

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

**CORSO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO IN MAGISTRATURA
ORDINARIA 2024-2025
GIAPPICHELLI EDITORE**

**Responsabile scientifico
Vincenzo Lopilato**

**LEZIONE del 10 maggio 2025
di Vincenzo Lopilato**

Diritto civile

AREA TEMATICA

**RESPONSABILITÀ CIVILE NEL CODICE CIVILE (pt. 2).
I MODELLI SPECIALI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE PREVISTI DAL
CODICE CIVILE – RESPONSABILITÀ DEL MEDICO - RESPONSABILITÀ
E CONTRATTO - RESPONSABILITÀ CIVILE E PARTE DEBOLE.**

estratto

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Argomento 12

TRACCIA

Responsabilità civile e interferenze nei rapporti contrattuali

A. Schema per punti

1. Rapporti tra contratto e responsabilità civile: inquadramento generale e classi di fattispecie **2.** Prima classe di fattispecie: tutela aquiliana del credito. **3.** Seconda classe di fattispecie: ipotesi di interferenze (cooperazione o induzione all'inadempimento). **3.1.** Contratto a danno dei terzi. **3.2.** Doppia alienazione immobiliare. **3.2.1.** La responsabilità. **3.3.** Storno dei dipendenti. **3.4.** Concessione abusiva del credito. **4.** Terza classe di fattispecie: responsabilità civile e dovere di informazione. **4.1.** Lettere di *patronage*. **4.2.** Responsabilità precontrattuale e interferenza del terzo nelle trattative.

Nota. *Si rinvia alla lezione per lo sviluppo della traccia.*

*Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.
Giappichelli Formazione*

A.1. Rinvio al Manuale

Nota. *Si riporta di seguito un estratto della Terza edizione del Manuale di diritto amministrativo, V. Lopilato, Giappichelli Editore, Capitolo 17, nota 40 del par. 10, pag. 1271.*

Nota di approfondimento di diritto civile.

L'orientamento costante della giurisprudenza ammette la cd. tutela esterna del credito.

Nell'impostazione tradizionale, la nozione di "danno ingiusto" veniva identificata con quella di danno ad un "diritto soggettivo assoluto". Tale impostazione si fondava su una interpretazione restrittiva della espressione "danno ingiusto", riferita ai soli diritti soggettivi assoluti. Si riteneva, inoltre, che il codice civile avesse previsto una norma specifica di disciplina delle fattispecie in esame. L'art. 1259 cod. civ. prevede, infatti, che «*se la prestazione che ha per oggetto una cosa determinata è divenuta impossibile, in tutto o in parte, il creditore subentra nei diritti spettanti al debitore in dipendenza del fatto che ha causato l'impossibilità, e può esigere dal debitore la prestazione di quanto questi abbia conseguito a titolo di risarcimento*».

La successiva evoluzione ha allargato la nozione a qualunque situazione giuridica meritevole di protezione, con conseguente atipicità dell'illecito aquiliano.

L'atipicità dell'illecito aquiliano e la nozione ampia di "ingiustizia del danno" non pongono problemi di delimitazione dell'ambito applicativo. Nondimeno, la particolarità della situazione giuridica che è tutelata, normalmente, in modo "interno" al rapporto obbligatorio, ha posto problemi di configurabilità anche successivamente all'allargamento delle maglie del risarcimento del danno.

La prima importante sentenza della Corte di Cassazione che ha ammesso la "tutela esterna" del diritto di credito è la sentenza delle Sezioni unite 26 gennaio 1971, n. 174 sul caso Meroni, il giocatore del Torino, che era stato investito da un'auto nel 1967 ed ucciso.

Il giocatore aveva stipulato un contratto di lavoro, che è un contratto di scambio, con la società del Torino, con la conseguenza che il primo aveva un obbligo di prestazione professionale (e il diritto di ricevere la retribuzione) e la società un diritto di credito (e l'obbligo di corrispondere la retribuzione). La questione che si era posta è se il diritto di credito della società potesse essere tutelato anche in caso di violazione di esso da parte di un terzo, che, nella specie, era l'autore dell'illecito nei confronti del debitore.

Nella sentenza si afferma che occorre distinguere un "momento dinamico o lato interno del rapporto" e un "momento statico o lato esterno del rapporto": «*il primo si caratterizza per il potere di esigere dal debitore la prestazione, il secondo per l'appartenenza dell'interesse del creditore alla sua sfera giuridica patrimoniale, sicché mentre da un lato si impone l'esigenza di protezione nei riguardi del soggetto obbligato in funzione della realizzazione dell'interesse, dall'altro la stessa esigenza si pone anche nei confronti dei terzi, in vista della garanzia di detto interesse come bene del patrimonio del creditore*» (la citazione testuale è presa da Cass. civ., sez. un., 12 novembre 1988, n. 6132 che riprende, adattandola, la formulazione originaria del 1971).

La Cassazione ha ritenuto che l'uccisione del debitore, privando il creditore della possibilità di ottenere la prestazione, legittimi quest'ultimo ad ottenere il risarcimento del danno. Si è specificato che la prestazione di fare deve avere carattere strettamente personale e insostituibile.

La seconda importante sentenza della Cassazione è la citata sentenza delle Sezioni unite n. 6132 del 1988, che ha chiarito meglio quale sia l'ambito applicativo della tutela aquiliana del credito. La fattispecie ha riguardato non la morte del debitore ma la sua inabilità temporanea al lavoro per fatto illecito del terzo, che aveva determinato l'obbligo, imposto dalla legge, per il datore di lavoro di continuare a corrispondere la retribuzione, con conseguente danno. Si è affermato che non rappresenta elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità la insostituibilità del lavoratore, in quanto

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

l'affermazione della sentenza del 1971 si giustificava in quanto se la prestazione non fosse stata insostituibile non ci sarebbe stato danno effettivo ai sensi dell'art. 1227 cod. civ., in quanto il creditore avrebbe avuto l'onere di evitare il danno mediante una condotta, conforme a buona fede, finalizzata a rimpiazzare la prestazione non più possibile.

In questi casi, la tutela esterna del credito viene attivata in quanto il creditore viene privato, in modo definitivo, in caso di morte, e in modo temporaneo, in caso di lesione, della prestazione del lavoratore. Diverso è il caso in cui il terzo non impedisce, con il fatto illecito, al debitore di eseguire la prestazione ma "coopera" o "induce" il debitore all'inadempimento (è quella la cd. cooperazione all'inadempimento o induzione all'inadempimento). È quanto accade, ad esempio, nel caso della cd. doppia alienazione immobiliare [par. 5, nota 20; par. 16, nota 136].

B. Giurisprudenza

1. Doppia alienazione immobiliare, natura delle responsabilità e azione revocatoria: **Cass. civ., sez. II, 7 ottobre 2016, n. 20251.**

Omissis.

Diritto

Omississ..

2 Con il secondo motivo il ricorrente lamenta ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione degli artt. 2043, 2644, 2652 e 1227 c.c., nonché dell'artt. 2697 c.c., per avere la Corte d'Appello disatteso l'onere della prova.

Rileva in particolare che contrariamente a quanto affermato nella sentenza impugnata – non vi è stata, da parte sua, nessuna violazione del principio di buona fede avendo egli agito con la massima trasparenza, come dimostrato dall'invito, rivolto al D., con nota (OMISSIS), a rilasciare l'immobile con possibilità di prelevare le somme precedentemente versate alla A.. Rileva di avere perfezionato un atto pubblico di compravendita provvedendo alla relativa trascrizione come era suo diritto.

Ritiene fuori luogo il richiamo, fatto dalla Corte d'Appello, ai principi in materia di doppia alienazione nonché nel caso in esame tra la A. e D. non vi era stato nessun trasferimento immobiliare, ma solo la stipula di un preliminare, con tipici effetti obbligatori. Osserva che il D. aveva l'onere di trascrivere la domanda ex art. 2932 c.c., dal quale invece si è invece ingiustificatamente discostato. Nega quindi l'esistenza di un fatto illecito, richiamando gli effetti dell'art. 2644 c.c., in tema di inopponibilità.

Contesta che siano derivati danni al D. il quale, non solo si è visto mettere a disposizione la somma a suo tempo anticipata, ma ha continuato ad occupare l'immobile senza versare alcunchè.

Invoca infine il principio di cui all'art. 1227 c.c., comma 2, osservando che il danno lamentato dal D. poteva essere evitato con l'ordinaria diligenza, mediante la trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c., avente proprio l'effetto di rendere opponibile ai terzi l'accoglimento della stessa.

Il motivo è infondato.

*Secondo un generale principio costantemente affermato dalla giurisprudenza di questa Corte – e che oggi va ribadito la vendita a terzi con atto trascritto di un bene immobile che abbia già formato oggetto, da parte del venditore, di una precedente alienazione si risolve nella **violazione di un obbligo contrattualmente assunto nei confronti del precedente acquirente, determinando la responsabilità contrattuale dell'alienante con connessa presunzione di colpa ex art. 1218 c.c.**; per converso la responsabilità del successivo acquirente, rimasto estraneo al primo rapporto contrattuale, può configurarsi soltanto sul **piano extracontrattuale ove trovi fondamento in una dolosa preordinazione** volta a frodare il precedente acquirente o almeno nella consapevolezza*

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

dell'esistenza di una precedente vendita e nella previsione della sua mancata trascrizione e quindi nella **compartecipazione all'inadempimento dell'alienante** in virtù dell'apporto dato nel privare di effetti il primo acquisto, al cui titolare incombe di conseguenza la relativa prova a norma dell'art. 2697 cod. civ. (v. Sez. 2, Sentenza n. 8403 del 18/08/1990 Rv. 468915; Sez. 2, Sentenza n. 76 del 08/01/1982 Rv. 417767; Sez. 2, Sentenza n. 4090 del 15/06/1988 Rv. 459190).

Il principio, affermato in caso di doppia alienazione immobiliare, vale logicamente anche nel caso, come quello di specie, di preliminare di vendita a seguito del quale, il promittente-venditore abbia alienato il bene oggetto del preliminare ad un diverso soggetto ed il promissario acquirente non abbia in precedenza trascritto la domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto.

Nel caso in esame, è assolutamente pacifico – oltre che documentato – che il D.S. fosse ben consapevole dell'esistenza di un contratto preliminare di vendita concluso tra la società A. e il D. (lo stesso ricorrente a pag. 16 richiama la nota del (OMISSIS) contenente l'invito a rilasciare l'immobile e a ritirare le somme versate “al momento della stipula del preliminare”) e, addirittura, dell'intero incarto relativo al giudizio promosso dal D. ex art. 2932 c.c., già nel 1993, come riportato nell'atto di compravendita del (OMISSIS) (trascritto, ai sensi dell'art. 366 c.p.c. n. 6, dai controricorrenti nella parte che interessa con l'indicazione della sede in cui il documento trovasi depositato: v. pag. 11 controricorso).

Può dunque dirsi fornita dal D. (ora dai suoi eredi) la prova della consapevolezza da parte del D.S. dell'esistenza di un precedente preliminare, della conoscenza, da parte sua, della mancata trascrizione della domanda giudiziale da parte del D. e, in definitiva la prova della compartecipazione del D.S. all'inadempimento dell'alienante A. in virtù dell'apporto dato nel privare di effetti la domanda ex art. 2932 c.c., proposta dal promissario acquirente.

La questione di diritto relativa all'applicabilità dell'esimente prevista dell'art. 1227 c.c., comma 2 (con riferimento alla scarsa diligenza mostrata dal D. nell'omettere di assolvere all'onere di trascrizione della domanda giudiziale ex art. 2932 c.c.) non risulta sottoposta al giudice di merito, non risultando dal ricorso nessuna informazione in tal senso e dunque il mancato esame di una tale eccezione da parte della Corte territoriale non è oggi censurabile: in tema di concorso del fatto colposo del creditore, previsto dall'art. 1227 c.c., comma 2, al giudice del merito è consentito svolgere l'indagine in ordine all'omesso uso dell'ordinaria diligenza da parte del creditore solo se sul punto vi sia stata espressa istanza del debitore, la cui richiesta integra gli estremi di una eccezione in senso proprio, dato che il dedotto comportamento che la legge esige dal creditore costituisce autonomo dovere giuridico, espressione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede. Il debitore deve inoltre fornire la prova che il creditore avrebbe potuto evitare i danni, di cui chiede il risarcimento, usando l'ordinaria diligenza (v. tra le tante, Sez. 3, Sentenza n. 15750 del 27/07/2015 Rv. 636176; Sez. 3, Sentenza n. 14853 del 27/06/2007 Rv. 597845; Sez. 1, Sentenza n. 20324 del 15/10/2004 Rv. 577722).

3 Con il terzo motivo il ricorrente deduce ai sensi dell'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, violazione dell'art. 2901 c.c. e omessa, contraddittoria e comunque insufficiente motivazione su un fatto decisivo della controversia, con particolare riferimento al consilium fraudis e al pregiudizio, nonché per violazione dei principi operanti in materia di onere della prova ex art. 2697 c.c., operanti in materia di azione revocatoria.

Rimprovera alla Corte d'Appello di avere ritenuto **sussistenti gli estremi dell'azione revocatoria**, del tutto assenti nel caso di specie, mancando la doppia alienazione immobiliare, e la coscienza e volontà di ledere le ragioni del D. (come documentato dall'invito scritto a rilasciare l'immobile e ritirare le somme depositate presso il notaio).

Osserva di essere intervenuto nella dinamica negoziale quanto ormai il rapporto D.S. A. era a ormai risolto; richiama nuovamente la rilevante compensatio lucri cum damno già evidenziata nel Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

precedente motivo e rileva la mancanza totale di motivazione sul consilium fraudis e sul danno ingiusto che avrebbe subito il D..

Tale motivo, a differenza dei precedenti, è fondato.

In tema di azione revocatoria, la consapevolezza dell'evento dannoso da parte del terzo contraente – prevista quale condizione dell'azione dall'art. 2901 c.c., comma 1, n. 2 – consiste nella generica conoscenza del pregiudizio che l'atto posto in essere dal debitore può arrecare alle ragioni dei creditori, non essendo necessaria la collusione tra terzo e debitore. Tuttavia, nel caso di contratto preliminare di compravendita a seguito del quale il promittente-venditore abbia alienato il bene oggetto del preliminare ad un diverso soggetto, la prova che l'acquirente dell'immobile fosse a conoscenza del precedente contratto preliminare non è sufficiente, essendo necessaria la prova della sua partecipazione alla dolosa preordinazione dell'alienante, consistente nella specifica intenzione di pregiudicare la garanzia del futuro credito (v. tra le varie, Sez. 6 – I, Ordinanza n. 25614 del 03/12/2014 Rv. 633812; Sez. 3, Sentenza n. 6962 del 22/03/2007 Rv. 596285).

Ai fini dell'accoglimento della domanda revocatoria è infatti necessario che sia il debitore che il terzo acquirente del bene abbiano la consapevolezza del pregiudizio recato al creditore dalla vendita del bene.

La Corte abruzzese si è discostata dai suddetti principi di diritto affermati dalla giurisprudenza di legittimità, avendo ravvisato – con riferimento alla posizione del D.S. – il consilium fraudis unicamente nell'acquisto ad un prezzo “di assoluto favore proprio in considerazione dei diritti vantati e già malamente esercitati dal D.” (v. pag. 10 sentenza impugnata): ma sul'elemento decisivo ai fini dell'accoglimento della domanda, cioè sulla conoscenza – da parte del D.S. dell'intenzione della A. di pregiudicare la garanzia del futuro credito, la sentenza è completamente silente e pertanto si rende necessaria la cassazione per nuovo esame della censura sulla scorta dei principi enunciati. Omissis.

1.1. Segue: Cass. civ., sez. II, 2 febbraio 2000, n. 1131.

Massima:

Nell'ipotesi in cui un immobile venga alienato in tempi successivi a due diversi soggetti dei quali solo il secondo trascrive il proprio acquisto rendendolo così opponibile al primo, quest'ultimo ha diritto al risarcimento del danno e, per conservare la garanzia relativa al proprio credito, può esercitare l'azione revocatoria della seconda alienazione; tuttavia, poiché la seconda alienazione è anteriore al credito da tutelare (che nasce solo con la trascrizione), ai fini dell'accoglimento della revocatoria non è sufficiente la mera consapevolezza della precedente vendita da parte del secondo acquirente, ma è necessaria la prova **della partecipazione di quest'ultimo alla dolosa preordinazione dell'alienante, consistente nella specifica intenzione di pregiudicare la garanzia del futuro credito.**

1.2. La presa di posizione del Consiglio di stato (sentenza di cui sono stato relatore): Cons. Stato, sez. IV, 4 aprile 2023, n. 3489

Omissis.

La vicenda amministrativa in esame interseca una vicenda privatistica di cd. doppia alienazione immobiliare, in quanto risulta che gli originari proprietari hanno venduto lo stesso bene sia all'amministrazione pubblica sia agli odierni appellanti. Il conflitto tra gli aventi causa si risolve con applicazione della regola della prevalenza di colui che per primo ha trascritto l'atto di acquisto ai sensi dell'art. 2644 cod. civ., anche se è stato il “secondo acquirente”. La regola del consenso traslativo di cui all'art. 1376 cod. civ., che imporrebbe di ritenere perfezionato il contratto ad effetti reali con il semplice consenso, deve essere, infatti, integrata con la regola che

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

impone, ai fini dell'opponibilità a terzi dell'acquisito, la trascrizione del contratto presso la conservatoria dei registri immobiliari.

Il primo acquirente non trascrivente può azionare, sussistendone i presupposti, i rimedi di responsabilità nei confronti del venditore e del "secondo acquirente primo trascrivente". In particolare, le forme di tutela sono costituite: i) dall'azione di responsabilità contrattuale, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., nei confronti dell'alienante per violazione del principio di buona fede nella fase di esecuzione del contratto di cui all'art. 1375 cod. civ., che impone di non disporre dello stesso bene a favore di un secondo acquirente; ii) dall'azione di responsabilità civile, ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., nei confronti del terzo per induzione dolosa all'inadempimento del venditore con violazione delle posizioni soggettive sorte dal primo contratto già stipulato.

Omissis.

2. Storno di dipendenti: Cass. civ., sez. I, 17 febbraio 2020, n. 3865.

Massima:

Per la configurabilità di atti di concorrenza sleale contrari ai principi della **correttezza professionale** commessi per mezzo dello storno di dipendenti e/o collaboratori è necessario che l'attività distrattiva delle risorse di personale dell'imprenditore sia stata posta in essere dal concorrente con modalità tali da non potersi giustificare, in rapporto ai principi di correttezza professionale, se non supponendo nell'autore l'intento di recare pregiudizio all'organizzazione ed alla struttura produttiva del concorrente, disgregando in modo traumatico l'efficienza dell'organizzazione aziendale del competitore e procurandosi un vantaggio competitivo indebito. A tal fine assumono rilievo innanzitutto le modalità del passaggio dei dipendenti e collaboratori dall'una all'altra impresa, che non può che **essere diretto, ancorché eventualmente dissimulato, per potersi configurare un'attività di storno; la quantità e la qualità del personale** stornato; la sua posizione nell'ambito dell'organigramma dell'impresa concorrente; le difficoltà ricollegabili alla sua sostituzione e i metodi adottati per indurre i dipendenti e/o collaboratori a passare all'impresa concorrente.

