/2003	0	-	7.500,00	38.850,16	-	-		-	25.000
11/2/2003	1	-	974,00	39.824,16	-	-		-	25.000
13/2/2003	2	3.495,00	-	36.329,16	-	3.495,00		-	25.000
13/2/2003	0	960,00	-	35.369,16	-	960,00		-	25.000
13/2/2003	0	15.000,00	-	20.369,16	4.630,84	10.369,16		-	25.000
13/2/2003	0	2.425,00	-	17.944,16	2.425,00	-		-	25.000
13/2/2003	0	5.230,00	-	12.714,16	5.230,00	-		-	25.000
13/2/2003	0	-	3.000,00	15.714,16	-	-		-	25.000
16/2/2003	3	-	1.897,85	17.612,01	-	-		-	25.000

16/2/2003	0	-	6.991,82	24.603,83	-	-	-	25.000
23/2/2003	7	-	169,57	24.773,40	-	-	-	25.000
23/2/2003	0	-	475,86	25.249,26	-	-	-	25.000
23/2/2003	0	-	3.016,67	28.265,93	-	-	-	25.000
23/2/2003	0	-	4.000,00	32.265,93	-	-	-	25.000
25/2/2003	2	-	5.729,10	37.995,03	-	-	-	25.000
26/2/2003	1	-	1.382,00	39.377,03	-	-	-	25.000
27/2/2003	1	86,40	-	39.290,63	-	86,40	-	25.000
27/2/2003	0	-	384,50	39.675,13	-	-	-	25.000
27/2/2003	0	-	733,60	40.408,73	-	-	-	25.000
28/2/2003	1	-	56,00	40.464,73	-	-	-	25.000
28/2/2003	0	-	205,20	40.669,93	-	-	-	25.000
2/3/2003	2	-	4.734,83	45.404,76	-	-	-	25.000
2/3/2003	0	-	2.954,13	48.358,89	-	-	-	25.000
2/3/2003	0	-	1.581,32	49.940,21	-	-	-	25.000
3/3/2003	1	-	3.555,00	53.495,21	-	-	-	25.000
4/3/2003	1	3.411,63	-	50.083,58	-	3.411,63	-	25.000
5/3/2003	1	15.000,00	-	35.083,58	-	15.000,00	-	25.000
5/3/2003	0	2.360,90	-	32.722,68	-	2.360,90	-	25.000
5/3/2003	0	-	1.967,00	34.689,68	-	-	-	25.000
5/3/2003	0	-	96,12	34.785,80	-	-	-	25.000
6/3/2003	1	-	429,00	35.214,80	-	-	-	25.000
6/3/2003	0	-	1.042,00	36.256,80	-	-	-	25.000
6/3/2003	0	-	4,00	36.260,80	-	-	-	25.000
7/3/2003	1	9.228,00	-	27.032,80	-	9.228,00	-	25.000
7/3/2003	0	-	7.690,00	34.722,80	-	-	-	25.000
9/3/2003	2	-	964,00	35.686,80	-	-	-	25.000
10/3/2003	1	-	2.000,00	37.686,80	-	-	-	25.000
11/3/2003	1	2.512,44	-	35.174,36	-	2.512,44	-	25.000
12/3/2003	1	32.438,27	-	2.736,09	22.263,91	10.174,36	-	25.000
12/3/2003	0	-	27.031,00	29.767,09	-	-	-	25.000
12/3/2003	0	-	1.356,00	31.123,09	-	-	-	25.000

13/3/2003	1	12.000,00	-	19.123,09	5.876,91	6.123,09		-	25.000
13/3/2003	0	-	10.000,00	29.123,09	-	-		-	25.000
13/3/2003	0	-	1.900,00	31.023,09	-	-		-	25.000
15/3/2003	2	-	500,00	31.523,09	-	-		-	25.000
16/3/2003	1	-	309,87	31.832,96	-	-		-	25.000
16/3/2003	0	-	3.722,74	35.555,70	-	-		-	25.000
16/3/2003	0	-	251,00	35.806,70	-	-		-	25.000
16/3/2003	0	-	69,50	35.876,20	-	-		-	25.000
16/3/2003	0	-	1.083,55	36.959,75	-	-		-	25.000
16/3/2003	0	-	1.907,00	38.866,75	-	-		-	25.000
17/3/2003	1	3.894,00	-	34.972,75	-	3.894,00		-	25.000
17/3/2003	0	-	3.245,00	38.217,75	-	-		-	25.000
18/3/2003	1	1.181,90	-	37.035,85	-	1.181,90		-	25.000
20/3/2003	2	1.864,00	-	35.171,85	-	1.864,00		-	25.000
20/3/2003	0	11.460,00	-	23.711,85	1.288,15	10.171,85		-	25.000
25/3/2003	5	-	521,29	24.233,14	-	-		-	25.000
26/3/2003	1	5.000,00	-	19.233,14	5.000,00	-		-	25.000
26/3/2003	0	5.168,54	-	14.064,60	5.168,54	-		-	25.000
26/3/2003	0	-	4.180,00	18.244,60	-	-		-	25.000
30/3/2003	4	-	5.523,71	23.768,31	-	-		-	25.000
31/3/2003	1	-	384,50	24.152,81	-	-		-	25.000
31/3/2003	0	571,90	-	23.580,91	571,90	-		-	25.000
31/3/2003	0	-	2.349,94	25.930,85	-	-		-	25.000
31/3/2003	0	-	62,00	25.992,85	-	-		-	25.000
31/3/2003	0	-	18,45	26.011,30	-	-		-	25.000
31/3/2003	0	-	1.735,89	27.747,19	-	-		-	25.000
31/3/2003	0	-	6.810,47	34.557,66	-	-		-	25.000
31/3/2003	0	257,70	-	34.299,96	-	257,70		-	25.000
31/3/2003	0			34.299,96			2.033,18	2.033,18	25.000

Il risultato ottenuto su base annuale si può apprezzare visivamente attraverso l'utilizzo di un grafico, in cui il saldo (per valuta) del conto descrive una curva che tiene conto di tutti i movimenti, in cui i tratti decrescenti della curva

corrispondono ad altrettante rimesse, ripristinatorie o solutorie a seconda che la curva medesima si trovi al di sotto o al di sopra dell'affidamento.