2.1. Segue: Cass. civ., sez. I, 29 dicembre 2017, n. 31203.

Massima:

Affinché lo storno dei dipendenti di un'impresa concorrente possa costituire atto di concorrenza sleale, sono necessari la consapevolezza nel soggetto agente dell'idoneità dell'atto a danneggiare l'altrui impresa ed altresì l'"animus nocendi", cioè l'intenzione di conseguire tale risultato, da ritenersi sussistente ogni volta che lo storno sia stato posto in essere con modalità tali da non potersi giustificare, in rapporto ai principi di correttezza professionale, se non supponendo nell'autore l'intento di recare pregiudizio all'organizzazione ed alla struttura produttiva del concorrente.

2.2. Segue: Cass. civ., sez. I, 4 gennaio 2017, n. 94.

Massima:

Lo storno dei dipendenti di impresa concorrente costituisce atto di concorrenza sleale allorché sia perseguito il risultato di crearsi un vantaggio competitivo a danno di quest'ultima tramite **una strategia diretta ad acquisire uno staff costituito da soggetti pratici del medesimo sistema di lavoro entro una zona determinata, svuotando l'organizzazione concorrente di sue specifiche possibilità operative mediante sottrazione del modus operandi dei propri dipendenti**, delle conoscenze burocratiche e di mercato da essi acquisite, nonché dell'immagine in sé di operatori di un certo settore. Ne consegue che, al fine di individuare tale animus nocendi, consistente nella descritta volontà di appropriarsi, attraverso un gruppo di dipendenti, del metodo di lavoro e dell'ambito operativo dell'impresa concorrente, nessun rilievo assume l'attività di convincimento svolta dalla parte stornante per indurre alla trasmigrazione il personale di quella.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

2.3. Segue: Cass. civ., sez. I, 31 marzo 2016, n. 6274.

Massima:

In tema di storno di dipendenti, ai fini dell'individuazione dell'animus nocendi, consistente nella volontà di appropriarsi, attraverso un gruppo di dipendenti, del metodo di lavoro e dell'ambito operativo del concorrente, è sufficiente il perseguimento del risultato di ottenere un vantaggio competitivo a danno di quest'ultimo, mediante una strategia volta ad acquisire uno staff costituito da soggetti pratici del medesimo sistema di lavoro e a svuotare l'organizzazione concorrente di specifiche risorse operative mediante la sottrazione del modus operandi dei propri dipendenti e delle conoscenze burocratiche e di mercato da essi acquisite, nonché dell'immagine in sé di operatori di un certo settore.

2.4. Segue: Cass. civ., sez. I, 4 settembre 2013, n. 20228.

Omissis.

Con la sentenza n.ro 722/2004 resa in data 07.10.2004, il Tribunale di Lecco respingeva la domanda proposta da Detas spa volta all'accertamento del compimento da parte di K.A. Schmersal Holding GmbH KG (già Schmersal GmbH E Co.) e di Schmersal Italia s.r.l. di atti di concorrenza sleale ai suoi danni e la connessa domanda di risarcimento del danno, accoglieva la domanda di Detas per la violazione del patto di esclusiva da parte della Schmersal GmbH e condannava quest'ultima al pagamento della somma di Euro 9.389,65, dichiarava, in accoglimento della riconvenzionale proposta dalle convenute, la Detas spa debitrice della somma di Euro 488.406,31 per saldo prezzo forniture e la condannava al relativo pagamento in favore della Schmersal, compensando tra le parti le reciproche poste attive e passive.

Avverso la detta sentenza proponeva appello la Detas spa chiedendone la riforma in accoglimento della propria domanda e con rigetto di quella riconvenzionale avversaria. Si costituivano la Schmersal GmbH e la Schmersal spa che, nel chiedere il rigetto del gravame, riproponevano in via di appello incidentale l'eccezione di tardività della domanda di risarcimento del danno per violazione del patto di esclusiva e censuravano la decisione di avere ritenuto legittimo l'inadempimento del pagamento delle fatture da parte della Detas a fronte dell'antecedente inadempimento della Schmersal GmbH di dar corso agli ordinativi già ricevuti, in tal modo respingendo la domanda degli interessi sulle somme dovute.

La Corte d'appello di Milano, con sentenza n. 248/07, in parziale accoglimento dell'impugnazione principale, accertava il compimento dei lamentati atti di concorrenza sleale e condannava in solido le due società appellate al risarcimento dei conseguenti danni da liquidarsi nel prosieguo del giudizio.

Confermava per il resto l'impugnata sentenza.

Avverso la detta sentenza ricorrono per cassazione K.A. Schmersal Holding GmbH KG (già Schmersal GmbH E Co.) e Schmersal Italia s.r.l sulla base di quattro motivi cui resiste con controricorso la Detas spa.

Diritto

Con il primo articolato motivo di ricorso le ricorrenti censurano la sentenza impugnata, laddove ha ritenuto sussistente il compimento da parte di Schmersal GmbH e Schmersal Italia "di atti di concorrenza sleale ai danni di Detas s.p.a. ex art. 2598 c.c., n. 3, mediante lo storno illegittimo di una nutrita serie di dipendenti la conseguente disgregazione della struttura aziendale e l'impossessamento delle liste della clientela". In particolare lamentano che il giudice di secondo grado avrebbe errato nell'applicazione di tali principi al caso sottoposto al suo esame, fondando la propria statuizione su circostanze errate, ovvero non provate e senza tener conto di circostanze oggettive (debitamente allegare e provate da Schmersal) che - se correttamente valutate - avrebbero portato ad una decisione di segno opposto.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Con il secondo motivo assumono che erroneamente il giudice di seconde cure ha ritenuto infondata l'eccezione di tardività della domanda di risarcimento danni.

Con il terzo motivo lamentano l'omessa pronuncia sulla domanda subordinata di riduzione del danno liquidato dal giudice di prime cure in ordine alla pretesa violazione del patto di esclusiva. Con il quarto motivo si dolgono del rigetto della loro impugnazione incidentale con cui avevano censurato la sentenza di primo grado laddove aveva dichiarato legittima la sospensione dei pagamenti operata dalla Detas per essere fondata su una giusta eccezione di inadempimento.

Omissis.

*Venendo all'esame del primo articolato motivo di ricorso, va premesso che la concorrenza illecita per mancanza di conformità ai principi della correttezza non può mai derivare dalla mera constatazione di un passaggio di collaboratori (cosiddetto storno di dipendenti) da un'impresa ad un'altra concorrente, nè dalla contrattazione che un imprenditore intrattenga con il collaboratore del concorrente, attività in quanto tali legittime essendo espressione dei principi della libera circolazione del lavoro e della libertà di iniziativa economica (Cass. 5671/98, Cass 6712/96). Questa Corte, peraltro, ha ripetutamente affermato che lo storno dei dipendenti deve ritenersi vietato come atto di concorrenza sleale, ai sensi dell'art. 2598 c.c., n. 3, allorchè sia attuato non solo con la consapevolezza nell'agente dell'idoneità dell'atto a danneggiare l'altrui impresa, ma altresì con la precisa intenzione di conseguire tale risultato (**animus nocendi**), la quale va ritenuta sussistente ogni volta che, in base agli accertamenti compiuti dal giudice del merito ed insindacabili in sede di legittimità se adeguatamente motivati, lo storno dei dipendenti sia posto in essere con modalità tali da non potersi giustificare alla luce dei principi di correttezza professionale, se non supponendo nell'autore l'intento di danneggiare l'organizzazione e la struttura produttiva dell'imprenditore concorrente (Cass. 6079/96; Cass 5718/96; Cass 2996/80, Cass 125/74; Cass 3763/68, Cass 1561/67, Cass 6928/83). Ciò si verifica quando lo storno viene realizzato con un atto direttamente ed immediatamente rivolto ad impedire al concorrente di continuare a competere, attesa l'esclusività di quelle nozioni tecniche e delle relative professionalità che le rendono praticabili, così da saltare il costo dell'investimento in ricerca ed in esperienza, da privare il concorrente della sua ricerca e della sua esperienza, e da alterare significativamente la correttezza della competizione (Cass 9386/12; Cass 13424/08).*

A tali principi si è sostanzialmente attenuta la sentenza impugnata che, in estrema sintesi, ha desunto l'intento di danneggiare la resistente da parte Schmersal dal fatto che questa, nel momento in cui aveva in animo di interrompere il lungo rapporto con la Detas, che aveva per anni distribuito i suoi prodotti sul mercato italiano, si era procacciata alcuni dipendenti di quest'ultima, particolarmente esperti nel settore della distribuzione, in modo tale da potere immediatamente utilizzare una valida rete distributiva e da porre al contempo in difficoltà la Detas, ormai concorrente, che si vedeva sguarnita di personale esperto in quel settore. La società ricorrente, del resto, non contesta una violazione dei principi di diritto che regolano la fattispecie da parte della sentenza impugnata, quanto piuttosto incentra le articolate censure contenute nel motivo sul vizio di motivazione, sostenendo, in particolare, che la Corte d'appello: avrebbe trascurato l'esame di prove rilevanti, avrebbe ritenuto provate circostanze che invece non lo erano, non avrebbe preso in esame gli specifici argomenti svolti da essa ricorrente nel giudizio di secondo grado e, infine, in svariate circostanze avrebbe svolto una motivazione insufficiente e contraddittoria.

Omissis.

In secondo luogo le ricorrenti lamentano che la Corte non avrebbe considerato che la Detas aveva rapidamente ricostruito la propria rete distributiva.

Tale circostanza è invero priva di rilevanza in ordine alla sussistenza della concorrenza sleale perchè, anche a ritenere fondata la circostanza dedotta, ciò non escluderebbe che, comunque, per un certo asso di tempo la Detas non è stata in condizione di concorrere validamente sul mercato in Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

ragione dello smembramento dei propri uffici di distribuzione subendo pertanto un pregiudizio concorrenziale.

Omissis.

3. Concessione abusiva del credito. Principio di autoresponsabilità e affidamento: Cass. civ., sez. I, 14 maggio 2018, n. 11695.

Massima:

La concessione di credito da parte di un istituto di credito a una società che sia già insolvente e che quindi ne ritardi il fallimento è qualificabile come abusiva e costituisce una condotta illecita, obbligando, di conseguenza, l'istituto di credito a risarcire il danno, nel caso in cui tale condotta provochi un danno ad un terzo che abbia continuato ad avere rapporti contrattuali con il soggetto decotto, poiché ignorava incolpevolmente la reale situazione economica della società.

Non è configurabile la responsabilità per abusiva concessione del credito nel caso in cui il terzo danneggiato sia una società controllata della società insolvente a cui l'istituto di credito ha concesso il credito e che sia amministrata dai medesimi soggetti della seconda, mancando in questo caso in capo al terzo, infatti, il requisito dell'ignoranza incolpevole dello stato di decote della società.

L'attiva partecipazione degli amministratori alle operazioni della società non costituisce un evento interruttivo del nesso causale tra fatto-abusiva concessione del credito- e danno eventualmente subito dal terzo creditore, essendo necessario per la configurazione di un'effettiva interruzione del nesso causale che la condotta del danneggiato -la società- sia idonea di per sé a causare il danno, circostanza quest'ultima non configurata nel caso di specie, poiché la banca, in piena autonomia, ha continuato a concedere credito al debitore decotto.

Si riporta di seguito la parte motivazionale:

Omissis.

*2.9. Non si manca infatti di notare, di fronte alla condotta della banca che continui a finanziare l'impresa insolvente anziché avviarla al fallimento, che così facendo "la banca offre agli operatori di mercato una sensazione distorta, **ingannandoli** sulle reali situazioni dell'impresa finanziata ed inducendoli a continuare a trattare con essa, come se fosse un'impresa sana, con la conseguenza che il suo fallimento viene artificialmente ritardato con grave pregiudizio per la posizione di tutti i creditori: di **quelli anteriori al fallimento tardivo**, perchè dovranno concorrere con altri creditori e riusciranno a recuperare una somma inferiore a quella che avrebbero riscosso, se il fallimento fosse stato dichiarato tempestivamente; **dei creditori posteriori**, perchè essi a loro volta non avrebbero concesso credito, se il debitore fosse tempestivamente fallito".*

*E tuttavia il fatto che il fenomeno mostri i propri effetti in relazione al mercato ha indotto pure l'osservazione, maturata sul filo della percezione che il mercato ha dimensione puramente relazionale nel senso che le relazioni economiche e commerciali non soltanto si svolgono nel mercato, ma pure lo realizzano, che "nell'esercizio della sua attività sul mercato l'operatore economico è artefice del mercato stesso, e come tale è richiamato al dovere **di autoresponsabilità anche quale misura di giustificazione delle sue pretese risarcitorie**", sicchè sembra difficile dubitare "che l'agire negligente e noncurante delle insidie insite nelle operazioni economiche e nelle relazioni commerciali contravvenga al principio di autoresponsabilità, e impedisca di affermare come meritevole di tutela **l'incauto affidamento riposto sulla bontà dell'operazione**".*

*2.10. E' questo un ordine di idee, peraltro, a cui non è rimasta insensibile la giurisprudenza di questa di Corte in tema di **tutela dell'affidamento incolpevole**, atteso che nel dare il più esteso riconoscimento al principio in parola, in consonanza con i principi solidaristici di cui è espressione l'art. 2 Cost., se n'è sempre condizionata l'opponibilità alla circostanza che l'affidamento sia appunto incolpevole, escludendo, infatti, che possa essere considerato tale quello causato da uno stato di*
Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

ignoranza superabile con l'uso della normale diligenza. Così, scrutinando a caso, se non si vuole accedere al ricco filone della giurisprudenza in tema di apparenza del diritto, che nel principio in questione trova fondamentale presidio, **non si è esclusa in linea di principio la responsabilità degli amministratori ai sensi dell'art. 2395 c.c.** "nel caso di bilancio contenente indicazioni non veritiere, che si assumano avere causato l'affidamento incolpevole del terzo circa la solidità economico-finanziaria della società e la sua decisione di contrattare con essa" (Cass., Sez. 1, 08/09/2015, n. 17794) o ancora nel caso del promotore finanziario non legato da un rapporto contrattuale con la banca, si è ritenuta sussistente "la responsabilità indiretta di quest'ultima qualora la promozione sia svolta con modalità tali da ingenerare negli investitori l'incolpevole affidamento su uno stabile inserimento del promotore nell'attività della banca" (Cass., Sez. 3, 31/07/2017, n. 18928), mentre al contrario si è escluso che sia ravvisabile la responsabilità precontrattuale della P.A. in relazione al diniego dell'approvazione ministeriale del contratto prevista dal R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 19 e L. 20 marzo 1865, n. 2248, art. 337 "qualora la mancata approvazione derivi dalla violazione di norme di carattere generale, di cui può presumersi la conoscenza e la cui ignoranza avrebbe potuto essere superata attraverso l'uso della normale diligenza, non essendo in tal caso configurabile un affidamento incolpevole del privato" (Cass., Sez. 1, 13/05/2009, n. 11135).

1.11. E' dunque un principio immanente nell'assetto impresso dal diritto vivente alla tutela risarcitoria in materia di affidamento che, intanto si possa affermare la responsabilità del soggetto a cui si imputa il fatto illecito fonte di pregiudizio, **se ed in quanto l'affidamento che il danneggiato riponga nella condotta altrui sia immune da colpa**, non potendo l'ordinamento tutelare le ragioni di chi per effetto della propria negligenza abbia abdicato al principio di autoresponsabilità. Ne discende, perciò, volendo dar seguito nel nostro campo pure al "seme", che riguardo a ciò era in nuce già presente nel citato obiter delle SS.UU., ragione per affermare il seguente principio di diritto: "In materia di concessione abusiva del credito, sussiste la responsabilità della banca, che finanzia un'impresa insolvente e ne ritardi perciò il fallimento, nei **confronti dei terzi, che in ragione di ciò abbiano confidato nella sua solvibilità ed abbiano continuato ad intrattenere rapporti contrattuali con essa allorchè sia provato che i terzi non fossero a conoscenza dello stato di insolvenza e che tale mancanza di conoscenza non fosse imputabile a colpa**".

Omissis.

3.1. Concessione abusiva del credito, liquidazione giudiziale e azione del curatore fallimentare: Cass. civ., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7029.

Omissis.

4. Con il secondo motivo di ricorso la Curatela del Fallimento lamenta la violazione degli artt. 2043, 1175, 1375, 2740, 2741 c.c., degli artt. 51 e 52 L. Fall., degli artt. 99 e 100 c.p.c., degli artt. 6 e 31 L. Fall. nonché la motivazione carente sul punto della legittimazione attiva del curatore fallimentare. Sostiene che il comportamento della banca, contrario a correttezza e buona fede, ha leso il diritto della massa alla realizzazione del credito nella esecuzione concorsuale. Sostiene che la banca con l'allegato comportamento non solo ha violato i doveri del proprio stato, ma ha realizzato il proprio interesse con il danno contemporaneo dei creditori della fallita diminuendo la soddisfazione che questi avrebbero potuto realizzare attraverso il riparto. Ciò tanto con riferimento ai creditori anteriori al compimento dell'illecito quanto a quelli successivi. Il motivo quindi rileva che la banca ha operato nonché attraverso la abusiva concessione del credito venisse allargato il passivo, così pregiudicando il patrimonio della fallita e facendo oggettivamente diminuire le quote spettati ai partecipanti al riparto- L'iniziativa del curatore dunque sarebbe diretta a tutelare la intera massa al maggior riparto possibile. L'interesse della fallita alla conservazione del patrimonio e quello dei creditori ad un più ampio riparto sarebbero coincidenti.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

4.a. Osserva il collegio che in via di principio non si può ritenere, come sembra presupporre la ricorrente, che nel sistema fallimentare il curatore sia titolare di un potere di rappresentanza di tutti i creditori, indistinto e generalizzato. Il sistema piuttosto prevede che la funzione del curatore sia diretta a conservare il patrimonio del debitore, garanzia del diritto del creditore, attraverso l'esercizio delle cosiddette azioni di massa, dirette ad ottenere, nell'interesse del creditore, la ricostituzione del patrimonio predetto, come avviene per l'appunto attraverso l'esercizio delle azioni revocatorie e surrogatorie. Tale principio peraltro non è assoluto, come ancora pare ritenere il ricorrente, ma va armonizzato con quello secondo il quale siffatta legittimazione ad agire, sostitutiva dei singoli creditori, non sussiste in presenza di azioni esercitabili individualmente in quanto dirette ad ottenere un vantaggio esclusivo e diretto del creditore nei confronti di soggetti diversi dal fallito, come avviene mediante le azioni di cui agli artt. 2395 e 2449 c.c. (vedi cass. n. 18147 del 2002).