Nel caso *de quo*, è evidente che vi sono significative rimesse solutorie, che – ove si collochino in epoca antecedente al decennio dal primo atto interruttivo – dispiegano effetti in termini di prescrizione degli oneri applicati indebitamente. In tale ipotesi, le rimesse solutorie sono tali da assorbire integralmente gli oneri addebitati illegittimamente.

9.2. Seconda ipotesi: conteggi effettuati in presenza di estratti scalari recanti l'indicazione dei saldi per valuta

Nel caso in cui siano presenti soltanto i riassunti scalari, ma questi ultimi contengano i saldi per valuta, è possibile apprezzare l'effetto delle eventuali rimesse solutorie con un grado di approssimazione accettabile, giacché subisce esclusivamente la compensazione infragiornaliera fra addebiti e rimesse (Ipotesi 2).

Il risultato si ottiene agevolmente, attraverso l'utilizzo di un foglio di *Excel*, isolando rimesse ripristinatorie, rimesse solutorie e rimesse "ibride" (Ipotesi 2) come evidenziato nel prospetto analitico di cui si riporta un estratto riferito ad un solo trimestre:

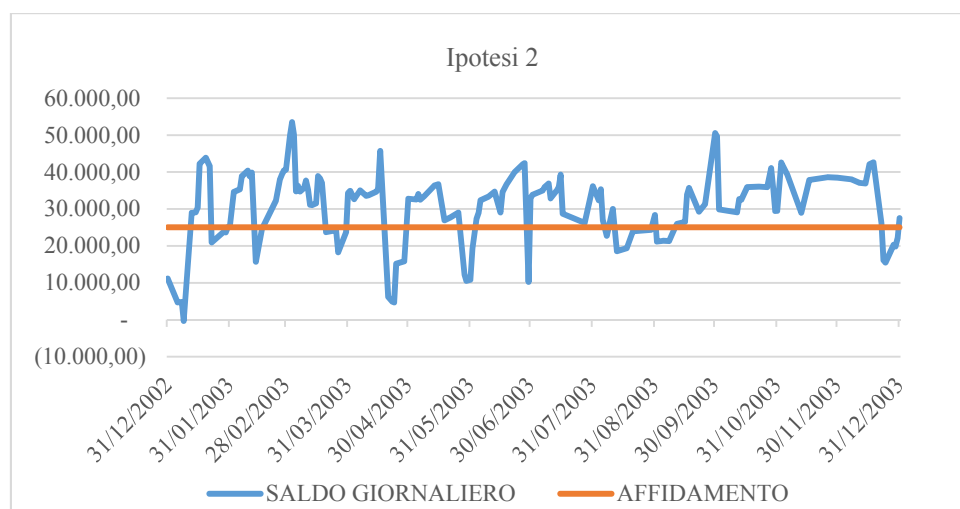
DATA VALUTA	GIORNI	AVERE	DARE	SALDO PER VALUTA	SALDO GIORNALIERO	RIMESE RIPRISTINATORIE	RIMESE SOLUTORIE	COMPETENZE	SALDO PROGRESSIVO COMPETENZE/RIMESE SOLUTORIE	AFFIDAMENTO
31/12/2002				11.165,05	11.165,05					25.000,00
5/1/2003	5	6.483,29	-	4.681,76	4.681,76	6.483,29	-		-	25.000,00
7/1/2003	2	-	165,00	4.846,76	4.846,76	-	-		-	25.000,00
8/1/2003	1	5.159,05	-	-312,29	-312,29	5.159,05	-		-	25.000,00
12/1/2003	4	-	12.250,00	11.937,71	28.960,93	-	-		-	25.000,00
12/1/2003	0	-	2.500,00	14.437,71	28.960,93	-	-		-	25.000,00
12/1/2003	0	-	6.000,00	20.437,71	28.960,93	-	-		-	25.000,00
12/1/2003	0	-	3.212,79	23.650,50	28.960,93	-	-		-	25.000,00
12/1/2003	0	-	2.973,51	26.624,01	28.960,93	-	-		-	25.000,00
12/1/2003	0	-	2.336,92	28.960,93	28.960,93	-	-		-	25.000,00
13/1/2003	1	-	30,91	28.991,84	28.991,84	-	-		-	25.000,00
14/1/2003	1	-	16.820,00	45.811,84	29.091,04	-	-		-	25.000,00
14/1/2003	0	17.391,00	-	28.420,84	29.091,04	-	-		-	25.000,00
14/1/2003	0	-	665,20	29.086,04	29.091,04	-	-		-	25.000,00
14/1/2003	0	-	5,00	29.091,04	29.091,04	-	-		-	25.000,00
15/1/2003	1	-	84,50	29.175,54	30.426,54	-	-		-	25.000,00
15/1/2003	0	-	298,00	29.473,54	30.426,54	-	-		-	25.000,00
15/1/2003	0	-	953,00	30.426,54	30.426,54	-	-		-	25.000,00
16/1/2003	1	-	7.374,73	37.801,27	42.261,57	-	-		-	25.000,00
16/1/2003	0	-	4.340,30	42.141,57	42.261,57	-	-		-	25.000,00
16/1/2003	0	-	120,00	42.261,57	42.261,57	-	-		-	25.000,00
19/1/2003	3	-	775,00	43.036,57	43.889,57	-	-		-	25.000,00
19/1/2003	0	-	853,00	43.889,57	43.889,57	-	-		-	25.000,00
21/1/2003	2	2.369,99	-	41.519,58	41.519,58	-	2.369,99		-	25.000,00
22/1/2003	1	9.640,00	-	31.879,58	20.944,58	4.055,42	16.519,58		-	25.000,00
22/1/2003	0	3.245,00	-	28.634,58	20.944,58	-	-		-	25.000,00
22/1/2003	0	7.690,00	-	20.944,58	20.944,58	-	-		-	25.000,00
26/1/2003	4	-	640,76	21.585,34	22.882,34	-	-		-	25.000,00
26/1/2003	0	-	1.297,00	22.882,34	22.882,34	-	-		-	25.000,00
28/1/2003	2	-	578,00	23.460,34	23.863,94	-	-		-	25.000,00