Il quesito sottoposto alla Corte è dunque se la azione di danno da abusiva concessione di credito possa essere ritenuta azione di massa, nel senso precisato, con conseguente legittimazione attiva del curatore fallimentare. La risposta, anche sulla scorta della dominante opinione scientifica, deve essere negativa.

4.b. L'azione di massa è caratterizzata dal carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del suo esito positivo. Essa nell'immediato perviene all'effetto di aumentare la massa attiva, quali che possano essere i limiti quantitativi entro i quali i creditori se ne avvantaggeranno. Essa tende direttamente alla reintegrazione del patrimonio del debitore, inteso come sua garanzia generica e comunque esso sarà suddiviso attraverso il riparto.

Non appartiene a tale novero di azioni ogni pretesa che richiede l'accertamento della sussistenza di un diritto soggettivo in capo ad uno o più creditori. Nè vi appartiene ogni azione che, per quanto diffusa possa essere una specifica pretesa, necessita pur sempre dell'esame di specifici rapporti e del loro svolgimento, non essendo sufficiente ad assicurarne l'eventuale beneficio la mera appartenenza ad un ceto.

4.c. Va dunque anzitutto rilevato che l'azione risarcitoria di cui si tratta nella sua ontologia costituisce strumento di reintegrazione del patrimonio del singolo creditore, analogamente alle azioni che traggono origine da atti degli amministratori della società fallita che danneggiano il terzo, ai sensi dell'art. 2395 c.c..

Il danno che deriva da siffatta attività andrà, comunque, caso per caso valutato nella sua esistenza e nella sua entità, essendo ben ipotizzabile che creditori che pur hanno diritto di partecipare al riparto non hanno titolo per il risarcimento di cui si tratta, non avendo ricevuto danno dalla continuazione della attività di impresa.

4.d. Inoltre la posizione dei singoli creditori nei confronti di siffatta attività di sovvenimento abusivo dell'imprenditore si differenzia a seconda che i crediti siano antecedenti oppure successivi alla stessa. La circostanza temporale infatti può escludere oppure costituire il presupposto del pregiudizio, negando pertanto il carattere indifferenziato che struttura l'azione di massa.

Il creditore antecedente l'abusiva concessione del credito avrà titolo a dolersi per la partecipazione al riparto, pur sempre all'esito delle azioni conservative del patrimonio da ripartire, dei creditori successivi. Questi ultimi, invece, esclusivamente dell'eventuale incapienza e per tale parte soltanto.

4.e. Va ancora osservato, sviluppando un argomento cui si è cennato innanzi ai soli fini processuali rilevanti nell'esame del primo motivo, che la odierna ricorrente partecipò al contratto che dette luogo alla abusiva concessione del credito. Essa dunque da quel contratto non trasse un credito nei confronti della banca, oggi rivendicabile dal curatore. Piuttosto dette luogo, nella stessa costruzione proposta dalla curatela, all'illecito di cui si discute.

Dunque non può ragionarsi in termini di compensazione delle colpe, come pretende la curatela, giacchè l'ipotesi di cui all'art. 1227 c.c., non può applicarsi al caso in cui entrambe le parti del rapporto danno vita, consapevolmente, al medesimo illecito, riguardando la norma codicistica la Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

fattispecie nella quale distinte condotte, diversamente efficienti a produrre l'evento di danno, ma tuttavia l'una avente titolo nella colpa, concorrono a produrre l'evento pregiudizievole.

Nelle vicende in esame si ha che l'abuso del credito affermato si è perfezionato mediante la conclusione di un contratto al quale la s.r.l. partecipò con i suoi organi, a tanto legittimati dai suoi statuti. Potrebbe, al più, ipotizzarsi una responsabilità di costoro per mala gestio, ma questa esclude comunque l'azione risarcitoria di cui si tratta per la ragione che alcun diritto di credito verso il proprio contraente in capo alla società finanziata abusivamente potette nascere, da un fatto illecito prodotto anche da attività infedele dei suoi rappresentanti.

Ragionare diversamente, pare il caso di osservare, vorrebbe dire ammettere che la banca dopo di avere subito l'azione risarcitoria, e dunque avere conferito alla massa l'equivalente del pregiudizio arrecato, possa poi, non essendo venuta meno la sua qualità di creditore del fallito, partecipare al riparto della massa così costruita e riprendere quanto versato. Siffatto duplice eventuale ruolo della banca, creditrice e insieme responsabile di un pregiudizio, viene autorevolmente indicato in dottrina come ulteriore ragione di esclusione della legittimazione di cui si tratta.

4.f. Osserva ancora la Corte che la abusiva concessione del credito per perfezionarsi e produrre pregiudizio, non deve essere collegata di necessità all'evento fallimento, come la suggestiva prospettazione del ricorrente sembra supporre. Essa infatti rimane illecita e dunque possibile fonte di pregiudizio aquiliano, ancorchè non venga seguita dal fallimento ed addirittura prima ancora che questo si verifichi.

Una concessione di credito estranea alle regole di corretta amministrazione del medesimo, mantenendo artificialmente in vita una impresa quando essa invece dovrebbe uscire dal mercato, le consente di continuare una concorrenza che altrimenti non eserciterebbe. Con ciò essa, quale ne possa essere la sorte, produce danno di natura concorrenziale al concorrente, il quale a prescindere dal fallimento, può esercitare azione risarcitoria nei confronti della impresa stessa, oltre che della banca.

Si deve dunque dedurre che l'effetto dannoso della attività illecita di cui si tratta non è di necessità e dunque esclusivamente la erronea percezione della solvibilità della impresa finanziata. Lo specifico effetto piuttosto è potenzialmente plurimo, e dipende dalla relazione giuridica con il terzo danneggiato. Situazione tutt'affatto estranea a quella caratterizzata dalla omogeneità delle azioni di massa.

Nella fattispecie in esame il fallimento della impresa abusivamente finanziata, come autorevole dottrina ha chiarito, si pone che evento storico, non essenziale a renderla rilevante. Laddove invece, ad esempio un pagamento effettuato con modalità anomale, rileva quale oggetto di una revocatoria fallimentare, solo se è seguita dal fallimento.

In questo senso peraltro deve essere intesa la giurisprudenza della Corte di Cassazione che si è occupata dell'abuso del credito al fine di determinare la competenza territoriale sulla relativa domanda (oltre alla già citata ord. n. 12369 del 2001, vedi la n. 13934 del 2003).

Essa osserva che tale competenza si individua con riferimento al luogo nel quale si è verificato l'evento dannoso, che non è costituito dal fallimento, fatto estraneo alla struttura del danno, ma dall'aggravamento del dissesto economico della impresa artificiosamente tenuta in vita. Evento che per l'appunto si realizza laddove essa svolge la sua attività economica.

4.g. Tale considerazione toglie utilità alla prospettazione ulteriormente avanzata dalla ricorrente relativa alla piena coincidenza del pregiudizio alla massa con quello al patrimonio della società, di cui s'è detto nel rilevare la inammissibilità quale motivo di ricorso, e che viene in questa sede adoperata quella argomentazione di ricalzo.

4.h. Pare infine utile precisare che la interpretazione che si è appena sostenuta è coerente con la linea di tendenza che emerge dalle recenti riforme nella materia fallimentare (D.L. n. 35 del 2005, L. n. 80 del 2005 e D.Lgs. n. 122 del 2005). Mentre infatti le finalità recuperatorie della Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

azione revocatoria risultano ribadite, viene ulteriormente rafforzata la opinione oramai risalente che sostiene lo sganciamento dell'istituto dalle forme di tutela nei confronti dell'illecito, e dunque viene ulteriormente sottolineata la differenza con la azione ordinaria. Cosicché pare di dovere concludere che ogni pretesa che pur riguardando il patrimonio del fallito, allega a fondamento un illecito da questi subito, sfugge alla logica della universalità e della concorsualità, tipiche delle azioni esecutive di massa.

Con ciò, va pure rimarcato, confermandosi quella autorevole lettura dell'art. 240 L. Fall., che considera, a fronte di un illecito, eccezionale la doppia legittimazione ad agire del curatore e del creditore.

Il motivo deve essere respinto.

5. Vanno dunque rigettate le prime due doglianze del ricorso incidentale e le prime due doglianze del ricorso principale.

Gli atti vanno rimessi al Primo Presidente per la assegnazione alla Sezione Semplice che dovrà esaminare le restanti questioni.

Omissis.

3.2. Segue: Cass. civ., sez. III, 12 maggio 2017, n. 11798.

Omissis.

9. Il terzo e quarto motivo, da trattare congiuntamente, sono inammissibili. Ha riconosciuto Cass. I giugno 2010, n. 13413 che il curatore fallimentare è legittimato ad agire, ai sensi della L. Fall., art. 146, in correlazione con l'art. 2393 c.c., nei confronti della banca, quale terzo responsabile solidale del danno cagionato alla società fallita per effetto dell'abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore della predetta società, senza che possa assumere rilievo il mancato esercizio dell'azione contro l'amministratore infedele, in quanto, ai sensi dell'art. 2055 c.c., se un unico evento dannoso è imputabile a più persone, sotto il profilo dell'efficienza causale delle singole condotte, sorge a carico delle stesse un'obbligazione solidale, il cui adempimento può essere richiesto, per l'intero, anche ad un solo responsabile. La peculiarità del caso alla base di Cass. n. 13413 del 2010 risiede nella condanna di amministratore e direttore di banca in concorso in bancarotta fraudolenta e ricorso abusivo al credito, da cui viene desunto il concorso della banca convenuta in relazione alla condotta del proprio funzionario nella responsabilità per mala gestione dell'amministratore. Benchè la responsabilità solidale dei danneggiati ai sensi dell'art. 2055 c.c., comma 1, richiedendo solo che il fatto dannoso sia imputabile a più persone, possa sorgere anche in presenza di titoli di responsabilità diversi per ciascuna di tali persone (Cass. 13 gennaio 2015, n. 286; 16 dicembre 2005, n. 27713), l'insegnamento che si trae dal particolare caso di Cass. n. 13413 del 2010 è che la responsabilità della banca si basa sul medesimo titolo della responsabilità dell'amministratore, sicchè la banca, per opera della condotta del suo funzionario, concorre nell'abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore. Il titolo di responsabilità dedotto deve quindi essere quello della mala gestione di quest'ultimo.

Omissis.

3.3. Segue: Cass. civ., sez. I, 14 settembre 2021, n. 24725.

Omissis.

Fatto

FATTI DI CAUSA

Con sentenza del 13 ottobre 2017, n. 759, la Corte d'appello di Perugia ha parzialmente accolto, in punto di spese, l'impugnazione avverso la decisione del Tribunale di Terni del 9 febbraio 2016, la quale aveva respinto - per carenza di legittimazione attiva del curatore - la domanda proposta dal Fallimento (OMISSIS) s.r.l. contro la Banca Popolare di Spoleto s.p.a., volta alla condanna della Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

convenuta al risarcimento del danno patito dal patrimonio della dalla società a causa della concessione abusiva di credito, indicato in Euro 3.000.000,00.

La corte territoriale ha ritenuto la curatela priva di legittimazione ad agire con riguardo alla domanda di risarcimento del danno cagionato al patrimonio della società per l'abusiva concessione di credito da parte delle banche: ciò, in quanto per affermare tale legittimazione "e' necessario passare per un'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore rispetto al quale la condotta dell'istituto di credito si pone in termini di complicità aprendo così ad un'estensione solidale della condanna agli istituti di credito del danno recato al patrimonio sociale dell'imprenditore".

Con riguardo a distinto motivo di appello, ha, invece, ritenuto errata la condanna del fallimento al pagamento delle spese di lite in favore della chiamata in causa Intesa Sanpaolo s.p.a.

Avverso questa sentenza propone ricorso per cassazione la procedura soccombente, sulla base di due motivi.

Resistono con controricorso le banche intimare.

Diritto

1. - I motivi deducono:

1) violazione e falsa applicazione degli artt. 2043,2055,2393 c.c., art. 185 c.p. e L.Fall., art. 146, in quanto la condotta di concessione di credito alla società in violazione del merito creditizio ha comportato un danno diretto ed immediato alla stessa, con danno indiretto a tutti i creditori indistintamente per la minore disponibilità del patrimonio sociale, inteso come garanzia del soddisfacimento dei loro crediti, che il fallimento legittimato a far valere, avendo la S.C. n. 9983 del 2017 affermato come, se il ricorso al credito va oltre i confini dell'accorta gestione imprenditoriale, si realizza un concorrente illecito della banca con danno per la società ed una obbligazione solidale con gli amministratori;

2) violazione e falsa applicazione degli artt. 2055,2393 c.c., L.Fall., art. 146 ed omesso esame di fatto decisivo, in quanto la "complicità" fra l'ex amministratore e la banca, pretesa dalla sentenza impugnata, con riguardo al danno cagionato alla società, era stata allegata e provata, in forza delle deduzioni contenute sia nella memoria ex art. 183 c.p.c., comma 6, sia nella memoria di replica conclusionale, laddove il fallimento aveva menzionato le "connivenze a vari livelli" ed una "vera e propria collusione degli organi deliberativi della banca con gli amministratori", mentre dai documenti prodotti relativi alla istruttoria del fido risultava la vera situazione societaria e le violazioni attribuite all'amministratore erano state, del pari, allegare nella comparsa conclusionale; laddove questi, poi, non era stato convenuto in giudizio dal fallimento unicamente in quanto nullatenente, ma potendone, nel contempo, il giudice di merito accertare in via incidentale la responsabilità per la cattiva gestione.

*2. - **La c.d. abusiva concessione di credito.** I due motivi possono essere trattati congiuntamente perché, pur deducendo essi la violazione di norme eterogenee, mirano ad affermare il principio che il curatore fallimentare sia legittimato ad agire contro le banche per il danno da queste cagionato con l'abusiva concessione del credito al patrimonio del soggetto fallito.*

Essi sono fondati, nei limiti di seguito esposti.

*2.1. - **L'abusivo ricorso al credito.** La condotta di abusivo ricorso al credito è prevista dalla L.Fall., art. 218, il quale sanziona gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori e gli imprenditori esercenti un'attività commerciale che ricorrono o continuano a ricorrere al credito, dissimulando il dissesto o lo stato d'insolvenza.*

*La stessa disposizione è contenuta nel **D.Lgs. n. 12 gennaio 2019, n. 14, art. 325** Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.*

Più in generale, al di fuori della "dissimulazione" del dissesto, la L.Fall., art. 216, comma 3, che prevede il reato di bancarotta fraudolenta, sanziona il fallito che allo scopo di favorire alcun

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

creditore "esegue pagamenti o simula titoli di prelazione", e l'art. 217, comma 1, nn. 3 e 4, in tema di bancarotta semplice, sanziona il soggetto che "ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento" o "ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa".

2.2. - La fattispecie della concessione abusiva di credito.

2.2.1. - I doveri dell'operatore bancario. In simmetria con quelle, da tempo è stata individuata una condotta, del pari illecita, di chi tale credito conceda, qualificata come "concessione abusiva di credito": con essa, specularmente, si designa l'agire del finanziatore che conceda, o continui a concedere, incautamente credito in favore dell'imprenditore che versi in istato d'insolvenza o comunque di crisi conclamata.

Nell'integrazione della fattispecie, rilievo primario assumono, accanto alla regola generale del diritto delle obbligazioni relativa all'esecuzione diligente della prestazione professionale ex art. 1176 c.c., la disciplina primaria e secondaria di settore e gli accordi internazionali.

Il soggetto finanziatore, sulla base di questa, è invero tenuto all'obbligo di rispettare i principi di c.d. sana e corretta gestione, verificando, in particolare, il merito creditizio del cliente in forza di informazioni adeguate.

Il principio della "sana e corretta gestione" è ripetuto, quale criterio essenziale per tali imprenditori, in numerose norme del testo unico bancario, con le relative disposizioni di attuazione: come essenziale finalità della vigilanza in capo alle autorità creditizie (art. 5 t.u.b.); requisito per l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria (art. 14, comma 2), di intermediario finanziario (art. 107), istituto di moneta elettronica (art. 114-quinquies) o istituto di pagamento (art. 114-nonies); presupposto per l'autorizzazione all'acquisizione di partecipazioni in una banca (artt. 19, 25), a modificazioni statutarie (art. 56), alla fusione e scissione (art. 57); compito degli esponenti aziendali (art. 26) e ragione della loro rimozione dalla carica, ove la permanenza nella stessa sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione (artt. 53-bis, 67-ter, 108, 114-quinquies.2, 114-quaterdecies).

A rafforzamento di tali concetti, gli artt. 53, 67, 108, 114-quinquies.2 e 114-quaterdecies t.u.b. prevedono la **vigilanza regolamentare della Banca d'Italia mediante disposizioni sul "contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni"**.

Analoghe disposizioni sono previste nel testo unico della finanza e nel codice delle assicurazioni private, tutte relative all'operatività sul mercato dei soggetti nel settore finanziario.

Si noti, infine, come - in funzione dei suoi compiti - la Banca d'Italia abbia anche accesso al "Registro delle procedure di espropriazione forzata immobiliari, delle procedure di insolvenza e degli strumenti di gestione della crisi", al fine di utilizzarne i dati nello svolgimento delle funzioni di vigilanza, a tutela della sana e prudente gestione degli intermediari vigilati e della stabilità complessiva (D.L. 3 maggio 2016, n. 59, art. 3 Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione, convertito, con modificazioni, in L. 30 giugno 2016, n. 119).

Un'indicazione dei metodi di ponderazione dei rischi è contenuta negli accordi di Basilea; si ricorda, altresì, l'art. 142 del Regolamento UE n. 575/2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento, laddove descrive il metodo basato sui rating interni, ai fini della valutazione delle esposizioni di credito: ivi si afferma che si intende per ""sistema di rating", l'insieme di metodi, processi, controlli, meccanismi di raccolta dati e sistemi informativi che fungono da supporto alla valutazione del rischio di credito, all'attribuzione delle esposizioni a classi o pool di rating e alla stima quantitativa dei default e delle perdite per un dato tipo di esposizione".