28/1/2003	0	-	1,80	23.462,14	23.863,94	-	-	-	25.000,00
28/1/2003	0	-	400,00	23.862,14	23.863,94	-	-	-	25.000,00
28/1/2003	0	-	1,80	23.863,94	23.863,94	-	-	-	25.000,00
29/1/2003	1	180,00	-	23.683,94	23.683,94	180,00	-	-	25.000,00
30/1/2003	1	-	1.027,04	24.710,98	25.095,48	-	-	-	25.000,00
30/1/2003	0	-	384,50	25.095,48	25.095,48	-	-	-	25.000,00
31/1/2003	1	-	62,00	25.157,48	25.157,48	-	-	-	25.000,00
2/2/2003	2	9.000,00	-	16.157,48	34.575,16	-	-	-	25.000,00
2/2/2003	0	-	7.500,00	23.657,48	34.575,16	-	-	-	25.000,00
2/2/2003	0	3.357,84	-	20.299,64	34.575,16	-	-	-	25.000,00
2/2/2003	0	-	4.046,24	24.345,88	34.575,16	-	-	-	25.000,00
2/2/2003	0	-	2.566,87	26.912,75	34.575,16	-	-	-	25.000,00
2/2/2003	0	-	4.304,57	31.217,32	34.575,16	-	-	-	25.000,00
2/2/2003	0	-	3.357,84	34.575,16	34.575,16	-	-	-	25.000,00
5/2/2003	3	-	775,00	35.350,16	35.350,16	-	-	-	25.000,00
6/2/2003	1	-	3.500,00	38.850,16	38.850,16	-	-	-	25.000,00
9/2/2003	3	-	1.500,00	40.350,16	40.350,16	-	-	-	25.000,00
10/2/2003	1	9.000,00	-	31.350,16	38.850,16	-	1.500,00	-	25.000,00
10/2/2003	0	-	7.500,00	38.850,16	38.850,16	-	-	-	25.000,00
11/2/2003	1	-	974,00	39.824,16	39.824,16	-	-	-	25.000,00
13/2/2003	2	3.495,00	-	36.329,16	15.714,16	9.285,84	14.824,16	-	25.000,00
13/2/2003	0	960,00	-	35.369,16	15.714,16	-	-	-	25.000,00
13/2/2003	0	15.000,00	-	20.369,16	15.714,16	-	-	-	25.000,00
13/2/2003	0	2.425,00	-	17.944,16	15.714,16	-	-	-	25.000,00
13/2/2003	0	5.230,00	-	12.714,16	15.714,16	-	-	-	25.000,00
13/2/2003	0	-	3.000,00	15.714,16	15.714,16	-	-	-	25.000,00
16/2/2003	3	-	1.897,85	17.612,01	24.603,83	-	-	-	25.000,00
16/2/2003	0	-	6.991,82	24.603,83	24.603,83	-	-	-	25.000,00
23/2/2003	7	-	169,57	24.773,40	32.265,93	-	-	-	25.000,00
23/2/2003	0	-	475,86	25.249,26	32.265,93	-	-	-	25.000,00
23/2/2003	0	-	3.016,67	28.265,93	32.265,93	-	-	-	25.000,00
23/2/2003	0	-	4.000,00	32.265,93	32.265,93	-	-	-	25.000,00
25/2/2003	2	-	5.729,10	37.995,03	37.995,03	-	-	-	25.000,00
26/2/2003	1	-	1.382,00	39.377,03	39.377,03	-	-	-	25.000,00
27/2/2003	1	86,40	-	39.290,63	40.408,73	-	-	-	25.000,00
27/2/2003	0	-	384,50	39.675,13	40.408,73	-	-	-	25.000,00
27/2/2003	0	-	733,60	40.408,73	40.408,73	-	-	-	25.000,00

28/2/2003	1	-	56,00	40.464,73	40.669,93	-	-	-	25.000,00
28/2/2003	0	-	205,20	40.669,93	40.669,93	-	-	-	25.000,00
2/3/2003	2	-	4.734,83	45.404,76	49.940,21	-	-	-	25.000,00
2/3/2003	0	-	2.954,13	48.358,89	49.940,21	-	-	-	25.000,00
2/3/2003	0	-	1.581,32	49.940,21	49.940,21	-	-	-	25.000,00
3/3/2003	1	-	3.555,00	53.495,21	53.495,21	-	-	-	25.000,00
4/3/2003	1	3.411,63	-	50.083,58	50.083,58	-	3.411,63	-	25.000,00
5/3/2003	1	15.000,00	-	35.083,58	34.785,80	-	15.297,78	-	25.000,00
5/3/2003	0	2.360,90	-	32.722,68	34.785,80	-	-	-	25.000,00
5/3/2003	0	-	1.967,00	34.689,68	34.785,80	-	-	-	25.000,00
5/3/2003	0	-	96,12	34.785,80	34.785,80	-	-	-	25.000,00
6/3/2003	1	-	429,00	35.214,80	36.260,80	-	-	-	25.000,00
6/3/2003	0	-	1.042,00	36.256,80	36.260,80	-	-	-	25.000,00
6/3/2003	0	-	4,00	36.260,80	36.260,80	-	-	-	25.000,00
7/3/2003	1	9.228,00	-	27.032,80	34.722,80	-	1.538,00	-	25.000,00
7/3/2003	0	-	7.690,00	34.722,80	34.722,80	-	-	-	25.000,00
9/3/2003	2	-	964,00	35.686,80	35.686,80	-	-	-	25.000,00
10/3/2003	1	-	2.000,00	37.686,80	37.686,80	-	-	-	25.000,00
11/3/2003	1	2.512,44	-	35.174,36	35.174,36	-	2.512,44	-	25.000,00
12/3/2003	1	32.438,27	-	2.736,09	31.123,09	-	4.051,27	-	25.000,00
12/3/2003	0	-	27.031,00	29.767,09	31.123,09	-	-	-	25.000,00
12/3/2003	0	-	1.356,00	31.123,09	31.123,09	-	-	-	25.000,00
13/3/2003	1	12.000,00	-	19.123,09	31.023,09	-	100,00	-	25.000,00
13/3/2003	0	-	10.000,00	29.123,09	31.023,09	-	-	-	25.000,00
13/3/2003	0	-	1.900,00	31.023,09	31.023,09	-	-	-	25.000,00
15/3/2003	2	-	500,00	31.523,09	31.523,09	-	-	-	25.000,00
16/3/2003	1	-	309,87	31.832,96	38.866,75	-	-	-	25.000,00
16/3/2003	0	-	3.722,74	35.555,70	38.866,75	-	-	-	25.000,00
16/3/2003	0	-	251,00	35.806,70	38.866,75	-	-	-	25.000,00
16/3/2003	0	-	69,50	35.876,20	38.866,75	-	-	-	25.000,00
16/3/2003	0	-	1.083,55	36.959,75	38.866,75	-	-	-	25.000,00
16/3/2003	0	-	1.907,00	38.866,75	38.866,75	-	-	-	25.000,00
17/3/2003	1	3.894,00	-	34.972,75	38.217,75	-	649,00	-	25.000,00
17/3/2003	0	-	3.245,00	38.217,75	38.217,75	-	-	-	25.000,00
18/3/2003	1	1.181,90	-	37.035,85	37.035,85	-	1.181,90	-	25.000,00
20/3/2003	2	1.864,00	-	35.171,85	23.711,85	1.288,15	12.035,85	-	25.000,00
20/3/2003	0	-	-	23.711,85	23.711,85	-	-	-	25.000,00

		11.460,00								
25/3/2003	5	-	521,29	24.233,14	24.233,14	-	-		-	25.000,00
26/3/2003	1	5.000,00	-	19.233,14	18.244,60	5.988,54	-		-	25.000,00
26/3/2003	0	5.168,54	-	14.064,60	18.244,60	-	-		-	25.000,00
26/3/2003	0	-	4.180,00	18.244,60	18.244,60	-	-		-	25.000,00
30/3/2003	4	-	5.523,71	23.768,31	23.768,31	-	-		-	25.000,00
31/3/2003	1	-	384,50	24.152,81	34.299,96	-	-		-	25.000,00
31/3/2003	0	571,90	-	23.580,91	34.299,96	-	-		-	25.000,00
31/3/2003	0	-	2.349,94	25.930,85	34.299,96	-	-		-	25.000,00
31/3/2003	0	-	62,00	25.992,85	34.299,96	-	-		-	25.000,00
31/3/2003	0	-	18,45	26.011,30	34.299,96	-	-		-	25.000,00
31/3/2003	0	-	1.735,89	27.747,19	34.299,96	-	-		-	25.000,00
31/3/2003	0	-	6.810,47	34.557,66	34.299,96	-	-		-	25.000,00
31/3/2003	0	257,70	-	34.299,96	34.299,96	-	-		-	25.000,00
31/3/2003	0			34.299,96	34.299,96	-	-	1.735,89	1.735,89	25.000,00

Il risultato su base annuale si può apprezzare visivamente attraverso l'utilizzo di un grafico, in cui il saldo (per valuta) del conto descrive una curva che tiene conto non di tutti i movimenti, ma soltanto di quelli determinatisi fra un giorno e l'altro, con la conseguenza che i tratti decrescenti della curva corrispondono ad altrettante sommatorie (di segno positivo e negativo) di rimesse (e di addebiti), ripristinatorie o solutorie a seconda che la curva medesima si trovi al di sotto o al di sopra dell'affidamento.



Come è agevole constatare, la curva ha un andamento più “*grossolano*”, per effetto del raggruppamento giornaliero dei movimenti di conto corrente.

In ogni caso, vi sono significative sommatorie (di segno positivo e negativo) di rimesse (e di addebiti), ripristinatorie o solutorie, che – ove si collochino in epoca antecedente al decennio dal primo atto interruttivo – dispiegano effetti in termini di prescrizione degli oneri applicati indebitamente.

Anche in tale ipotesi, le rimesse solutorie sono tali da assorbire integralmente gli oneri addebitati illegittimamente.

9.3. Terza ipotesi: conteggi effettuati in presenza di estratti scalari recanti esclusivamente l'indicazione dei numeri debitori

Nel caso in cui siano presenti i riassunti scalari che rechino soltanto l'indicazione dei numeri debitori medi – accorpati secondo il periodo di variazione dei tassi a debito – è possibile avere esclusivamente contezza del saldo medio nel periodo di invarianza dei tassi, rapportando ai numeri debitori il numero di giorni per i quali lo stesso tasso è applicato (Ipotesi 3).

Il risultato si ottiene agevolmente, attraverso l'utilizzo di un foglio di *Excel*, isolando rimesse ripristinatorie, rimesse solutorie e rimesse “*ibride*” (Ipotesi 3) come evidenziato nel prospetto analitico di cui si riporta un estratto riferito al primo trimestre del periodo assunto a riferimento:

DATA VALUTA	GIORNI	AVERE	DARE	SALDO PER VALUTA	SALDO MENSILE	RIMESE RIPRI-STINATORIE	RIMESE SOLUTORIE	COMPETENZE	SALDO PROGRES-SIVO COMPETENZE/RIMESE SOLUTORIE	AFFIDAMENTO
31/12/2002				11.165,05	11.165,05					25.000,00
5/1/2003	5	6.483,29	-	4.681,76	21.714,98	-	-		-	25.000,00
7/1/2003	2	-	165,00	4.846,76	21.714,98	-	-		-	25.000,00
8/1/2003	1	5.159,05	-	- 312,29	21.714,98	-	-		-	25.000,00
12/1/2003	4	-	12.250,00	11.937,71	21.714,98	-	-		-	25.000,00
12/1/2003	0	-	2.500,00	14.437,71	21.714,98	-	-		-	25.000,00
12/1/2003	0	-	6.000,00	20.437,71	21.714,98	-	-		-	25.000,00
12/1/2003	0	-	3.212,79	23.650,50	21.714,98	-	-		-	25.000,00
12/1/2003	0	-	2.973,51	26.624,01	21.714,98	-	-		-	25.000,00
12/1/2003	0	-	2.336,92	28.960,93	21.714,98	-	-		-	25.000,00
13/1/2003	1	-	30,91	28.991,84	21.714,98	-	-		-	25.000,00
14/1/2003	1	-	16.820,00	45.811,84	21.714,98	-	-		-	25.000,00
14/1/2003	0	17.391,00	-	28.420,84	21.714,98	-	-		-	25.000,00
14/1/2003	0	-	665,20	29.086,04	21.714,98	-	-		-	25.000,00
14/1/2003	0	-	5,00	29.091,04	21.714,98	-	-		-	25.000,00
15/1/2003	1	-	84,50	29.175,54	21.714,98	-	-		-	25.000,00
15/1/2003	0	-	298,00	29.473,54	21.714,98	-	-		-	25.000,00
15/1/2003	0	-	953,00	30.426,54	21.714,98	-	-		-	25.000,00
16/1/2003	1	-	7.374,73	37.801,27	21.714,98	-	-		-	25.000,00
16/1/2003	0	-	4.340,30	42.141,57	21.714,98	-	-		-	25.000,00
16/1/2003	0	-	120,00	42.261,57	21.714,98	-	-		-	25.000,00
19/1/2003	3	-	775,00	43.036,57	21.714,98	-	-		-	25.000,00
19/1/2003	0	-	853,00	43.889,57	21.714,98	-	-		-	25.000,00
21/1/2003	2	2.369,99	-	41.519,58	21.714,98	-	-		-	25.000,00
22/1/2003	1	9.640,00	-	31.879,58	21.714,98	-	-		-	25.000,00
22/1/2003	0	3.245,00	-	28.634,58	21.714,98	-	-		-	25.000,00
22/1/2003	0	7.690,00	-	20.944,58	21.714,98	-	-		-	25.000,00
26/1/2003	4	-	640,76	21.585,34	21.714,98	-	-		-	25.000,00
26/1/2003	0	-	1.297,00	22.882,34	21.714,98	-	-		-	25.000,00
28/1/2003	2	-	578,00	23.460,34	21.714,98	-	-		-	25.000,00
28/1/2003	0	-	1,80	23.462,14	21.714,98	-	-		-	25.000,00