In sostanza, dal sistema normativo nel suo complesso emerge la rilevanza primaria per l'ordinamento dell'obbligo di valutare con prudenza, da parte dell'istituto bancario, la concessione del credito ai soggetti finanziati, in particolare ove in difficoltà economica.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

2.2.2. - *Obblighi legali primari violati ed obbligazione risarcitoria ex art. 1173 c.c. E' vero che tale obbligo è posto, dal diritto positivo, ai fini della protezione dell'intero sistema economico dai rischi che una concessione imprudente o indiscriminata del credito bancario comporta.*

Nondimeno, l'erogazione del credito, che sia qualificabile come "abusiva", in quanto effettuata a chi si palesi come non in grado di adempiere le proprie obbligazioni ed in istato di crisi, ad esempio in presenza della perdita del capitale sociale e in mancanza di concrete prospettive di superamento della crisi stessa, può integrare anche l'illecito del finanziatore per il danno cagionato al patrimonio del soggetto finanziato, per essere venuto meno ai suoi doveri primari di una prudente gestione aziendale, previsti a tutela del mercato e dei terzi in genere, ma idonei a proteggere anche ciascun soggetto impropriamente finanziato ed a comportare la responsabilità del finanziatore, ove al patrimonio di quello sia derivato un danno, ai sensi dell'art. 1173 c.c.

Onde le prescrizioni di vigilanza divengono rilevanti nella valutazione relativa alla violazione di obblighi primari, ai fini dell'individuazione di una responsabilità alla stregua della diligenza professionale dovuta ai sensi dell'art. 1176 c.c., comma 2, e art. 2082 c.c.

Questa Corte ha da tempo osservato come, sebbene nel nostro ordinamento non esista un generale dovere, a carico di ciascun consociato, di attivarsi al fine di impedire eventi di danno, tuttavia vi sono molteplici situazioni da cui nascono, per i soggetti che vi sono coinvolti, doveri e regole di azione, la cui inosservanza integra la conseguente responsabilità: in particolare, dalla normativa che regola il sistema bancario vengono imposti, a tutela del sistema stesso e dei soggetti che vi operano, comportamenti in parte tipizzati, in parte enucleabili caso per caso, la cui violazione può costituire culpa in omissendo (cfr. Cass. 8 gennaio 1997, n. 72; Cass. 13 gennaio 1993, n. 343), potendosi così ravvisare la violazione dei doveri gravanti sul soggetto "banca" a causa del proprio status (Cass. 13 gennaio 1993 n. 343, cit.).

Dall'ordinamento settoriale del credito derivano, dunque, obblighi comportamentali, la cui violazione integra la nozione di "altro atto o fatto idoneo... in conformità dell'ordinamento giuridico" a costituire fonte di obbligazioni fra soggetti determinati.

Si è discusso, quindi, del rilievo dello status del soggetto imprenditore bancario: di esso parla già la menzionata decisione (Cass. 13 gennaio 1993, n. 343), a proposito dell'imprenditore bancario che tenga una condotta "sostanziatasi nell'omissione della gamma di cautele imposte alle aziende che esercitano il credito" e "nella violazione dei doveri gravanti sul soggetto "banca" a causa del proprio "status"".

Sul medesimo gravano, in tal modo, obblighi di comportamento più specifici di quello comune del neminem laedere.

Dato che l'attività di concessione del credito da parte degli istituti bancari non costituisce mero "affare privato" tra le stesse parti del contratto di finanziamento, l'ordinamento ha predisposto una serie di principi, controlli e regole, nell'intento di gestire i rischi specifici del settore, attese le possibili conseguenze negative dell'inadempimento non solo nella sfera della banca contraente, ma ben oltre di questa; potendo, peraltro, queste coinvolgere in primis il soggetto finanziato, nonché, in una visuale macroeconomica, un numero indefinito di soggetti che siano entrati in affari col finanziato stesso.

2.3. - ***La diminuita consistenza del patrimonio sociale per la protrazione dell'attività d'impresa. Per quanto riguarda i profili civili risarcitori, dalle condotte di abusivo ricorso e di abusiva concessione del credito, nel senso ora ricordato, possono derivare danni alla società amministrata o finanziata: in particolare, danno tipicamente ricollegato a tali condotte e', sul piano economico, la diminuita consistenza del patrimonio sociale e, sul piano contabile, l'aggravamento delle perdite favorite dalla continuazione dell'attività d'impresa.***

La vicenda ricorda la fattispecie dell'art. 2449 c.c., nel testo ante riforma del diritto societario, che poneva il divieto di "nuove operazioni" dopo il verificarsi di una causa di scioglimento della società. Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

(cfr., in tema, Cass. 29 ottobre 2013, n. 24362; Cass. 4 luglio 2012, n. 11155) e dove il danno veniva sovente individuato nella differenza tra il valore del patrimonio netto rettificato, risultante dal bilancio dell'esercizio in cui il capitale era divenuto inferiore al minimo legale, e quello rilevato nel primo bilancio fallimentare.

Regola in parte analoga è stata introdotta nell'art. 2486 c.c. dalla riforma del 2003, limitandosi i "poteri degli amministratori", dopo il verificarsi di una causa di scioglimento della società, agli atti volti alla "conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale" ed ora espressamente prevedendo, al suo comma 3 - aggiunto dal D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, art. 378 - che il danno risarcibile "si presume" pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data di apertura della procedura e il patrimonio netto "determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'art. 2484, detratti i costi", persino ammettendo che, ove manchino o siano inutilizzabili a tal fine le scritture contabili, il danno sia liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura.

Il nuovo art. 2086 c.c., comma 2, nel testo introdotto dal D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, ha anticipato tale dovere di rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, imponendo l'adozione di un "assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato" e l'attivazione "di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale", secondo concetti già emersi con la riforma del diritto societario all'art. 2381 c.c.

Se, poi, si assume la prospettiva dalla parte del ceto creditorio, il pregiudizio deriva, oltre che dalle ulteriori perdite cagionate dal protrarsi della gestione con incidenza sulla stessa capacità di adempimento del debitore, anche ad esempio dall'aver, se del caso, reso impossibile esercizio delle azioni revocatorie.

2.4. - *La responsabilità degli organi sociali.* Nei confronti degli amministratori, dei direttori generali e dei liquidatori, che con tale condotta abbiano cagionato un danno alla società o ai creditori ex art. 2393 e 2394 c.c., questi potrebbero esercitare le azioni di responsabilità, e, quindi, il curatore azionare le azioni previste dall'art. 2394-bis c.c. e L.Fall., art. 146.

Al riguardo, questa Corte (Cass. 20 aprile 2017, n. 9983) ha già condivisibilmente affermato che - **come costituisce reato L.Fall., ex art. 218 il fatto degli amministratori che ricorrono o continuano a ricorrere al credito, dissimulando il dissesto o lo stato d'insolvenza** - così tale condotta integra un illecito civile per i danni cagionati alla società amministrata, come pure ai terzi.

2.5. - La responsabilità del finanziatore.

2.5.1. - *I presupposti.* Inoltre, la società o i terzi potrebbero ritenere responsabili le stesse banche finanziatrici, in forza dell'illecito sostegno finanziario all'impresa per la concessione o la reiterata concessione del credito, dei danni loro cagionati.

Si tratta della condotta della banca, dolosa o colposa, diretta a mantenere artificiosamente in vita un imprenditore in istato di dissesto, in tal modo cagionando al patrimonio del medesimo un danno, pari all'aggravamento del dissesto, in forza degli stessi interessi passivi del finanziamento non compensati dagli utili da questo propiziati, nonché delle perdite generate dalle nuove operazioni così favorite.

2.5.2. - *Il favor normativo per il finanziamento a fini di risanamento dell'impresa.* Per vero, il legislatore da tempo mostra un netto favor verso il sostegno finanziario dell'impresa, ai fini della risoluzione della crisi attraverso istituti che ne scongiurino il fallimento, favorendo la maggiore soddisfazione dei creditori: si pensi ai finanziamenti prededucibili nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti, di cui alla L.Fall., artt. 182-quater, 182-quinquies ed ora D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, artt. 99 e 101 Codice della crisi d'impresa; si pensi pure ai piani attestati di risanamento L.Fall., ex art. 67, comma 3, lett. d), D.Lgs. n. 14 del 2019, artt. 56 e 284 nonché alla generale esenzione da revocatoria di cui all'art. 67, comma 3, lett. e) per gli
Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

atti compiuti in esecuzione del concordato o dell'accordo omologato di ristrutturazione dei debiti ai sensi della L.Fall., art. 182-bis ed, ora, D.Lgs. n. 14 del 2019, art. 166, comma 3; ed, infine, alla convenzione di moratoria di cui alla L.Fall., art. 182-septies introdotto dal D.L. 27 giugno 2015, n. 83, conv. in L. 6 agosto 2015, n. 132, ed ora D.Lgs. n. 14 del 2019, art. 62 diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti, che, nella versione delle legge fallimentare (mentre il codice della crisi ha generalizzato l'istituto per tutti i creditori), sussistono in capo alle banche e agli intermediari finanziari ex art. 106 t.u.b., in vista della predisposizione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, al fine di superare la situazione di difficoltà e la crisi di liquidità; nel nuovo codice della crisi, si veda lo stesso D.Lgs. n. 14 del 2019, art. 12, comma 3, il quale, in ambito di procedura di allerta, dispone espressamente che essa non costituisce "causa... di revoca degli affidamenti bancari concessi".

Esemplare di tale atteggiamento è stata l'introduzione della L.Fall., art. 217-bis, inserito dal D.L. 31 maggio 2010, n. 78, conv. in L. 30 luglio 2010, n. 122 e poi modificato nel 2012, che ha previsto l'esenzione dai reati di bancarotta di cui alla L.Fall., art. 216, comma 3 e art. 217 in caso di pagamenti ed operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato o del piano attestato di risanamento, potendo dunque fruire della esenzione anche la condotta della banca concorrente.

Al fine della precoce emersione delle difficoltà finanziarie e delle relative informazioni, quale contributo al corretto funzionamento del mercato, opera la direttiva UE n. 1023/2019 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 sulla ristrutturazione e sull'insolvenza, la quale pone, tra i principi generali, i c.d. quadri di ristrutturazione preventiva, secondo cui ogni Stato membro predispone gli strumenti di allerta precoce, che siano chiari e trasparenti, nonché in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza e di segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio.

Il D.Lgs. n. 14 del 2019, art. 12, comma 3, trova dunque un precedente nei principi espressi dalla direttiva, il cui art. 7, comma 5 prevede la vigilanza degli Stati membri affinché i creditori non realizzino condotte di risoluzione o recesso dal contratto contro i debitori che abbiano fatto accesso a "strumenti di ristrutturazione preventiva".

Infine, non si può sottacere che la legislazione dell'emergenza sanitaria del 2020 ha imposto ulteriori compiti e divieti alle banche, proprio nel senso del sostegno alle imprese.

In sostanza, numerosi sono i momenti in cui l'ordinamento positivo mostra di tutelare e favorire il finanziamento alle imprese in crisi, articolando le previsioni in relazione allo strumento di risoluzione della crisi prescelto ed alla funzione svolta dal finanziamento: la c.d. finanza-ponte, strumentale a pervenire con successo ad uno degli istituti di risanamento previsti dalla legge (cfr. L.Fall., art. 182-quater, comma 2); la c.d. finanza interinale, funzionale al giudizio di omologazione in corso di procedura, in via ordinaria o urgente (L.Fall., ex art. 182-quinquies, commi 1 e 3); infine, i finanziamenti in esecuzione dello strumento giuridico di risoluzione della crisi attuato, che mirano al risanamento secondo il piano predisposto dall'imprenditore (L.Fall., ex art. 182-quater, comma 1). Donde, di volta in volta, le norme speciali di tutela della posizione del finanziatore.

2.5.3. - Bilanciamento degli interessi nella distinzione tra finanziamento "lecito" e finanziamento "abusivo". Tale sistema è, come si vede, ispirato all'opposto principio della meritevolezza dell'ausilio creditizio all'impresa in crisi, allo scopo di evitarne il fallimento e soddisfare meglio i creditori, tanto da indurre il dubbio della sua compatibilità con la predetta responsabilità dell'operatore bancario per l'incauto finanziamento: compatibilità tuttavia ritrovata, ove solo si consideri che, in tutti quei casi, si tratta di norme speciali che introducono meccanismi procedimentalizzati e fondati su precisi presupposti e controlli, idonei a renderli utili, per definizione, allo scopo di un progetto economico-finanziario volto al recupero della continuità aziendale, e non, piuttosto, fattori di mero aumento del dissesto.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Da quel sistema si traggono, anzi, utili indicazioni al tema in discorso.

Infatti, esso vale a chiarire come, e la Corte lo ha già rilevato (cfr. Cass. 5 agosto 2020, n. 16706), gli istituti di ordinario supporto ai deficit di liquidità delle imprese in crisi stiano proprio ad indicare il necessario spazio, anche ai sensi dell'art. 41 Cost., di un possibile e lecito finanziamento all'impresa in crisi, non solo nell'ambito dei negozi connotati da un formalizzato progetto di sostegno alle medesime, ma anche al di fuori di essi; sino al limite, tuttavia, in cui tali condotte finiscano per alterare -- con colpa o dolo - "la correttezza delle relazioni di mercato e a costituire fattori di disinvolta attitudine cd. predatoria rispetto ad altro soggetto economico in dissesto".

Vero è che, di fronte alla richiesta di una proroga o reiterazione di finanziamento, la scelta del "buon banchiere" si presenta particolarmente complessa: astretto com'è tra il rischio di mancato recupero dell'importo in precedenza finanziato e la compromissione definitiva della situazione economica del debitore, da un lato, e la responsabilità da incauta concessione di credito, dall'altro lato.

Onde ogni accertamento, ad opera del giudice del merito, dovrà essere rigoroso e tenere conto di tutte le circostanze del caso concreto, secondo il suo prudente apprezzamento, soprattutto ai fini di valutare se il finanziatore abbia (a parte il caso del dolo) agito con imprudenza, negligenza, violazione di leggi, regolamenti, ordini o discipline, ai sensi dell'art. 43 c.p., o abbia viceversa, pur nella concessione del credito, attuato ogni dovuta cautela, al fine di prevenire l'evento.

*Tale seconda situazione potrà, ad esempio, verificarsi ove la banca - pur al di fuori di una formale procedura di risoluzione della crisi dell'impresa - abbia **operato nell'intento del risanamento aziendale, erogando credito ad impresa suscettibile, secondo una valutazione ex ante, di superamento della crisi** o almeno di razionale permanenza sul mercato, sulla base di documenti, dati e notizie acquisite, da cui sia stata in buona fede desunta la volontà e la possibilità del soggetto finanziato di utilizzare il credito allo scopo del risanamento aziendale, secondo un progetto oggettivo, ragionevole e fattibile.*

*E' peraltro richiesto che, nella formulazione delle proprie valutazioni, la banca proceda secondo lo standard di conoscenze e di capacità, **alla stregua della diligenza esigibile da parte dell'operatore professionale qualificato, e ciò sin dall'obbligo ex ante di dotarsi dei metodi, delle procedure e delle competenze necessari alla verifica del merito creditizio.***

Sarà compito del giudice del merito individuare lo spazio ammissibile per il finanziamento lecito, allorché, pur se concesso in presenza di una situazione di difficoltà economico-finanziaria dell'impresa, sussistevano ragionevoli prospettive di risanamento.

*Quel che rileva, dunque, non è più il fatto in sé che l'impresa finanziata sia in istato di crisi o d'insolvenza, pur noto al finanziatore, **onde questi abbia così cagionato un ritardo nella dichiarazione di fallimento**: quel che rileva è unicamente l'insussistenza di fondate prospettive, in base a ragionevolezza e ad una valutazione ex ante, di superamento di quella crisi.*

*In sostanza, **sovente il confine tra finanziamento "meritevole" e finanziamento "abusivo" si fonderà sulla ragionevolezza e fattibilità di un piano aziendale.***

Al riguardo, un criterio di diritto positivo può essere rinvenuto nella L.Fall., art. 67: il quale, similmente al D.Lgs. n. 14 del 2019, artt. 56 e 284 menziona il piano "che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria".

Un utile ausilio, in tal senso, può trarsi altresì dai criteri enunciati dall'art. 69-quinquiesdecies t.u.b., introdotto dal D.Lgs. 16 novembre 2015, n. 181: norma che, sia pure nell'ambito del "sostegno finanziario" infragruppo, indica le condizioni in cui esso è lecito, proprio enunciando i criteri in base a cui "si può ragionevolmente prospettare che il sostegno fornito ponga sostanziale rimedio alle difficoltà finanziarie del beneficiario" e "vi è la ragionevole aspettativa... che sarà pagato un corrispettivo e rimborsato il prestito da parte della società beneficiaria".

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

L'intrinseca ragionevolezza di tali criteri può, dunque, offrire logici parametri anche per la valutazione del caso in esame.

Onde, allorché la banca effettui finanziamenti all'impresa in istato di crisi, vuoi all'interno di una soluzione concordata, vuoi indipendentemente da essa, quello indicato potrà costituire il parametro per valutare la ravvisabilità, oppure no, di una responsabilità per concessione abusiva di credito; dovendosi, peraltro, osservare come, in ipotesi di procedura formalizzata e sottoposta a controlli esterni, i margini di tale responsabilità saranno, in concreto, alquanto ristretti.

2.6. - La legittimazione attiva del curatore fallimentare.

2.6.1. - La legittimazione per il danno alla società. *In caso di fallimento, per il ristoro di tale pregiudizio è legittimato ad agire lo stesso curatore fallimentare, anzitutto al medesimo titolo per il quale avrebbe potuto agire l'imprenditore danneggiato.*

*Al riguardo, il Collegio intende idealmente ricollegarsi ai precedenti di questa Corte che, operando opportuni distinguo quanto alle domande proposte nel processo ed alle vicende esaminate, rispetto alle **pronunce delle Sezioni unite** del 2006 (Cass., sez. un., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030 e 7031), hanno reputato proponibile l'azione risarcitoria del curatore nei confronti delle banche per l'imprudente concessione del finanziamento.*

*In tal senso, dapprima Cass. 1 giugno 2010, n. 13413 ha chiarito che il curatore è legittimato ad agire nei confronti della **banca "quale responsabile solidale del danno cagionato alla società fallita dall'abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore della stessa società, senza che possa assumere rilievo il mancato esercizio dell'azione anche contro l'amministratore infedele"**; pur avendo ivi concluso per l'inammissibilità del motivo, che non riportava in modo autosufficiente l'avvenuta proposizione della domanda contro la banca.*

*Quindi, Cass. 20 aprile 2017, n. 9983 ha reputato la legittimazione attiva del curatore nell'azione di risarcimento del danno nei confronti della banca, **quando la posizione a questa ascritta sia di terzo responsabile solidale del danno cagionato alla società fallita per effetto dell'abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore della società, che abbia perduto interamente il capitale, dinanzi all'avventata richiesta di credito e ad una parimenti avventata concessione di credito da parte della banca.***

Non prendono, invece, posizione sul punto altre decisioni, reputando inammissibile il motivo relativo, in quanto, secondo l'una, "(p)er ritenere che la legittimazione del commissario straordinario si fondi sul subentro dello stesso nell'amministrazione del patrimonio dell'imprenditore, evidentemente sulla base della L.Fall., art. 43, è necessario presupporre la titolarità del diritto all'integrità patrimoniale in capo all'imprenditore e che l'azione risarcitoria sarebbe stata proponibile prima della dichiarazione di fallimento. Tale premessa a sua volta presuppone che un danno diretto ed immediato al patrimonio dell'impresa si sia verificato per effetto dell'abusiva concessione di credito. Tale presupposto di fatto non risulta accertato dal giudice di merito" (Cass., 2 maggio 2017, n. 11798, non massimata), e, secondo le altre, "costituisce invece domanda nuova, inammissibile ove proposta per la prima volta nel giudizio d'appello e in sede di legittimità", quella con la quale il curatore fallimentare deduca a fondamento della sua pretesa la responsabilità del finanziatore verso il soggetto finanziato per il pregiudizio diretto ed immediato (Cass. 23 luglio 2010, n. 17284 e Cass. 13 giugno 2008, n. 16031, non massimate).