28/1/2003	0	-	400,00	23.862,14	21.714,98	-	-	-	25.000,00
28/1/2003	0	-	1,80	23.863,94	21.714,98	-	-	-	25.000,00
29/1/2003	1	180,00	-	23.683,94	21.714,98	-	-	-	25.000,00
30/1/2003	1	-	1.027,04	24.710,98	21.714,98	-	-	-	25.000,00
30/1/2003	0	-	384,50	25.095,48	21.714,98	-	-	-	25.000,00
31/1/2003	1	-	62,00	25.157,48	21.714,98	-	-	-	25.000,00
2/2/2003	2	9.000,00	-	16.157,48	30.838,25	-	-	-	25.000,00
2/2/2003	0	-	7.500,00	23.657,48	30.838,25	-	-	-	25.000,00
2/2/2003	0	3.357,84	-	20.299,64	30.838,25	-	-	-	25.000,00
2/2/2003	0	-	4.046,24	24.345,88	30.838,25	-	-	-	25.000,00
2/2/2003	0	-	2.566,87	26.912,75	30.838,25	-	-	-	25.000,00
2/2/2003	0	-	4.304,57	31.217,32	30.838,25	-	-	-	25.000,00
2/2/2003	0	-	3.357,84	34.575,16	30.838,25	-	-	-	25.000,00
5/2/2003	3	-	775,00	35.350,16	30.838,25	-	-	-	25.000,00
6/2/2003	1	-	3.500,00	38.850,16	30.838,25	-	-	-	25.000,00
9/2/2003	3	-	1.500,00	40.350,16	30.838,25	-	-	-	25.000,00
10/2/2003	1	9.000,00	-	31.350,16	30.838,25	-	-	-	25.000,00
10/2/2003	0	-	7.500,00	38.850,16	30.838,25	-	-	-	25.000,00
11/2/2003	1	-	974,00	39.824,16	30.838,25	-	-	-	25.000,00
13/2/2003	2	3.495,00	-	36.329,16	30.838,25	-	-	-	25.000,00
13/2/2003	0	960,00	-	35.369,16	30.838,25	-	-	-	25.000,00
13/2/2003	0	15.000,00	-	20.369,16	30.838,25	-	-	-	25.000,00
13/2/2003	0	2.425,00	-	17.944,16	30.838,25	-	-	-	25.000,00
13/2/2003	0	5.230,00	-	12.714,16	30.838,25	-	-	-	25.000,00
13/2/2003	0	-	3.000,00	15.714,16	30.838,25	-	-	-	25.000,00
16/2/2003	3	-	1.897,85	17.612,01	30.838,25	-	-	-	25.000,00
16/2/2003	0	-	6.991,82	24.603,83	30.838,25	-	-	-	25.000,00
23/2/2003	7	-	169,57	24.773,40	30.838,25	-	-	-	25.000,00
23/2/2003	0	-	475,86	25.249,26	30.838,25	-	-	-	25.000,00
23/2/2003	0	-	3.016,67	28.265,93	30.838,25	-	-	-	25.000,00
23/2/2003	0	-	4.000,00	32.265,93	30.838,25	-	-	-	25.000,00
25/2/2003	2	-	5.729,10	37.995,03	30.838,25	-	-	-	25.000,00
26/2/2003	1	-	1.382,00	39.377,03	30.838,25	-	-	-	25.000,00
27/2/2003	1	86,40	-	39.290,63	30.838,25	-	-	-	25.000,00
27/2/2003	0	-	384,50	39.675,13	30.838,25	-	-	-	25.000,00
27/2/2003	0	-	733,60	40.408,73	30.838,25	-	-	-	25.000,00
28/2/2003	1	-	56,00	40.464,73	30.838,25	-	-	-	25.000,00
28/2/2003	0	-	205,20	40.669,93	30.838,25	-	-	-	25.000,00

2/3/2003	2	-	4.734,83	45.404,76	30.795,80	-	42,45	-	25.000,00
2/3/2003	0	-	2.954,13	48.358,89	30.795,80	-	-	-	25.000,00
2/3/2003	0	-	1.581,32	49.940,21	30.795,80	-	-	-	25.000,00
3/3/2003	1	-	3.555,00	53.495,21	30.795,80	-	-	-	25.000,00
4/3/2003	1	3.411,63	-	50.083,58	30.795,80	-	-	-	25.000,00
5/3/2003	1	15.000,00	-	35.083,58	30.795,80	-	-	-	25.000,00
5/3/2003	0	2.360,90	-	32.722,68	30.795,80	-	-	-	25.000,00
5/3/2003	0	-	1.967,00	34.689,68	30.795,80	-	-	-	25.000,00
5/3/2003	0	-	96,12	34.785,80	30.795,80	-	-	-	25.000,00
6/3/2003	1	-	429,00	35.214,80	30.795,80	-	-	-	25.000,00
6/3/2003	0	-	1.042,00	36.256,80	30.795,80	-	-	-	25.000,00
6/3/2003	0	-	4,00	36.260,80	30.795,80	-	-	-	25.000,00
7/3/2003	1	9.228,00	-	27.032,80	30.795,80	-	-	-	25.000,00
7/3/2003	0	-	7.690,00	34.722,80	30.795,80	-	-	-	25.000,00
9/3/2003	2	-	964,00	35.686,80	30.795,80	-	-	-	25.000,00
10/3/2003	1	-	2.000,00	37.686,80	30.795,80	-	-	-	25.000,00
11/3/2003	1	2.512,44	-	35.174,36	30.795,80	-	-	-	25.000,00
12/3/2003	1	32.438,27	-	2.736,09	30.795,80	-	-	-	25.000,00
12/3/2003	0	-	27.031,00	29.767,09	30.795,80	-	-	-	25.000,00
12/3/2003	0	-	1.356,00	31.123,09	30.795,80	-	-	-	25.000,00
13/3/2003	1	12.000,00	-	19.123,09	30.795,80	-	-	-	25.000,00
13/3/2003	0	-	10.000,00	29.123,09	30.795,80	-	-	-	25.000,00
13/3/2003	0	-	1.900,00	31.023,09	30.795,80	-	-	-	25.000,00
15/3/2003	2	-	500,00	31.523,09	30.795,80	-	-	-	25.000,00
16/3/2003	1	-	309,87	31.832,96	30.795,80	-	-	-	25.000,00
16/3/2003	0	-	3.722,74	35.555,70	30.795,80	-	-	-	25.000,00
16/3/2003	0	-	251,00	35.806,70	30.795,80	-	-	-	25.000,00
16/3/2003	0	-	69,50	35.876,20	30.795,80	-	-	-	25.000,00
16/3/2003	0	-	1.083,55	36.959,75	30.795,80	-	-	-	25.000,00
16/3/2003	0	-	1.907,00	38.866,75	30.795,80	-	-	-	25.000,00
17/3/2003	1	3.894,00	-	34.972,75	30.795,80	-	-	-	25.000,00
17/3/2003	0	-	3.245,00	38.217,75	30.795,80	-	-	-	25.000,00
18/3/2003	1	1.181,90	-	37.035,85	30.795,80	-	-	-	25.000,00
20/3/2003	2	1.864,00	-	35.171,85	30.795,80	-	-	-	25.000,00
20/3/2003	0	11.460,00	-	23.711,85	30.795,80	-	-	-	25.000,00
25/3/2003	5	-	521,29	24.233,14	30.795,80	-	-	-	25.000,00
26/3/2003	1	5.000,00	-	19.233,14	30.795,80	-	-	-	25.000,00
26/3/2003	0	5.168,54	-	14.064,60	30.795,80	-	-	-	25.000,00

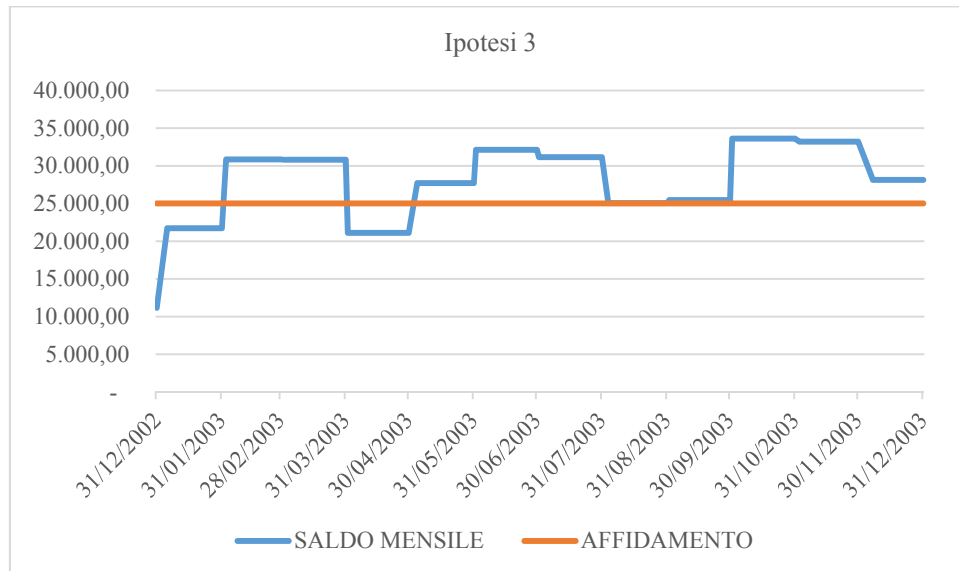
26/3/2003	0	-	4.180,00	18.244,60	30.795,80	-	-	-	-	25.000,00
30/3/2003	4	-	5.523,71	23.768,31	30.795,80	-	-	-	-	25.000,00
31/3/2003	1	-	384,50	24.152,81	30.795,80	-	-	-	-	25.000,00
31/3/2003	0	571,90	-	23.580,91	30.795,80	-	-	-	-	25.000,00
31/3/2003	0	-	2.349,94	25.930,85	30.795,80	-	-	-	-	25.000,00
31/3/2003	0	-	62,00	25.992,85	30.795,80	-	-	-	-	25.000,00
31/3/2003	0	-	18,45	26.011,30	30.795,80	-	-	-	-	25.000,00
31/3/2003	0	-	1.735,89	27.747,19	30.795,80	-	-	-	-	25.000,00
31/3/2003	0	-	6.810,47	34.557,66	30.795,80	-	-	-	-	25.000,00
31/3/2003	0	257,70	-	34.299,96	30.795,80	-	-	-	-	25.000,00
31/3/2003	0			34.299,96	30.795,80	-	-	1.735,89	1.735,89	25.000,00

In tale ipotesi, il grado di approssimazione è tanto maggiore quanto minore è la frequenza della variazione dei tassi: in presenza di una variazione giornaliera dei tassi d'interesse, si ottiene un risultato coincidente con quello descritto nell'ipotesi precedente.

Nel caso concreto, si è ipotizzata una variazione mensile dei tassi di interesse, il che determina una “*compensazione*” dei movimenti di conto corrente all'interno del medesimo periodo.

È del tutto evidente che l'utilizzo del saldo medio non porta in evidenza il reale andamento del conto corrente e potrebbe – almeno in linea teorica – “*sterilizzare*” parte dell'effetto di rimesse solutorie nell'ipotesi in cui il conto medesimo abbia – nei fatti – descritto una curva oscillante al di sotto e al di sopra dell'affidamento.