Ne' lo fa una più recente decisione, in quanto - pur contenendo rilevanti affermazioni in termini di disvalore della permanenza degli insolventi sul mercato, senza possibilità di risanamento o di rientro, donde il pari disvalore della condotta di chi in tale illecito concorra estraneo al thema decidendum ed incentrata sul tema della insinuazione al passivo del credito, dai giudice del merito ritenuto fondato su negozio dissimulante un finanziamento illecito (Cass. 5 agosto 2020, n. 16706, cit.); del pari, si è altrove trattato del danno ai singoli creditori (Cass. 14 maggio 2018, n. 11695).

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Infine, circa la domanda di risarcimento del danno derivante dalla dichiarazione di fallimento, proposta nei confronti di un terzo al cui comportamento illecito sia addebitata la verifica dello stato di insolvenza, si è già osservato, in generale, che il curatore è legittimato a far valere la responsabilità di terzi per fatti anteriori e colpevolmente causativi dello stato di insolvenza (diversi spunti in Cass. 15 giugno 2020, n. 11596, non massimata; cfr., inoltre, le ivi citate Cass. 18 aprile 2000, n. 5028; Cass. 19 settembre 2000, n. 12405; Cass. 10 gennaio 2005, n. 292; Cass. 25 marzo 2013, n. 7407; cui adde Cass. 20 maggio 1982, n. 3115).

2.6.2. - La legittimazione per conto della massa. *A tale ricostruzione del sistema, occorre aggiungere ancora qualche considerazione, al fine di meglio individuare i caratteri dell'azione che compete al curatore.*

Secondo i precedenti ora richiamati, il curatore è legittimato ad agire nei confronti della banca per i danni cagionati alla società fallita, ove il fallimento deduca, a fondamento della sua pretesa, la responsabilità del finanziatore verso il soggetto finanziato per il pregiudizio diretto, causato al patrimonio di questo dall'attività di finanziamento.

Non ha pregio, al riguardo, l'argomento (sia pure accolto dalle citate Cass., sez. un., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030, 7031, ma quale mero obiter dictum, che dunque non soggiace al limite di cui all'art. 374 c.p.c.), secondo cui la società non potrebbe essere, nel contempo, autore dell'illecito e vittima del medesimo: basti considerare che la responsabilità per l'abusivo ricorso al credito grava sugli amministratori, i quali, seppur legati da rapporto organico alla società, assumono tale responsabilità in via personale, agli effetti sia civili, sia penali; mentre la società, per la quale essi hanno agito, non per ciò solo è esclusa dal novero dei possibili soggetti danneggiati, come avviene del resto in tutti i casi in cui un atto posto in essere dagli amministratori - quindi, in nome e per conto della società abbia cagionato un danno alla stessa società amministrata (distrazione di patrimonio, compravendita svantaggiosa, contratto in conflitto d'interessi, false dichiarazioni dei redditi da cui siano derivate sanzioni tributarie per la società, etc.); altro è poi, come oltre si dirà, il tema dell'eventuale concorso del creditore alla causazione del danno.

Tale azione - in effetti - spetta senz'altro al curatore, come successore nei rapporti del fallito, ai sensi della L.Fall., art. 43, che sancisce, per i rapporti patrimoniali compresi nel fallimento, la legittimazione esclusiva del predetto, trattandosi di lesione del patrimonio dell'impresa fallita e di un diritto rinvenuto dal curatore nel patrimonio di questa.

Nel contempo, tuttavia, occorre altresì considerare come, aperto sul patrimonio del fallito il concorso dei creditori, come prevedono lfa L.Fall., artt. 51 e 52 questi non possono più agire individualmente in via esecutiva o cautelare sui beni compresi in quel patrimonio, ma solo partecipare al concorso.

Al curatore, invero, spetta la legittimazione per le c.d. azioni di massa, volte alla ricostituzione della garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c., di cui tutti i creditori beneficeranno; così, al curatore spettano le azioni revocatorie di cui all'art. 2901 c.c. e L.Fall., art. 66, nonché le azioni di responsabilità contro gli organi sociali, ivi compresa quella dei creditori per "l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale" (art. 2394-bis c.c. e L.Fall., art. 146).

In definitiva, è pur vero che il curatore non è legittimato all'azione di risarcimento del danno diretto patito dal singolo creditore per l'abusiva concessione del credito quale strumento di reintegrazione del suo patrimonio singolo, ove quest'ultimo dovrà dimostrare lo specifico pregiudizio a seconda della relazione contrattuale intrattenuta con il debitore fallito, e ciò con specifico riguardo al diritto leso a potersi determinare ad agire in autotutela, oppure ad entrare in contatto con contraenti affidabili - posto che la concessione del credito bancario lo abbia indotto, ove creditore anteriore, a non esercitare i rimedi predisposti dall'ordinamento a tutela del credito, e, ove creditore successivo a quella concessione, a contrattare con soggetto col quale altrimenti non avrebbe contrattato - in quanto si tratta di diritto soggettivo afferente la sfera giuridica di ciascun creditore.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

E, tuttavia, la situazione muta, ove si prospetti un'azione a vantaggio di tutti i creditori indistintamente, perché recuperatoria in favore dell'intero ceto creditorio di quanto sia andato perduto, a causa dell'indebito finanziamento, del patrimonio sociale, atteso che il fallimento persegue, appunto, l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori nel rispetto della par conditio.

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

Ecco dunque che il curatore che agisce per il ristoro del danno alla società tutela nel contempo la massa creditoria dalla diminuzione patrimoniale medesima.

Un simile danno riguarda tutti i creditori: quelli che avevano già contrattato con la società prima della concessione abusiva del credito de qua, perché essi vedono, a cagione di questa, aggravarsi le perdite e ridursi la garanzia ex art. 2740 c.c.; quelli che abbiano contrattato con la società dopo la concessione di credito medesima, perché (se è vero che a ciò possa aggiungersi pure la causa pretendi di essere stati indotti in errore, ed allora individualmente, dall'apparente stato non critico della società, è pur vero che) del pari avranno visto progressivamente aggravarsi l'insufficienza patrimoniale della società, con pregiudizio alla soddisfazione dei loro crediti.

In tal modo, mediante l'esperimento dell'azione, si produrrà un beneficio per i creditori, come avviene nell'esperimento delle azioni revocatorie ed altre similari in favore della massa: in quanto per tutti i creditori, il cui credito sia sorto vuoi prima, vuoi dopo la concessione di credito imputata di abusività, se il risultato a questa eziologicamente collegato sia il compimento di ulteriore attività d'impresa con aggravamento del dissesto societario, le perdite da ciò derivate comporteranno una matematica riduzione della garanzia patrimoniale generica, l'insufficienza del patrimonio d'impresa a soddisfare i crediti, ed, in definitiva, un danno riflesso, che il curatore potrà reintegrare grazie all'azione di risarcimento del danno cagionato al patrimonio della società, anche nella sua veste di legittimato attivo per conto dei creditori.

Dalla diminuzione del patrimonio sociale, a causa della ininterrotta attività d'impresa pur in presenza di una causa di scioglimento, deriveranno verosimilmente minori riparti fallimentari, quale pregiudizio al cui ristoro provvede quindi l'azione del curatore, essendo in tal caso propria dell'organo la titolarità esclusiva dell'azione risarcitoria.

L'azione si inserisce, pertanto, nell'ambito di quelle a legittimazione attiva della curatela: in tal senso, si vedano L.Fall., art. 146 e il D.Lgs. n. 14 del 2019, art. 255 quest'ultimo espressamente attributivo al curatore della legittimazione alle azioni, fra l'altro, di cui all'art. 2394 c.c. e art. 2476 c.c., comma 6 (per inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, con insufficienza del medesimo a soddisfare i crediti) e all'art. 2497 c.c., quanto all'azione dei creditori sociali per la lesione cagionata dalla capogruppo all'integrità del patrimonio della società. Come si osserva, al curatore sono attribuite azioni relative al risarcimento del danno al patrimonio sociale, nell'interesse dei creditori.

Che, dunque, la curatela costituisca un "centro di interessi" a sé stante emerge dal sistema della legge fallimentare: sono azioni di massa quelle della L.Fall., artt. 66,67,146,240 - laddove prima del fallimento appartenevano al fallito o ai singoli creditori - ma anche le azioni di responsabilità contro il curatore revocato e contro il comitato dei creditori L.Fall., ex art. 38, comma 2 e art. 41, comma 8.

Tali disposizioni, nell'esprimere la medesima ratio, formano un sistema, che autorizza a non ritenerle norme eccezionali, ma piuttosto manifestazione del principio più generale, secondo cui il curatore si sostituisce al fallito ed ai creditori per le azioni che tendono a ripristinare la garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c., mirando alla ricostituzione del patrimonio dell'imprenditore
Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

nell'interesse della massa. Il curatore, in sostanza, diviene titolare, per specifica "missione", dell'interesse a conservare ed a ripristinare il patrimonio del debitore, il quale è nel contempo per definizione la "garanzia" indiscriminata del ceto creditorio.

La funzione recuperatoria della garanzia patrimoniale a tutela della par condicio creditorum è tipica dell'attività demandata dalla legge al curatore: il quale, esercitando un'azione di massa, non si sostituisce ai singoli creditori, ma amministra il patrimonio dell'impresa soggetto ad esecuzione concorsuale, recuperandolo alla sua propria funzione di garanzia.

In tal senso, si deve richiamare quanto affermato dalle Sezioni unite (cfr. Cass., sez. un., 23 gennaio 2017, n. 1641), le quali hanno rilevato come "nel sistema della legge fallimentare, difatti, la legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori è limitata alle azioni c.d. di massa - finalizzate, cioè, alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica ed aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo".

Sebbene si tratti di parole riprese dalla massima - ancorché non presenti nella sentenza - di Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7029, tale concetto era stato invero espresso dalle sentenze gemelle del 2006. Queste decisioni hanno, invero, osservato quanto segue: "L'azione di massa è caratterizzata dal carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del suo esito positivo. Essa nell'immediato perviene all'effetto di aumentare la massa attiva, quali che possano essere i limiti quantitativi entro i quali i creditori se ne avvantaggeranno. Essa tende direttamente alla reintegrazione del patrimonio del debitore, inteso come sua garanzia generica e comunque esso sarà suddiviso attraverso il riparto. Non appartiene a tale novero di azioni ogni pretesa che richiede l'accertamento della sussistenza di un diritto soggettivo in capo ad uno o più creditori. Ne' vi appartiene ogni azione che, per quanto diffusa possa essere una specifica pretesa, necessita pur sempre dell'esame di specifici rapporti e del loro svolgimento, non essendo sufficiente ad assicurarne l'eventuale beneficio la mera appartenenza ad un ceto" (così Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7029, n. 7030 e n. 7031).

*Lo stesso principio è stato già altrove enunciato, affermandosi (cfr. Cass., 12 maggio 2017, n. 11798, non massimata) che "Resta quindi fermo che il curatore non è titolare di un potere di rappresentanza dei creditori, ma può al più agire con le azioni c. d. di massa, dirette ad ottenere nell'interesse del ceto creditorio in quanto tale la ricostruzione del patrimonio del debitore. **Non esercita perciò un'azione dei creditori, sostituendosi a loro, ma semplicemente, amministrando il patrimonio assoggettato all'esecuzione concorsuale, tende a ricostruirlo nella funzione di garanzia che gli è propria, secondo l'archetipo dell'azione revocatoria"**.*

E, ancora, merita richiamare il precedente di questa Corte, secondo cui l'ordinamento riconosce il "pregiudizio obiettivamente occorso alla massa dei creditori per effetto dell'incremento delle dimensioni della decozione, causato... da condotte consapevolmente partecipative nel mantenere al di fuori della concorsualità l'imprenditore che già versava in tutti i suoi presupposti oggettivi e che, di lì a pochi mesi, avrebbe intrapreso il percorso concordatizio, per poi fallire"; osservandosi che l'ordinamento giuridico palesa "una convergente riprovazione verso condotte di occultamento o pratiche di egoistica ritrazione d'interesse singolare a fronte di una insolvenza oramai coinvolgente in termini di rischio l'adempimento verso una massa di soggetti creditori" (Cass. 5 agosto 2020, n. 16706, che vi ha ravvisato la violazione delle regole giuridiche del buon costume).

2.6.3. - Danno al patrimonio sociale e danno collettivo al ceto creditorio. In tal modo, nell'agire per il ristoro contro il finanziatore, il curatore tutela sia la società, sia la massa creditoria dalla diminuzione patrimoniale medesima.

*Invero - analogamente al sistema della L.Fall., art. 146 - al curatore appartiene sia la legittimazione attiva a richiedere al finanziatore c.d. abusivo il risarcimento per **i danni diretti cagionati alla società, sia quella per i danni indiretti alla massa dei creditori.***

In entrambi i casi, il curatore non fa altro che agire a reintegrazione del patrimonio sociale pregiudicato dall'abusiva concessione del credito.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Presupposto di entrambe le azioni del curatore - quella contro gli amministratori prevista dalla L.Fall., art. 146, quella contro il finanziatore abusivo secondo il diritto comune di cui agli artt. 1218/2043 c.c. - sta nella diminuzione del patrimonio sociale, per la prosecuzione dell'attività d'impresa con aggravamento del dissesto.

Il danno subito dai creditori per la ridotta capienza del patrimonio sociale ha un rilievo tipicamente collettivo, sebbene sia il riflesso, con ripercussione sull'intero ceto creditorio, di un pregiudizio prodottosi in via primaria nel patrimonio della società per effetto della continuazione dell'attività d'impresa.

Come la L.Fall., art. 146, in una con l'art. 2394-bis c.c., attribuisce proprio al curatore la legittimazione attiva per le azioni di responsabilità previste dagli artt. 2393, 2393-bis e 2394 c.c. contro gli amministratori (con le analoghe azioni verso i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori; e v. ora il D.Lgs. n. 14 del 2019, art. 255), sempre al curatore compete l'azione per la reintegrazione del patrimonio sociale - garanzia per l'intero ceto creditorio ai sensi dell'art. 2740 c.c. - diminuito a causa della continuazione dell'attività d'impresa favorita dall'indebito ricorso o concessione di credito.

L'importo che il curatore recupererà alla massa attiva giova, pertanto, a tutti i creditori concorrenti, perché, trattandosi del ristoro al patrimonio dell'impresa, il risarcimento del danno va esclusivamente in favore della massa, appunto come a vantaggio di quest'ultima va quanto recuperato in forza della unitaria azione L.Fall., ex art. 146.

In tal modo, pare possa trovare idonea collocazione la distinzione tra, da un lato, il danno individuale ai singoli creditori e, dall'altro, il danno anche collettivo al patrimonio d'impresa.

2.6.4. - La distinta fattispecie del danno individuale al singolo creditore. *Proprio per tale ragione, quando il curatore agisce per il danno patito dalla massa si tratta di una fattispecie di danno diversa, in virtù dei differenti elementi costitutivi, da quella per cui le Sezioni unite del 2006 esclusero la legittimazione attiva del curatore fallimentare.*

Si è ritenuto, dalle citate Sezioni unite, il difetto di legittimazione attiva del curatore fallimentare a proporre, nei confronti della banca finanziatrice, l'azione da illecito aquiliano per il risarcimento dei danni causati ai singoli creditori dall'abusiva concessione di credito diretta a mantenere artificiosamente in vita una impresa decotta.

Qui, al contrario, come esposto, il danno fatto valere è quello alla massa creditoria, quale posizione indistinta e riflesso del pregiudizio al patrimonio sociale, essendo indubbio che il peggioramento delle condizioni patrimoniali societarie arreca un danno a tutti i creditori, che vedono pregiudicata la garanzia patrimoniale generica e ridotta matematicamente le chance di soddisfare il loro credito; l'azione della curatela è, così, finalizzata alla ricostituzione del patrimonio del soggetto assoggettato a fallimento, a vantaggio di tutti i creditori in concorso.

Dunque, con l'abusiva concessione del credito si può cagionare non soltanto il danno alla "libertà contrattuale" o di autotutela di chi abbia concesso la sua fiducia all'imprenditore (sempre che non si sia incolpevolmente avveduto delle reali condizioni dello stesso), ma anche la lesione - che dal primo è distinta - all'integrità della garanzia patrimoniale per tutti i creditori, anteriori o posteriori all'operazione bancaria, ammessi al passivo o a ciò aventi diritto.

Si tratta di una distinzione di fattispecie che, se si vuole, trova fondamento positivo, se solo si esamina già la L.Fall., art. 240, comma 2, laddove attribuisce ai singoli creditori la facoltà di costituzione in proprio di parte civile nei processi penali di bancarotta, solo quando "intendono far valere un titolo di azione propria personale", in caso contrario essendo legittimati "il curatore, il commissario giudiziale, il commissario liquidatore e il commissario speciale di cui all'art. 37 del decreto di recepimento della dir. 2014/59/UE".

2.6.5. - Il titolo di responsabilità verso l'impresa. *La responsabilità verso il fallito è a titolo precontrattuale ex art. 1337 c.c., in quanto la banca avrà contrattato senza il rispetto delle* *Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

Giappichelli Formazione

prescrizioni speciali e generali che ne presidiano l'agire, dolosamente o colpevolmente disattendendo gli obblighi di prudente ed accorto operatore professionale ed acconsentendo alla concessione di credito in favore di un soggetto destinato, in caso contrario, ad uscire dal mercato; mentre si tratterà, più propriamente, di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c., ove sia imputata alla banca la prosecuzione di un finanziamento in corso. In entrambi i casi, vuoi che la condotta abusiva pregiudizievole si esprima nella violazione di obblighi specifici, vuoi che si realizzi nella violazione del generale obbligo di buona fede di cui all'art. 1375 c.c., si tratta di responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente.

Si discorra, quindi, di responsabilità contrattuale, in quanto sorta a fronte di obblighi intercorrenti tra soggetti determinati, e non extracontrattuale, quale forma non ricollegata alla mediazione di obblighi.

*Nel caso di concessione di credito, è invero convincente l'inquadramento della stessa, se si vuole operare secondo categorie classificatorie, nell'ambito della responsabilità di tipo contrattuale da **"contatto sociale qualificato"**, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c., da cui derivano, a carico delle parti, reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 1175 e 1375 c.c. (cfr., per tale ricostruzione, Cass. 12 luglio 2016, n. 14188; seguita da Cass. 25 luglio 2018, n. 19775; e v., in sede di regolamento di giurisdizione, Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236).*

***Come hanno chiarito le Sezioni unite, opera la distinzione tra gli obblighi che precedono ed accompagnano la stipulazione del contratto ed obblighi che si riferiscono alla successiva fase esecutiva:** la violazione dei primi destinata a produrre una responsabilità di tipo precontrattuale con il conseguente risarcimento del danno, senza che ciò sia impedito dall'avvenuta stipulazione del contratto, assumendo l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto ex art. 1337 e 1338 c.c. rilievo "non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto"; la violazione degli obblighi che si pongono, invece, nella fase successiva alla stipulazione del contratto assumendo i caratteri dell'inadempimento o inesatto adempimento contrattuale, trattandosi di doveri di fonte legale, ma derivanti da norme inderogabili e destinati ad integrare a tutti gli effetti il regolamento negoziale vigente tra le parti (Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e n. 26725).*

Tali ragionamenti si attagliano bene anche alla fattispecie in esame.

Al riguardo, si è bene rilevato (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, in tema di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nella fase precedente all'aggiudicazione) come la ratio storica degli artt. 1337 e 1338 c.c. - espressione della tensione di tutti i fattori verso la realizzazione della massima produzione nazionale (così la relazione illustrativa), donde per un "affiatto economicistico e produttivistico" si apprestavano "strumenti risarcitori di fronte all'inutilizzazione (mancata conclusione del contratto) od allo sperpero (contratto invalido) di valori patrimoniali", atteso il disvalore ricollegato alle condotte impedienti la nascita di quei valori meritevoli di tutela che il contratto (sfumato o invalidamente concluso) avrebbe perseguito - sia man mano trascolorata verso una valenza generale del dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede, ogni volta, in particolare, che tra i consociati si instaurano momenti relazionali socialmente o giuridicamente qualificati, secondo la teoria del c.d. contatto sociale qualificato. E dove l'elemento ricorrente, che contribuisce a qualificare il contatto sociale come fonte di doveri puntuali di correttezza, è rappresentato dal particolare status professionale rivestito.

In conclusione, posto che l'art. 1337 c.c. ha valore di clausola generale, onde le applicazioni di tale principio richiamate nella disposizione e nell'art. 1338 non sono esaustive, a tale norma può essere

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

ricondata anche la stipulazione di un contratto di finanziamento c.d. abusivo che si inserisca nella serie causale eziologicamente ricollegata al danno subito dall'altro contraente.

Ne deriva che se un'obbligazione, sorta dal fatto giuridico del contatto o dal contratto di finanziamento, preesiste all'inadempimento, si applica la disciplina dell'art. 1218 c.c., quanto all'onere della prova per il creditore danneggiato ed al termine di prescrizione.

2.6.6. - Il titolo di responsabilità verso il ceto creditorio. *In capo alla banca abusiva finanziatrice si pone, verso il ceto creditorio, una responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. (se del caso in concorso con quella degli organi sociali).*

Sia nell'azione ex art. 2394-bis c.c. e L.Fall., art. 146 contro gli amministratori, sia nell'azione ex art. 2043 c.c. contro la banca finanziatrice, il curatore non fa valere, come rilevato, un danno subito nella propria sfera individuale dal creditore, quale conseguenza immediata e diretta del comportamento denunciato, ma i danni che abbiano colpito il ceto creditorio, non allegando egli, invero, l'obiettivo di sottrarre la garanzia patrimoniale con riguardo unicamente all'obbligazione verso un singolo creditore (nel senso esplicitato da Cass. 10 aprile 2014, n. 8458).

Da tempo è consolidata la tesi dell'ammissibilità non solo del concorso fra responsabili a vario titolo, ma anche del possibile concorso in capo allo stesso soggetto di varie tipologie di responsabilità, come quando sia attribuita al medesimo una condotta colposa sia sul piano extracontrattuale, che sul piano contrattuale, "pacifica essendo, nel nostro ordinamento, la possibilità di concorso fra responsabilità aquiliana e contrattuale, allorché un unico comportamento, risalente al medesimo autore, appaia lesivo, oltreché di regole di condotte poste a tutela di interessi variamente protetti, anche di clausole contrattuali" (Cass. 13 gennaio 1993, n. 343, cit.).

2.6.7. - La possibile coesistenza della qualità di debitore e creditore in capo al finanziatore. *Ne' il cumulo, in capo alla banca, della qualità di debitrice per l'azione sinora esaminata, e di creditrice per la restituzione delle somme finanziate, interessi ed altri importi, è impedito da qualche norma o principio di legge, potendo anzi operare al riguardo, se ne ricorrano gli estremi, l'istituto della compensazione tra i rispettivi crediti, ai sensi dell'art. 1241 c.c. e ss. e L.Fall., art. 56.*

Non ha dunque pregio il distinto argomento contrario, sollevato dai controricorrenti, secondo cui l'azione della procedura sarebbe rivolta contro la banca, soggetto che, nel contempo, nella sua veste di creditore per la restituzione delle somme finanziate e non restituite, si avvantaggerebbe della reintegrazione del patrimonio sociale, all'esito dell'azione esperita contro i finanziatori "abusivi": ed invero, nulla impedisce l'operatività, in tal caso, dell'istituto della compensazione dei reciproci crediti, che non necessariamente saranno della medesima entità.

2.6.8. - L'onere della prova. *Sotto il profilo dell'onere della prova, ai fini della configurabilità della responsabilità del soggetto finanziatore per le condotte più volte enunciate, il curatore ha l'onere di dedurre e provare: a) la condotta violativa delle regole che disciplinano l'attività bancaria, caratterizzata da dolo o almeno da colpa, intesa come imprudenza, negligenza, violazione di leggi, regolamenti, ordini o discipline, ai sensi dell'art. 43 c.p.; b) il danno-evento, dato dalla prosecuzione dell'attività d'impresa in perdita; c) il danno-conseguenza, rappresentato dall'aumento del dissesto; d) il rapporto di causalità fra tali danni e la condotta tenuta.*

In particolare, l'affermazione di tale responsabilità della banca richiede non solo la rigorosa indagine circa la situazione di negligenza professionale della banca, ma anche la scrupolosa verifica del nesso causale, ai sensi dell'art. 1223 c.c., alla stregua della teoria della causalità adeguata, per la quale non è sufficiente che tra l'antecedente ed il dato consequenziale sussista un rapporto di sequenza temporale, essendo invece necessario che tale rapporto integri gli estremi di una sequenza possibile alla stregua di un calcolo di regolarità statistica, di tal che l'evento dannoso si ponga come conseguenza normale dell'antecedente (e multis, Cass. 21 maggio 2019, n. 13598, Cass. 12 dicembre 2017, n. 29787 e Cass. 6 ottobre 2017, n. 23410, non massimate; Cass. 24 maggio 2017, n. 13096; Cass. 22 ottobre 2013 n. 23915; Cass. 14 aprile 2010 n. 8885; Cass. 7 luglio 2009, n. Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

15895; Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576; Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619; Cass. 31 maggio 2005, n. 11609; Cass. 18 aprile 2005, n. 7997), il quale abbia rappresentato, secondo la logica del "più probabile che non", la ragione della prosecuzione dell'attività d'impresa e, quindi, del pregiudizio economico di cui si chiede il risarcimento.

La necessità di definire ed accertare con rigore tali elementi costitutivi deriva dal doveroso rispetto del punto di equilibrio tra opposti valori meritevoli di tutela, quali, da un lato, la posizione giuridica del finanziato e dei suoi creditori, e, dall'altro lato, la libertà contrattuale del banchiere.

2.6.9. - Il concorso con gli organi sociali L.Fall., ex art. 146, la responsabilità della banca abusiva finanziatrice, inoltre, può porsi in concorso con quella degli organi sociali L.Fall., ex art. 146.

Ciò vuol dire che, se il curatore esercita l'azione verso gli amministratori per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, in quanto il patrimonio sociale risulti insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti, il fondamento è la diminuzione arrecata dagli organi sociali a quel patrimonio, che appunto perciò non è in grado di adempiere alle obbligazioni sociali.

Per tale ragione, ove poi tale diminuzione sia dipesa dal fatto concorrente di un terzo - qual è la banca che abbia continuato ad offrire credito senza il rispetto delle regole prudenziali del finanziamento alla clientela - il curatore può invocarne la responsabilità solidale con gli amministratori, ai sensi dell'art. 2055 c.c., quale fatto causatore del medesimo danno.

Non occorre, peraltro, che siano contestualmente intraprese le due azioni, verso gli organi sociali e verso le banche terze.

Pur quando, infatti, sia allegata la loro responsabilità concorrente, per avere con le rispettive condotte cagionato il medesimo danno, ai sensi dell'art. 2055 c.c., le obbligazioni restano solidali ed i responsabili meri litisconsorti facoltativi (e multis, su quest'ultimo profilo, Cass. 20 agosto 2019, n. 21514; Cass. 29 maggio 2013, n. 13458; Cass. 10 novembre 2008, n. 26888; nel senso del litisconsorzio facoltativo, già Cass. 1 giugno 2010, n. 13413, in motiv.). Ciò secondo la regola generale, per cui la sentenza non è inutiliter data, ove il giudicato sopravvenga solo tra il creditore ed uno o più dei vari condebitori responsabili.

Ne' il curatore, pertanto, è onerato di allegare in giudizio, a pena di inammissibilità, l'astratta sussistenza di un fatto di reato L.Fall., ex art. 240 commesso dagli amministratori, o di chiederne al tribunale l'accertamento in via incidentale.

Onde il curatore ben potrebbe agire nei confronti dell'una o dell'altra categoria - gli esponenti aziendali o le banche - come pure di singoli soggetti ad esse appartenenti, senza che nessuna eccezione processuale o sostanziale possa essere, sotto tale profilo, sollevata dai soggetti responsabili.

2.6.10. - **Il concorso del fatto del creditore ex art. 1227 c.c.** L'art. 1227 c.c., che potrebbe essere invocato per i danni diretti alla società, non lo è quando il curatore agisca per la massa.

Nel primo caso ove, con la condotta dell'incauto finanziatore, alla produzione del danno concorra quella della società finanziata, potrà ritenersi integrata la fattispecie dell'art. 122 c.c., comma 1, sul concorso colposo del creditore nella causazione dell'evento.

Può accadere, invero, che sia individuata una condotta della stessa società finanziata, come attuata dal suo rappresentante legale, che abbia concorso, in via causale, all'aggravamento del dissesto, sia mediante la reiterata richiesta di ordinario credito in luogo del ricorso a soluzioni alternative di risoluzione della crisi, sia attraverso la prosecuzione infruttuosa, ed, anzi, pregiudizievole dell'attività sociale nonostante il sopraggiunto stato di scioglimento.

In tal caso, le due condotte, del finanziato e del finanziatore, eziologicamente concorrenti nella produzione del medesimo danno, saranno valutate alla stregua dell'art. 1227 c.c., comma 1 con conseguente possibilità di proporzionale riduzione del risarcimento posto a carico della banca.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Trattandosi di azione che il curatore trova nel patrimonio della società e che è legittimato ad esercitare in luogo dello stesso imprenditore, invero, è possibile opporvi l'eccezione (in senso lato) ex art. 1227 c.c., comma 1, di concorso del fatto dello stesso creditore nella causazione del danno, il cui apporto sarà da valutare caso per caso.

Non così, però, se si ponga mente all'azione di responsabilità esperita dal curatore per conto della massa creditoria, a reintegrazione del patrimonio da assoggettare a procedura concorsuale pregiudicato dall'abusiva concessione del credito.

In tal caso, allora, tenuto conto della posizione del curatore nell'esercitare un'azione a tutela dell'intero ceto creditorio, non rileva se la società abbia, a mezzo dei suoi amministratori, contribuito nell'illecito con l'abusivo ricorso al credito: l'art. 1227 c.c. non potrà essere efficacemente invocato dalla banca, al fine di ridurre la sua responsabilità per fatto dello stesso creditore, perché allora questo sarà dato dall'intero ceto creditorio, formato da una massa indefinita, alla quale ciascun creditore ha titolo di partecipare nelle forme del concorso ed in ragione della posizione di terzietà dei creditori rispetto al soggetto finanziato.

3. - La sentenza impugnata. Nella specie, dal contenuto dell'atto di citazione introduttivo - che, nel rispetto del principio ex art. 366 c.p.c., il ricorso riporta - risulta che la domanda sia volta al risarcimento del danno cagionato al patrimonio sociale dalla condotta delle banche per l'erogazione dei finanziamenti, nonostante una condizione economica tale da non giustificarli.

L'azione proposta dal fallimento si rivolge, dunque, contro i finanziatori, censurando la condotta dei medesimi, che ha avuto l'effetto di danneggiare il patrimonio d'impresa e, perciò, il ceto creditorio nel suo complesso.

Erra, dunque, la corte del merito nel negare la legittimazione attiva della curatela, reputando indispensabile elemento costitutivo della stessa l'esercizio contestuale di un'azione di responsabilità L.Fall., ex art. 146 nei confronti degli amministratori della società fallita.

4. - Conclusioni e principi di diritto. La sentenza impugnata, in conclusione, va cassata, con rinvio alla Corte d'appello di Perugia, in diversa composizione, perché proceda alla trattazione della causa, tenuto conto dei seguenti principi di diritto:

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

"Non integra abusiva concessione di credito la condotta della banca che, pur al di fuori di una formale procedura di risoluzione della crisi dell'impresa, abbia assunto un rischio non irragionevole, operando nell'intento del risanamento aziendale ed erogando credito ad un'impresa suscettibile, secondo una valutazione ex ante, di superamento della crisi o almeno di proficua permanenza sul mercato, sulla base di documenti, dati e notizie acquisite, da cui sia stata in buona fede desunta la volontà e la possibilità del soggetto finanziato di utilizzare il credito ai detti scopi".

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

"La responsabilità in capo alla banca, qualora abusiva finanziatrice, può sussistere in concorso con quella degli organi sociali di cui alla L.Fall., art. 146, in via di solidarietà passiva ai sensi dell'art. 2055 c.c., quali fatti causatori del medesimo danno, senza che, peraltro, sia necessario l'esercizio

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

congiunto delle azioni verso gli organi sociali e verso il finanziatore, trattandosi di mero litisconsorzio facoltativo".

Alla Corte del merito si demanda anche la liquidazione delle spese di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa alla Corte d'appello di Perugia, in diversa composizione, cui demanda anche la liquidazione delle spese di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio, il 10 giugno 2021.

Depositato in Cancelleria il 14 settembre 2021.

Omissis.

4. Dovere di informazione nell'ambito del mercato finanziario. Responsabilità da prospetto: Cass. civ., sez. I, 11 giugno 2010, n. 14056.

Omissis.

Con atto notificato il 1° luglio 1997 la [...] citò in giudizio dinanzi al Tribunale di Napoli il Banco di Napoli s.p.a. (successivamente incorporata nella San Paolo Imi s.p.a., poi a propria volta incorporata nella Intesa Sanpaolo s.p.a., ma che per comodità continuerà in prosieguo ad essere designato 'come Banco di Napoli). L'attrice riferì di aver sottoscritto, nel dicembre del 1991, azioni emesse a seguito di un aumento di capitale del Banco di Napoli, offerte in borsa sulla scorta di un prospetto informativo recante una rappresentazione della situazione patrimoniale della società rivelatasi poi non veridica. Chiese perciò che il contratto di sottoscrizione fosse annullato e che, in ogni caso, l'istituto di credito convenuto fosse condannato al risarcimento dei danni.

Il tribunale, pur avendo accertato la non veridicità del prospetto informativo sopra menzionato, rigettò la domanda di annullamento, escludendo la sussistenza del dolo o dell'errore essenziale come possibili vizi inficianti il consenso contrattuale prestato dall'attrice; accolse invece la domanda di risarcimento dei danni, che liquidò in euro [...], pari al 10% del prezzo di sottoscrizione delle azioni di cui si discute.

Siffatta decisione fu però riformata dalla Corte d'appello di Napoli, la quale, con sentenza resa pubblica il 17 febbraio 2006, rigettò anche la domanda di risarcimento del danno proposta dalla [...].

Detta corte ritenne, infatti, che non fosse dimostrata l'esistenza delle condizioni occorrenti per l'accoglimento della suindicata domanda: né la malafede soggettiva degli organi del Banco di Napoli all'atto dell'offerta in sottoscrizione delle azioni, né l'incidenza della falsità del prospetto sul prezzo di mercato delle azioni medesime o sulle ragioni per le quali, anni dopo, esse avevano perso ogni valore, avendo la società dovuto azzerare il proprio capitale, né il nesso di causalità tra le imprecise ed incomplete informazioni ricevute dalla [...] ed il danno da essa subito a causa del deprezzamento delle anzidette azioni.

Per la cassazione di tale sentenza la [...] ha proposto ricorso, articolato in tre motivi, al quale la banca intimata ha resistito con controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memorie.

Motivi della decisione

4. Col primo motivo la ricorrente imputa alla corte d'appello, oltre a vizi logici nella motivazione, di aver violato gli artt. 1337 e 2043 c.c. e di aver omesso di pronunciarsi sulla domanda di risarcimento del danno sotto il profilo della responsabilità aquiliana.

La doglianza è in particolare focalizzata sull'affermazione dell'impugnata sentenza secondo cui la responsabilità precontrattuale presupporrebbe una condotta dolosa del responsabile, nella specie non riscontrabile. A parere della ricorrente ciò non è esatto, potendo anche una condotta colposa integrare gli estremi dell'anzidetta responsabilità precontrattuale; e comunque la corte avrebbe dovuto altresì prendere in considerazione la prospettata responsabilità extracontrattuale, derivante Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

dalla falsità del prospetto di offerta delle azioni, per la cui sussistenza certamente anche la colpa è sufficiente. In presenza di un prospetto che nascondeva la reale situazione patrimoniale della società offerente, redatto senza la necessaria cura e diligenza da parte degli organi di detta società, non potrebbe quindi negarsi la responsabilità di quest'ultima nei confronti degli ignari sottoscrittori di azioni, poi rivelatesi prive di valore, indipendentemente dalla circostanza che in un primo tempo la quotazione di tali titoli in borsa avesse fatto registrare un temporaneo rialzo.