Il risultato si può apprezzare visivamente attraverso l'utilizzo di un grafico, in cui il saldo del conto descrive una curva (*rectius*, spezzata) che tiene conto non di tutti i movimenti, ma soltanto di quelli determinatisi nei periodi di variabilità dei tassi, con la conseguenza che linee orizzontali corrispondono ad altrettante sommatorie (di segno positivo e negativo) di rimesse (e di addebiti), ripristinatorie o solutorie, a seconda che la spezzata medesima si trovi al di sotto o al di sopra dell'affidamento.



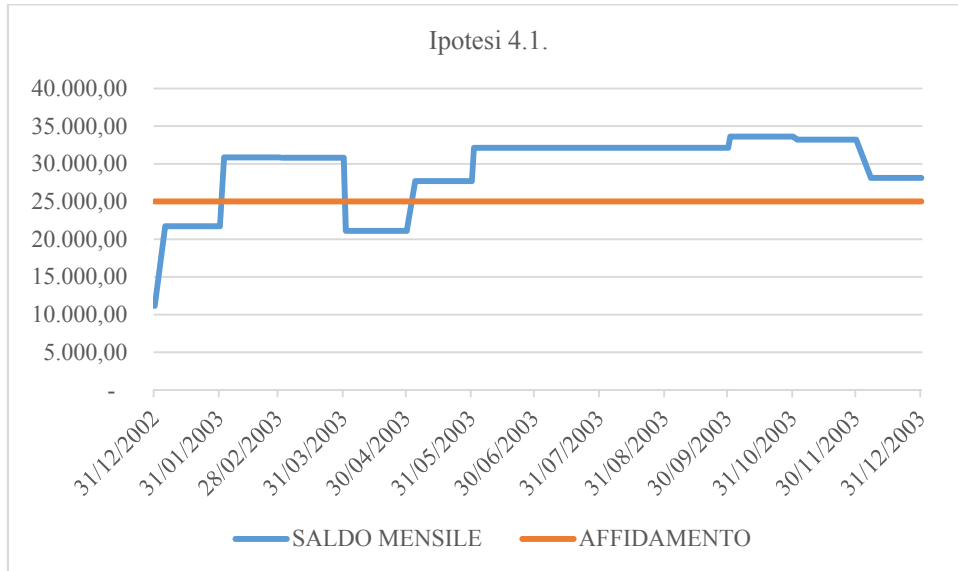
Nel caso preso in esame, è evidente che vi sono poche sommatorie (di segno positivo e negativo) di rimesse (e di addebiti), ripristinatorie o solutorie, che – ove si collochino in epoca antecedente al decennio dal primo atto interruttivo – dispiegano effetti in termini di prescrizione degli oneri applicati indebitamente. Come è agevole constatare, la curva ha un andamento “*appiattito*”, per effetto del raggruppamento mensile dei movimenti di conto corrente.

Anche in tale ipotesi, le rimesse solutorie sono tali da assorbire integralmente gli oneri addebitati illegittimamente.

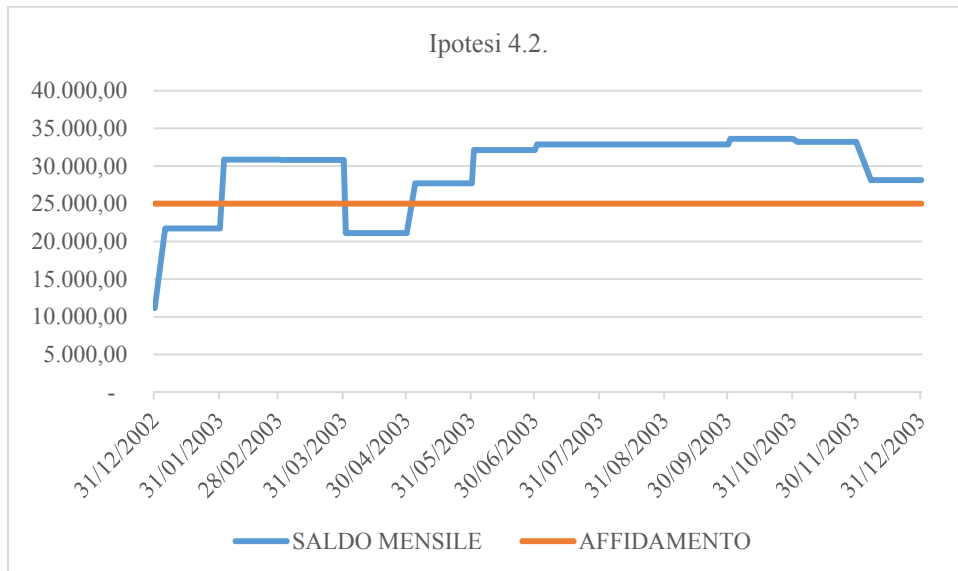
9.4. Quarta ipotesi: conteggi effettuati in presenza di un estratto scalare mancante

Nel caso in cui vi siano soltanto riassunti scalari parziali, il potenziale effetto di “*sterilizzazione*” delle rimesse solutorie è ancora maggiore: integrale (per il trimestre in cui manca il conto scalare), ove si aderisca alla tesi secondo la quale – in presenza di “*buchi*” – occorre assumere a riferimento il saldo finale del periodo precedente; parziale nell’ipotesi opposta.

In particolare, nel primo caso il saldo medio del trimestre mancante si colloca esattamente in linea con il saldo del trimestre precedente.



Procedendo invece con l'interpolazione, il saldo medio del trimestre mancante si colloca in una via intermedia tra il saldo del trimestre precedente e quello del trimestre successivo.



Nel caso preso in esame, è evidente che vi sono poche sommatorie (di segno positivo e negativo) di rimesse (e di addebiti), ripristinatorie o solutorie, che – ove si collochino in epoca antecedente al decennio dal primo atto interruttivo – dispiegano effetti in termini di prescrizione degli oneri applicati indebitamente. Come è agevole constatare, la curva ha un andamento ulteriormente “*appiattito*”, per effetto del raggruppamento dei movimenti di conto corrente.

Anche in tale ipotesi, le rimesse solutorie sono tali da assorbire integralmente gli oneri addebitati illegittimamente.

10. Considerazioni conclusive in merito alla possibilità di verificare l'intervenuta prescrizione

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, si possono trarre le seguenti conclusioni:

1. Presenza di estratti conto e di riassunti scalari: si perviene a un risultato preciso e rappresentativo dell'intera dinamica del rapporto di conto corrente ed è possibile apprezzare appieno l'effetto solutorio o ripristinatorio delle rimesse.

2. Presenza di riassunti scalari recanti l'indicazione dei saldi per valuta: si perviene a un risultato approssimato, ma sufficientemente rappresentativo dell'intera dinamica del rapporto di conto corrente, ed è apprezzabile in misura soddisfacente l'effetto solutorio o ripristinatorio delle rimesse.

3. Presenza di riassunti scalari recanti l'indicazione dei (soli) numeri debitori: si perviene ad un risultato approssimato, in misura via via maggiore in funzione dell'invarianza dei tassi di interesse, non consentendo di apprezzare in misura soddisfacente l'effetto solutorio o ripristinatorio delle rimesse soltanto nell'ipotesi di (totale o modesta) invarianza infratrimestrale dei tassi di interesse.

4. Presenza parziale di riassunti scalari recanti l'indicazione dei (soli) numeri debitori: si perviene ad un risultato ancora più approssimato, non consentendo di apprezzare in misura soddisfacente l'effetto solutorio o ripristinatorio delle rimesse, anche in tale caso soltanto nell'ipotesi di (totale o modesta) invarianza infratrimestrale dei tassi di interesse.

In definitiva, anche alla luce della normale varianza dei tassi di interesse che si presenta nei casi concreti, è possibile affermare che l'effetto solutorio delle rimesse ai fini della prescrizione può essere apprezzato in misura soddisfacente, fatta salva l'ipotesi in cui i “*buchi*” assumano una numerosità tale da rendere l'indagine inattendibile.

11. Usura

Occorre brevemente premettere che l'art. 644 c.p., come sostituito dall'art. 1 della legge 7 marzo 1996, n. 108, nel reprimere il reato di usura, prescrive, al comma 4, che «Per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito»¹².

L'art. 2 della legge n. 108/1996 attribuisce al Ministero del Tesoro (ora Ministero dell'Economia e delle Finanze) il compito di rilevare trimestralmente, sentiti la Banca d'Italia e l'ormai soppresso Ufficio Italiano Cambi, il tasso effettivo globale medio degli interessi applicati dalle banche e dagli intermediari, stabilendo che i valori medi così rilevati siano pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale. I tassi medi – aumentati della metà – costituiscono, ai sensi dell'ultimo comma del citato art. 2, il limite oltre il quale i tassi applicati si considerano sempre usurari, ai sensi del comma 3 dell'art. 644 c.p.¹³.

Il delineato quadro normativo impone, quindi, di verificare l'eventuale superamento del limite usurario mediante raffronto tra il tasso effettivamente applicato e le soglie stabilite con periodicità trimestrale dal Ministero del Tesoro.

In tale contesto, la Banca d'Italia, che si occupa della raccolta dalle banche e dagli altri intermediari dei dati necessari alla predetta rilevazione, ha diramato le proprie «*Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura*», oggetto di successivi aggiornamenti.

Affinché non si verifichi l'ipotesi di usura, il costo del denaro deve essere contenuto entro il limite del tasso soglia, che il legislatore identifica nel T.E.G.M. (Tasso Effettivo Globale Medio), rilevato trimestralmente dal Ministero del Tesoro e pubblicato in Gazzetta Ufficiale, opportunamente migliorato.

La Banca d'Italia, nelle citate istruzioni, ha individuato nel T.E.G. (Tasso

¹² Cfr. E. ISAIA, *Conto Corrente*, Giappichelli, Torino, 2012, 46 ss.: «Facendo un passo indietro, il termine usura deriva dal latino *usus* che significa uso o godimento e rappresenta l'utile riconosciuto al creditore per l'utilizzo del denaro. Con il passare del tempo ha perso la sua originaria definizione neutra, per assumere una connotazione negativa e riferirsi ad un compenso eccessivo, imposto con una sorta di approfittamento. Nel nostro ordinamento giuridico, l'usura è disciplinata dall'art. 1815 c.c., e dall'art. 644 c.p. e dalla legge n. 108/1996 (che gli ha in parte modificati), ma in nessun caso viene fornita una definizione del termine usura».

¹³ Cfr. E. ISAIA, *Conto Corrente*, Giappichelli, Torino, 2012, 45 ss.

Per ulteriori approfondimenti, si veda P. PIETRO, *Usura e banche: un rapporto controverso. La questione della commissione di massimo scoperto*, in *Questione e Giustizia*, 2011.

Effettivo Globale) la grandezza da porre a raffronto con i tassi soglia ed ha indicato il seguente algoritmo di calcolo¹⁴:

$$\text{T.E.G.} = \frac{\text{interessi} \times 36.500}{\text{numeri debitori}} + \frac{\text{oneri su base annua} \times 100}{\text{accordato}}$$

il sottoscritto ha assunto i seguenti elementi:

<i>Interessi addebitati</i>	Sono gli interessi passivi addebitati dalla Banca, risultanti dai riassunti scalari.
<i>Numeri debitori</i>	Sono i numeri debitori risultanti dai riassunti scalari.
<i>Spese</i>	Si tratta delle spese che risultano imputabili, in base alla loro denominazione, all'erogazione di credito.
<i>Accordato</i>	Si tratta del c.d. "accordato (affidamento) operativo", desumibile dal contratto di conto corrente e da accordi successivi al termine del periodo di riferimento; in caso di mancato accordo, utilizzo effettivo del trimestre di riferimento.

Sulla scorta di tale premessa e tenuto conto degli elementi propri della formula di calcolo del T.E.G., si può ritenere sufficiente la presenza dei riassunti scalari al fine di verificare l'eventuale ipotesi di usura: essi, infatti, riportano tutte le informazioni utili per la verifica.

Anche nel caso in cui siano presenti soltanto gli estratti conto è possibile effettuare tale verifica, calcolando i numeri debitori trimestrali attraverso la moltiplicazione del saldo progressivo per il numero di giorni in cui tale saldo rimane invariato.

In ogni caso, la verifica dell'eventuale superamento del tasso soglia non è possibile per i trimestri per i quali manchino sia gli estratti conto sia i riassunti scalari.

¹⁴ Cfr. BANCA D'ITALIA, *Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura*, agosto 2009, 12.