5. Il secondo motivo di ricorso denuncia come apodittica e contraria al disposto dell'art. 2697 c.c. la motivazione con cui l'impugnata sentenza ha escluso l'esistenza di un possibile nesso di causalità tra le rilevate inesattezze del prospetto d'offerta pubblica di azioni ed il danno subito dalla [...] per aver sottoscritto le azioni medesime.

La ricorrente osserva che non può mettersi in dubbio la rilevanza delle informazioni contenute nel prospetto, rispetto alle scelte di mercato compiute dai destinatari dell'offerta, attese le finalità del prospetto medesimo ed i controlli pubblici cui esso è sottoposto: sicché, una volta accertata l'inesattezza di quelle informazioni, dovrebbe senz'altro presumersi la loro incidenza causale nella produzione del danno subito dal sottoscrittore di titoli rivelatisi in tutto o in parte privi di valore.

3. Da ultimo, la ricorrente, nuovamente lamentando vizi di motivazione e la violazione dei citati artt. 1337 e 2043 c.c., torna sul tema della malafede degli organi del Banco di Napoli per criticare l'affermazione della corte territoriale secondo cui tale malafede non potrebbe desumersi dalle fuorvianti informazioni fornite da quei medesimi organi alla Banca d'Italia, in occasione della trasformazione del Banco di Napoli in società per azioni, non trattandosi di informazioni dirette agli investitori. Al che la ricorrente obietta che, essendo i dati di bilancio posti a base di tali fuorvianti informazioni i medesimi di quelli esposti nel prospetto di offerta, uguale avrebbe dovuto esser considerata anche la condizione soggettiva di malafede dell'offerente.

4. Nell'esaminare i riferiti motivi di ricorso occorre muovere dal rilievo che l'impugnata sentenza ha accertato con argomenti che non possono essere rimessi in discussione in questa sede sia l'esistenza di una falsa rappresentazione della situazione patrimoniale del Banco di Napoli nel prospetto di offerta pubblica delle azioni sottoscritte dalla ricorrente, sia l'imputabilità di tale falsa rappresentazione a "leggerezza, superficialità, disattenzione" di chi ebbe a redigere i dati riportati in quel prospetto.

4.1. La circostanza — sottolineata nel controricorso — che quei medesimi dati abbiano potuto essere in larga misura influenzati da valutazioni compiute da soggetti terzi ed indipendenti (gli esperti nominati dal presidente del tribunale in occasione del conferimento dell'azienda bancaria subito prima intervenuta in attuazione della c.d. legge Amato) nulla toglie alla responsabilità di chi, in veste di amministratore della società offerente, ha sottoscritto i bilanci della società ed ha assunto la paternità del prospetto di offerta, per ciò stesso dovendone in prima persona verificare la veridicità e correttezza. Perciò, anche a prescindere dalla posizione personale degli amministratori — che non è qui direttamente in causa — non si vede davvero come la responsabilità nei confronti dei terzi sottoscrittori derivante dalla non veridicità di un prospetto d'offerta pubblica di azioni possa non esser riferita alla società che di quelle azioni è l'offerente e dalla quale quel prospetto proviene.

4.2. La questione che il ricorso propone, non essendo stata impugnata la statuizione della sentenza di primo grado che ha escluso la sussistenza delle condizioni per l'annullamento del contratto di sottoscrizione delle azioni del Banco di Napoli da parte della [...], è dunque quella di stabilire in quali termini sia configurabile una responsabilità risarcitoria dell'emittente per l'anzidetta colposa violazione degli obblighi di corretta informazione insiti nella disciplina delle offerte pubbliche. Per rispondere correttamente all'interrogativo appare opportuno individuare anzitutto quale sia la natura dell'ipotizzata responsabilità.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

La sentenza impugnata, come s'è detto, ha fatto riferimento alla responsabilità precontrattuale, prevista dall' art. 1337 c.c., mentre la ricorrente insiste nell'invocare, in termini più ampi, la responsabilità aquiliana contemplata dall' art. 2043 c.c.

Reputa la corte che il richiamo alla disciplina della responsabilità precontrattuale di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. (ancorché tradizionalmente anch'essa ricondotta dalla giurisprudenza — ma non da tutta la dottrina — al più ampio genus della responsabilità extracontrattuale) sia scarsamente utile in casi come quello in esame.

La disciplina tracciata dai due suaccennati articoli del codice, infatti, appare manifestamente collegata a situazioni in cui sia configurabile una trattativa destinata alla conclusione del contratto tra due o più parti: trattativa nel condurre la quale si esige che le parti conformino a buona fede il loro reciproco comportamento. Ben diversa è, però, la situazione che si delinea in presenza di offerte pubbliche di acquisto, vendita o scambio di strumenti finanziari i situazione nella quale nessuna trattativa è concepibile e l'aderente all'offerta è in grado di determinare la propria scelta contrattuale non già sulla base di un' interlocuzione diretta con la controparte, bensì unicamente alla luce delle informazioni reperibili sul mercato. Ration per cui la disciplina di settore (pur attraverso i mutamenti normativi intervenuti nel tempo), già all'epoca dei fatti di causa (quando era ancora vigente l'art. 18 della legge n. 216 del 1974, come modificato dall'art. 12 della legge n. 77 del 1983) *poneva a carico dell'offerente l'obbligo di predisporre un prospetto informativo redatto secondo criteri ben determinati, soggetto a controllo da parte dell'autorità di vigilanza e destinato appunto a consentire al pubblico di compiere le proprie scelte d'investimento o disinvestimento in maniera consapevole.*

Naturalmente nulla vieta di ricondurre la violazione dell'obbligo di (corretta) redazione del prospetto ad una più ampia nozione di responsabilità precontrattuale, ove per ciò s'intenda qualsiasi responsabilità derivante da comportamenti antigiuridici posti in essere nella fase che precede il perfezionamento di un rapporto contrattuale; ma resta il fatto che si tratta di un obbligo diverso da quello cui più specificamente allude il citato art. 1337, al cui disposto, pertanto, è lecito far riferimento, in situazioni come quella in esame, solo nella misura in cui si rinviene in esso un'applicazione del generale dovere di buona fede, che senza alcun dubbio deve improntare anche il comportamento di chi propone un'offerta pubblica di vendita di strumenti finanziari sul mercato.

Ove, quindi, vi sia stata violazione delle regole destinate a disciplinare il prospetto informativo che correda l'offerta, trattandosi di regole volte a tutelare un insieme ancora indeterminato di soggetti per consentire a ciascuno di essi la corretta percezione dei dati occorrenti al compimento di scelte consapevoli, si configura un'ipotesi di violazione del dovere di neminem laedere e, per ciò stesso, la possibilità che colui al quale tale violazione è imputabile sia chiamato a rispondere del danno da altri subito a cagione della violazione medesima secondo i principi della responsabilità aquiliana.

È poi appena il caso di aggiungere che, in applicazione di detti principi, la responsabilità in questione è imputabile all'agente non solo qualora egli abbia operato con dolo, ma anche se la violazione delle regole disciplinanti il prospetto d'offerta sia frutto di colpa, essendo stato esso compilato con negligenza o imperizia in modo difforme dal dovuto.

4.2.1. La responsabilità di cui s'è appena detto non è esclusa dal fatto che il contratto di sottoscrizione delle azioni offerte pubblicamente in vendita o in sottoscrizione sia stato comunque concluso e che, pertanto, le azioni siano state comprate o sottoscritte dal destinatario dell'offerta male informato dal prospetto non correttamente redatto.

Questa corte certo non ignora che, in passato, si è sovente negata la possibilità di postulare gli estremi della responsabilità precontrattuale, in conseguenza di vicende riguardanti la fase che ha preceduto la conclusione del contratto, una volta che il contratto medesimo sia venuto ad esistenza.

E le ragioni cui tale opinione si ispira (alle quali si fa cenno anche nell'impugnata sentenza) potrebbero in teoria, almeno in parte, essere invocate anche in una situazione come quella in esame.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

pur se, come appena osservato, essa è da ricondurre nel quadro dei principi generali della responsabilità extracontrattuale, piuttosto che in quello più limitato della disciplina codicistica della responsabilità precontrattuale.

Occorre però considerare che, in epoca più recente e proprio in riferimento a fattispecie ricadenti nel diritto dei mercati finanziari ed interessanti la tutela degli investitori, questa corte ha modificato detto indirizzo, adottando un diverso orientamento cui qui s'intende dare continuità.

Il già richiamato principio di buona fede ha infatti valenza che va al di là dei limiti entro cui tradizionalmente sono confinate le conseguenze dannose del contratto non concluso e, specie in situazioni di mercato nelle quali la conclusione del contratto avviene al di fuori di ogni trattativa e di ogni contatto diretto tra le parti, nulla consente di renderne irrilevanti le violazioni, sol perché esse non hanno immediatamente e decisamente inciso sul meccanismo stipulativo. Donde la conseguenza — condivisa da autorevole dottrina e coerente anche con i principi attestati in ambito europeo (si veda l'art. 2:301, comma 2, dei Principles of European Contract Law) secondo cui la violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase anteriore alla conclusione di un qualsiasi rapporto contrattuale espone all'obbligo di risarcire i danni a prescindere dal fatto che il contratto sia poi stato concluso o meno e che la violazione del dovere di buona fede possa o meno aver inciso sulla validità stessa del contratto (cfr. Cass. n. 3773 del 2009, Cass. n. 19024 del 2005 e Sez. un. n. 26724 del 2007).

4.3. Ciò detto, resta però ancora da valutare come si possano individuare i danni subiti dal sottoscrittore di azioni, offerte in base ad un prospetto infedele al vero, dovendo ovviamente sussistere un nesso di causalità tra tali danni e l'infedeltà del prospetto.

4.3.1. A tal riguardo è bene chiarire che, se il comportamento antiggiuridico da cui la responsabilità trae origine consiste nell'aver fornito al sottoscrittore dei titoli un'informazione insufficiente o fuorviante circa il valore patrimoniale o la redditività dei titoli stessi, il danno di cui si discute, da raggugliare al minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato da tale comportamento scorretto (cfr. Cass. n. 19024/05, cit.), è quello prodotto appunto dall'aver acquistato beni aventi un valore diverso ed inferiore rispetto a quanto le informazioni ricevute dall'acquirente avrebbero fatto ragionevolmente supporre: cioè di aver acquistato ad un prezzo che dichiaratamente presupponeva un determinato valore, risultato poi invece inferiore. Se il legislatore prescrive che il prezzo al quale la domanda e l'offerta s'incontrano sul mercato sia determinato in base ad un complesso di informazioni che debbono essere correttamente fornite dall'offerente al mercato stesso, l'alterazione del prezzo conseguente alla non correttezza di tali informazioni e la circostanza che, di conseguenza, l'incontro tra l'offerta e la domanda sia avvenuta ad un livello di prezzo diverso da quello che prevedibilmente si sarebbe avuto in caso di informazione corretta, integra di per sé un danno ingiusto per l'aderente alla sollecitazione (non diversamente — se può azzardarsi un paragone — da quel che accadrebbe se chi acquista ad un determinato prezzo una scatola sigillata, sulla cui etichetta è indicato il contenuto di un litro di latte, scoprisse poi che di latte nella scatola ce n'è solo mezzo litro).

Contrariamente a quanto sembra prospettare la difesa di parte ricorrente, invece, le vicende dei titoli successive al loro acquisto non sono di per sé produttive di un danno riconducibile al fatto illecito di cui si discute. L'andamento di borsa dei titoli quotati, sia nell'immediato sia nel lungo periodo, è notoriamente influenzato da una assai variegata quantità di fattori. Ovviamente, si può trarre anche da esso argomento per desumere quale fosse l'effettivo valore delle azioni all'atto della loro originaria sottoscrizione e come la scorretta rappresentazione contenuta nel prospetto abbia deformato tale valore ai fini della determinazione del prezzo d'acquisto; ma non per affermare, sic et simpliciter, che la perdita derivante dal successivo azzeramento del capitale sociale sia imputabile all'illecito comportamento di cui si sta parlando, perché non è affatto detto che l'andamento negativo della società dipenda dall'inesattezza delle informazioni rese nel prospetto.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Allo stesso modo, però, non può aver rilievo — non comunque per escludere in radice l'esistenza del danno — la circostanza, sottolineata invece da parte controricorrente e richiamata anche nell'impugnata sentenza, secondo cui le azioni del Banco di Napoli, nel periodo immediatamente successivo all'emissione, conservarono o addirittura migliorarono la loro quotazione di borsa. Per poterne arguire che la non veridicità dei dati riportati nel prospetto è stata in concreto ininfluyente sul valore dei titoli in questione occorrerebbe affermare — ma non lo si fa — che il favorevole andamento degli stessi titoli in borsa è continuato pur dopo che la falsità di quei dati è stata resa nota al mercato. Né, ovviamente, si può imputare alla stessa [...] di non aver approfittato del corso favorevole dei prezzi per rivendere le azioni e per elidere o ridurre il danno quando ancora non le era nota l'inattendibilità del prospetto in base al quale le aveva in precedenza acquistate.

4.3.2. Ha ragione la ricorrente nel dolersi della motivazione in base alla quale la corte territoriale ha addebitato all'attrice di non aver fornito la prova negativa dell' essere stato il suo acquisto azionario influenzato da circostanze diverse dalla non veridicità del prospetto.

Con tale motivazione non è stato fatto buon governo dei principi che regolano l'onere della prova. È lo stesso sistema disegnato dal legislatore per disciplinare le sollecitazioni al pubblico risparmio, incentrato sul prospetto informativo come documento senza il quale la sollecitazione non può aver luogo e corredato da un regime di controlli pubblici vertenti anche tale documento, che necessariamente induce ad assegnare al prospetto una funzione centrale nell'informazione dovuta agli investitori cui la sollecitazione è rivolta: tale per cui la non veridicità del prospetto, a meno che non riguardi aspetti del tutto secondari e di per sé poco influenti, naturalmente implica vi sia stata un'indebita distorsione nella scelta che il destinatario dell'offerta è stato indotto a compiere. Può ammettersi che, in presenza di inesattezze del prospetto limitate e marginali, la loro incidenza risulti in concreto talmente modesta da non essere apprezzabile; ma al di fuori di una tale ipotesi — che la motivazione dell'impugnata sentenza non sembra configurare nel caso esaminato — la non veridicità del prospetto non può non generare la presunzione di rilevanza della distorsione informativa sulle scelte dell' investitore, al quale non può esser perciò imposto l' ulteriore onere della prova negativa di eventuali diversi fattori dai quali dette scelte sarebbero state determinate.

Né, d'altronde, la semplice enunciazione in termini assai vaghi e generici di altre ragioni che potrebbero aver indotto la ricorrente a sottoscrivere le azioni in questione prescindendo dalle informazioni contenute nel prospetto quale la fiducia degli investitori in un istituto di credito tradizionalmente importante come il Banco di Napoli e la prospettiva di futuri interventi pubblici di salvataggio dell'istituto medesimo può bastare, sul piano logico, a giustificare la conclusione cui la corte d'appello è pervenuta, in difetto di qualsiasi concreta e specifica indicazione di circostanze o comportamenti storici dai quali sia lecito dedurre l'irrilevanza dell'informazione fuorviante.

Alla stregua di tali considerazioni, e nei limiti sopra indicati, i primi due motivi di ricorso appaiono meritevoli di accoglimento, con conseguente assorbimento del terzo. L'impugnata sentenza deve perciò essere cassata, con rinvio della causa alla Corte d'appello di Napoli (in diversa composizione), che deciderà attenendosi al seguente principio:

«In presenza di un prospetto di offerta pubblica di sottoscrizione di azioni societarie che contenga informazioni fuorvianti in ordine alla situazione patrimoniale della società, l'emittente al quale le errate informazioni siano imputabili, anche solo a titolo di colpa, risponde verso chi ha sottoscritto le azioni del danno subito per aver acquistato titoli di valore inferiore a quello che il prospetto avrebbe lasciato supporre, dovendosi presumere, in difetto di prova contraria, che la non veridicità del prospetto medesimo abbia influenzato le scelte d'investimento del sottoscrittore».

6. Alla medesima corte d'appello si demanda di provvedere anche in ordine alle spese del presente giudizio di legittimità.

Omissis.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

4.1. Intermediario in caso di collocamento fuori sede tramite promotori: Cass. civ., sez. I, 22 maggio 2020, n. 9460.

Massima:

In forza dell'articolo 21 del decreto legislativo n. 58 del 1998 e del Regolamento Consob n. 11522 del 1998 l'intermediario, in caso di collocamento fuori sede tramite promotori, doveva operare in modo che i clienti fossero sempre adeguatamente informati, non poteva effettuare o consigliare operazioni, se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza fosse necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento e doveva consegnare agli investitori, prima della sottoscrizione del documento di acquisto o di sottoscrizione degli strumenti finanziari e degli altri prodotti finanziari, copia del prospetto informativo o degli altri documenti informativi, ma anche illustrare agli investitori gli elementi essenziali dell'operazione, del servizio o del prodotto, con particolare riguardo ai relativi costi e rischi patrimoniali. La contrapposizione fra gli adempimenti informativi di cui alle lettere b) e c) dell'articolo 36 del Regolamento Consob 11522/1998 rende evidente che la consegna del prospetto informativo emesso dall'emittente era adempimento necessario, ma non sufficiente, a soddisfare l'obbligo informativo gravante sull'intermediario.

4.2. Lettere di patronage: Cass. civ., sez. III, 28 febbraio 2012, n. 3003.

Nota. *Per l'inquadramento dell'istituto si rinvia alla prossima lezione relativa ai contratti di garanzia.*

Massima:

Si configura un fatto illecito da informazioni o da dichiarazioni false od inesatte a carico della società controllante di una delle due parti contraenti, nell'ipotesi in cui tale società, terza rispetto al contratto ed al di fuori di qualsiasi dichiarazione di per sé vincolante e coercibile, con la sua condotta scorretta, manifestata vuoi direttamente per il tramite dei suoi organi, vuoi mediante direttive alla controllata, e consistente nell'indurre o rafforzare l'affidamento del creditore della società controllata nella capacità di adempimento di quest'ultima, abbia cagionato un danno ingiusto per lesione dell'affidamento dell'altra parte contraente, la quale abbia, per tale motivo, continuato ad operare forniture alla controllata medesima, poi non adempiute. La responsabilità in questione ha natura aquiliana, riconducibile alla clausola generale dell'art. 2043 c.c., per essere l'autore dell'illecito estraneo al contratto stipulato a causa delle informazioni fornite e per non essere configurabile l'inadempimento di specifiche obbligazioni gravanti sul dichiarante; ne consegue che la parte danneggiata ha l'onere di provare tutti gli elementi, oggettivo e soggettivo, della fattispecie dannosa.

4.3. Responsabilità della Consob: Cass. civ., sez. I, 25 febbraio 2009, n. 4587.

Massima:

In tema di responsabilità civile aquiliana, accertata (nella specie, all'esito di una precedente sentenza della S.C.) la negligenza della Consob per avere permesso la diffusione di un prospetto informativo gravemente mendace nella comunicazione predisposta dal promotore finanziario dell'operazione di pubblica sottoscrizione di titoli atipici, il giudice del merito (nella specie, in sede di rinvio), nel quadro dei principi di equivalenza causale e di causalità adeguata di cui agli artt. 40 e 41 cod. pen., può ritenere che il comportamento omissivo dell'autorità di vigilanza costituisca causa della perdita subita dai risparmiatori, danneggiati dall'aver fatto affidamento sulla veridicità dei dati riportati nel prospetto, e che, per converso, la condotta doverosa della medesima autorità preposta al settore del mercato mobiliare, se fosse stata tenuta, avrebbe impedito la verifica dell'evento, perché, in presenza di un effettivo esercizio dei poteri di vigilanza e repressivi, l'investimento non ci sarebbe stato. (Nella specie, era stato accertato che gli investitori avevano fatto affidamento sulla veridicità dei dati riportati nel prospetto informativo e passati al vaglio della Consob e che anche i risparmiatori *Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

Giappichelli Formazione

abituati a muoversi al di fuori delle tipologie più prudenti e con basso profilo di rischio si sarebbero diretti verso forme di investimento diverse, ove fossero stati a conoscenza della reale situazione del proponente l'operazione finanziaria). (Cassa con rinvio, App. Milano, 21 ottobre 2003.

Si riporta di seguito parte della motivazione:

Omissis.

1.– Passando al merito, con il primo motivo i ricorrenti in via principale P.B. ed altri denunciano “violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 384 cod. proc. civ., degli artt. 2043 e 2697 cod. civ., della L. n. 216 del 1974, artt. 18 e 18 quater”, nonché “omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia (art. 360 cod. proc. civ., nn. 3, 4 e 5)”.

Ad avviso dei ricorrenti, il riconoscimento di un comportamento colposo da parte della CONSOB nella vicenda de qua sarebbe stato compiuto dalla Corte d'appello sull'assorbente (ed anzi esclusivo) presupposto dell'essere la stessa Corte vincolata alle affermazioni in punto di fatto contenute nella sentenza n. 3132 del 2001 della Corte di Cassazione in ordine ad una (asseritamente) pacifica ed acclarata falsità dei dati contenuti nel prospetto. Su tali basi, la Corte milanese avrebbe ritenuto non soltanto che non fosse proprio compito, ma addirittura che fosse precluso alla medesima procedere ad un autonomo accertamento dei termini della controversia .

Il giudice del rinvio si sarebbe erroneamente ritenuto vincolato ad affermazioni in punto di fatto contenute nella pronuncia della Corte di legittimità, rispetto alle quali sarebbe, invece, da escludere qualsivoglia effetto vincolante, nonché il principio di diritto affermato dalla sentenza rescindente non presupporrebbe di per sé alcun accertamento in punto di fatto sul comportamento concretamente posto in essere dalla CONSOB nella vicenda in esame.

Contrariamente a quanto affermato nella sentenza impugnata, nessuna acclarata e pacifica falsità dei dati contenuti nel prospetto relativo all'operazione HVST, nonché alcuna pacifica conoscenza della stessa falsità da parte della CONSOB sarebbe stata accertata dalla Corte d'appello di Milano con la prima sentenza del 1998. Le stesse affermazioni contenute nella pronuncia rescindente della Cassazione “devono essere ritenute ... il frutto di un evidente travisamento della pronuncia cassata, consistente nell'aver considerato come valutazioni della Corte Territoriale quelli che, invece, erano gli addebiti mossi dagli appellanti nei confronti della CONSOB”.

Era compito della Corte di Milano, quale giudice del rinvio, valutare in via autonoma se, tenuto conto dell'esatto contenuto dei poteri esistenti in capo alla CONSOB all'epoca dei fatti di causa, fosse ravvisabile nel caso di specie una colposa omissione nell'esercizio di tali poteri da parte della stessa Commissione; e ciò tanto più ove si consideri che la Corte di Cassazione aveva espressamente disposto che dovesse essere compiuto un “nuovo, completo esame della controversia, esame che sarà condotto sulla base dei formulati principi di diritto e seguendo una corretta logica argomentativa”. D'altra parte, la Corte ambrosiana sarebbe comunque incorsa nel vizio di omessa pronuncia o di omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione, nonché avrebbe mancato di chiarire da quali elementi in punto di fatto sarebbe dovuta emergere la – invero soltanto asserita – falsità del prospetto informativo e, per l'effetto, la responsabilità della Commissione.

In definitiva, il giudice del rinvio avrebbe dato per dimostrate delle circostanze in punto di fatto, decisive ai fini di una responsabilità della CONSOB, sulle quali, invece, nessuna certezza è mai stata raggiunta, ed il cui onere probatorio gravava sui sottoscrittori HVST. 5.1. – Il motivo è infondato.

Con la sentenza rescindente n. 3132 del 2001, la Corte di Cassazione ha dettato il principio di diritto secondo cui, in base alla normativa vigente nel (OMISSIS), la CONSOB, cui la legislazione attribuisce un penetrante potere di controllo della veridicità e della completezza dei dati forniti dai promotori dell'operazione, risulta titolare di poteri – ispettivi, informativi e repressivi – idonei, se esercitati, ad esercitare le inesattezze e le falsità palesi (in quanto risultanti prima facie, ex actis) dei documenti depositati, nonché a portare all'interruzione dell'operazione; ed ha precisato che

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

una diversa interpretazione “confligge in modo macroscopico anche con la razionalità del sistema di garanzie perseguite con l’istituzione della CONSOB”: “ipotizzare che l’intero procedimento di comunicazione di dati, di allegazione di documentazione e di pubblicazione del prospetto riassuntivo fosse stato ideato al solo fine di consentire una programmata pubblicità della operazione ed affermare che in tal quadro alla CONSOB spettasse solo di regolare-integrare i modi di pubblicizzazione, significherebbe ridurre il ruolo dell’Organo di garanzia a quello di un ufficio di deposito atti”.

Al fine di enunciare il principio di diritto sulla configurabilità, in capo alla CONSOB, dei poteri di controllo sulla veridicità dei dati fattuali comunicati dai promotori, di intervento correttivo sugli stessi, finalizzato all’inserimento sostitutivo dei dati veri, e di repressione, consistenti nel vietare l’esecuzione dell’operazione inottemperante agli interventi stessi, la Corte di cassazione ha preso in esame le questioni di fatto costituenti il presupposto, necessario ed inderogabile, della pronuncia espressa in diritto.

Si legge, infatti, nella sentenza rescindente che “una volta accertato (come effettuato dalla (prima) sentenza (della Corte d’appello di Milano) impugnata pagg. 29, 30, 31, 35) che ex actis risultava (tanto emergendo dalla documentazione allegata alla comunicazione effettuata dai promotori) la falsità di essenziali dati della prescritta comunicazione e della necessaria informazione pubblica (il prospetto), l’organo pubblico istituzionalmente preposto ad assicurare l’effettività di minimi standards informativi ave(va) la potestà legale di intervenire con iniziative istruttorie, integrative, repressive su operazioni che, prima, facie, quel livello di veridicità non fornivano”.

Nel dettaglio, la sentenza n. 3132 del 2001 ha evidenziato che, sulla base della “incontestata prospettazione attorea”, tali circostanze, di per sè “eleguenti”, consistevano: (a) nella falsa attestazione dell’assunzione ed esecuzione della delibera di aumento del capitale sociale della soc. HVSTa 44 miliardi, mentre l’aumento non era stato eseguito ed il capitale era all’epoca di 20 milioni; (b) nel deposito del prospetto “benchè i proponenti non fossero ancora proprietari del bene” e “il prezzo di acquisto fosse stato dichiarato in una somma inferiore a quella di 44 miliardi”; (c) nel fatto che “il valore della operazione non considerasse i mutui gravanti sulla società”; (d) nell’impossibilità per il canone del complesso immobiliare di “rappresentare per il gruppo Sofinvest- C. una componente di reddito attiva ed una disponibilità liquida effettiva”, dato che “il relativo credito (circostanza questa del tutto sottaciuta) aveva formato oggetto di cessione o vincolo a favore della BNL”.

Correttamente, pertanto, nell’applicare il suesposto principio di diritto, il giudice del rinvio ha considerato come ormai accertati in via definitiva, quali premesse logico-giuridiche della sentenza di annullamento, le “evidenti falsità”, facilmente “rilevabili dai documenti depositati”, dei “dati contenuti nel prospetto”; mentre avrebbe esorbitato dai limiti impostigli dalla sentenza rescindente se avesse rimesso in discussione gli accertamenti di fatto, sulla falsità del prospetto e sulla rilevabilità ictu oculi ad opera della CONSOB, già svolti nei precedenti gradi di giudizio, declassandoli - come ora pretendono i ricorrenti - a meri obiter dicta o a considerazioni svolte in via meramente concessiva ed ipotetica.

Invero, i principi espressi dal giudice di legittimità nelle sentenze di cassazione con rinvio per (o anche per) violazione di legge non sono mere enunciazioni teoriche ad applicazione solo eventuale, ma devono indefettibilmente trovare applicazione concreta nel successivo giudizio di rinvio, giacchè la pronuncia della Corte di Cassazione vincola non solo al principio affermato ma anche ai relativi presupposti di fatto. Da tanto consegue che il giudice del rinvio deve uniformarsi non solo alla regola giuridica enunciata, ma anche alle premesse logiche della decisione adottata, attenendosi agli accertamenti già compresi nell’ambito di tale enunciazione, senza possibilità di modificare l’accertamento e la valutazione dei fatti, acquisiti al processo, costituenti il presupposto stesso della pronuncia di annullamento, atteso che il riesame di essi verrebbe a porre nel nulla o a limitare gli
Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perchè coperti dal diritto d’autore.

Giappichelli Formazione

effetti della pronuncia di cassazione, in contrasto con il principio della loro intangibilità (Cass., Sez. Un., 28 ottobre 1997, n. 10598; Cass., Sez. 1[^], 27 aprile 1976, n. 1478; Cass., Sez. lav., 19 luglio 2002, n. 10622;

Cass., Sez. lav., 12 settembre 2003, n. 13446).

Con tali vincoli e limitazioni, pertanto, è stato correttamente espletato il "nuovo, completo, esame della controversia" affidato al giudice di rinvio dalla Corte di Cassazione, tanto più che essa ha specificato che l'indagine in proposito doveva essere "condotta sulla base dei formulati principi di diritto".

6. - Il secondo mezzo del ricorso principale (violazione e falsa applicazione dell'art. 41 cod. pen., degli artt. 112 e 384 cod. proc. civ. e degli artt. 1223 e 2697 cod. civ., nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, ai sensi dell'art. 360 cod. proc. civ., nn. 3, 4 e 5) lamenta che il ragionamento svolto dalla Corte Territoriale al fine di affermare la sussistenza di un valido nesso causale tra la (presunta) condotta colposa della CONSOB e il danno (asseritamente) sofferto dai sottoscrittori sia viziato sotto più profili.

Omissis...

Per quanto riguarda, innanzitutto, le "irregolarità contenute nel prospetto relativo all'operazione Hotel Villaggio Santa Teresa" - che, ad avviso del ricorrenti, non sussisterebbero in alcun modo, "essendo in realtà soltanto apparenti", ed alle quali, pertanto, non potrebbe "essere attribuito un contributo eziologico nella causazione dei danni", non avendo i sottoscrittori, per di più, assolto all'onere della prova su di essi gravante -, valgono le considerazioni esposte retro, sub 5.1., con riferimento all'esame del primo motivo di ricorso, dovendo qui ribadirsi che la falsità di rilevanti informazioni contenute nel prospetto e la facile accertabilità di essa da parte dell'Organo di vigilanza costituiscono accertamenti di fatto definitivi, come tali vincolanti per il giudice del rinvio.

Quanto alla deduzione secondo cui avrebbe errato il giudice del rinvio ad affermare la sussistenza della causalità tra omissione imputabile alla CONSOB e danno, essendo semmai il danno patito dagli investitori individuabile - come già affermato dalla Corte di Milano nella prima sentenza del novembre 1998 - nella divergenza tra valore di sottoscrizione delle quote e valore effettivo delle stesse (a sua volta indotta dalla sottaciuta assenza di componenti di reddito nell'investimento proposto, determinata dalla pregressa cessione dei canoni alla BNL), occorre osservare che tale prospettazione prescinde totalmente dalle statuizioni contenute nella sentenza rescindente di questa Corte: la quale, nell'esaminare il quarto motivo del ricorso, ha censurato che la Corte di Milano, indagando sulla causalità tra condotta omissiva e danno patito, avesse finito per negarla proprio "sulla base di rilievi afferenti la mera quantificazione del danno, senza interrogarsi ... sulla possibilità che l'uso dei poteri conferitile dalla legge avrebbe dovuto indurre CONSOB a far pubblicare sul prospetto, previe le menzionate iniziative ed integrazioni, solo notizie veridiche (nel (OMISSIS)) ovvero, ed in caso di non ottemperanza alle proprie iniziative, a non autorizzarne affatto la pubblicazione".

Nè è esatto che la Corte del merito avrebbe omissso di prendere posizione sulla possibile imputazione del danno alla consapevole accettazione del rischio da parte dei sottoscrittori. Il giudice del rinvio ha infatti accertato, con logico e motivato apprezzamento, che "anche un investitore con notevole propensione al rischio si sarebbe rivolto verso altre forme di investimento, ove fosse stato a conoscenza della reale situazione del proponente l'operazione", e che "tale mancata conoscenza è imputabile alla CONSOB, per non avere esercitato l'attività di vigilanza e controllo a cui, nella fattispecie, era obbligata".

Più in generale, la statuizione del giudice del rinvio in ordine alla sussistenza di un nesso di causalità tra l'omissione colposa nella vigilanza ed il danno subito dagli investitori si sottrae alla censura, prospettata dai ricorrenti, di violazione e falsa applicazione dell'art. 41 cod. pen..

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Invero, la Corte di Milano ha accertato che gli investitori sottoscrissero le quote anche e soprattutto in base alle informazioni pubblicate nel prospetto, facendo affidamento sulla veridicità delle stesse, passate al vaglio della vigilanza CONSOB, e che essi non avrebbero acquistato tali quote - il cui valore effettivo, all'epoca della sottoscrizione, risultava quasi dimezzato rispetto al valore nominale - ove avessero saputo che: (a) il capitale sociale ammontava a L. 20 milioni anziché a L. 44 miliardi; (b) il valore patrimoniale del bene, indicato nel prospetto in L. 44 miliardi, era notevolmente inferiore; (c) i proponenti, all'epoca, non erano ancora proprietari del bene; (d) dal prezzo di acquisto avrebbero dovuto essere detratti i mutui gravanti sulla società; (e) il credito per il canone di affitto era stato ceduto alla BNL, rendendo l'investimento privo di redditività.

Muovendo da tali premesse, la Corte territoriale -facendo applicazione dei principi sulla conditio sine qua non e sulla causalità adeguata, di cui agli artt. 40 e 41 cod. pen. - è pervenuta alla conclusione che un tempestivo e corretto esercizio dei poteri di vigilanza della CONSOB avrebbe dissuaso gli investitori dall'operazione, orientandoli verso altre forme di investimento, e che, inoltre, ove la Commissione avesse esercitato il potere, del quale pure essa disponeva, di vietare, data la presenza di gravi anomalie e inesattezze del prospetto informativo, la sollecitazione all'investimento, l'operazione di sottoscrizione non avrebbe avuto neppure inizio e non avrebbe, quindi, causato alcun danno ai risparmiatori-investitori.

Così statuendo, la Corte di Milano si è correttamente attenuta al seguente principio di diritto. Accertata la negligenza della CONSOB che, con la sua condotta omissiva, abbia permesso la diffusione di un prospetto informativo gravemente mendace nella comunicazione predisposta dai promotori dell'operazione di pubblica sottoscrizione di titoli atipici, il giudice del merito - al quale compete procedere all'accertamento del nesso di causalità, con un apprezzamento insindacabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi - ben può ritenere, nel quadro dei principi della equivalenza causale e della causalità adeguata, a norma degli artt. 40 e 41 cod. pen., che tale omissione sia stata causa della perdita subita dai risparmiatori, danneggiati dall'aver fatto affidamento sulla veridicità dei dati riportati nel prospetto informativo, e che, per converso, la condotta doverosa dall'autorità di garanzia preposta al settore del mercato mobiliare, se fosse stata tenuta, avrebbe impedito la verifica dell'evento, perchè, in presenza di un effettivo esercizio di poteri di vigilanza e repressivi, l'investimento non ci sarebbe stato.

Nè infine sussiste il denunciato vizio di violazione e falsa applicazione dell'art. 384 cod. proc. civ., o, comunque, di omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione, prospettato sul rilievo che il giudice del rinvio non avrebbe proceduto, nell'indagine relativa al nesso di causalità, ad una valutazione individualizzata della posizione dei singoli sottoscrittori.

E' bensì vero che la sentenza rescindente ha demandato al giudice del rinvio un giudizio prognostico "sulla sorte delle iniziative di sottoscrizione in presenza dei possibili esiti del corretto e tempestivo esercizio della vigilanza CONSOB" e sulla "presumibile esclusione di questa o quella sottoscrizione dannosa per effetto del tempestivo esercizio delle potestà di legge", avendo "riguardo alle date ed alle modalità delle varie sottoscrizioni"; ma queste indicazioni non precludevano al giudice del rinvio di ritenere dimostrata, all'esito di un nuovo e completo esame della controversia, l'efficienza causale del comportamento omissivo della Commissione in rapporto al danno subito da tutti i sottoscrittori.

A questa conclusione la Corte ambrosiana è pervenuta, facendo applicazione dei principi in tema di concorso di cause statuiti dagli artt. 40 e 41 cod. pen., ed applicabili anche a regolare la causalità nell'illecito extracontrattuale, dopo avere, in modo analitico e puntuale, all'esito del rinnovato esame accertato: (a) che tutti gli investitori sottoscrissero le quote perchè avevano fatto affidamento sulla veridicità dei dati riportati nel prospetto informativo e passati al vaglio della vigilanza CONSOB; (b) che anche il risparmiatore abituato a muoversi, nella messa a frutto del proprio capitale monetario, al di fuori delle tipologie più prudenti o con un basso profilo di rischio, si sarebbe diretto

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

verso forme di investimento diverse da quella in oggetto, ove fosse stato a conoscenza della reale situazione del proponente l'operazione finanziaria.

In questo quadro, la stessa affermazione dei ricorrenti secondo cui il giudice del rinvio avrebbe dovuto escludere la sussistenza di un valido nesso di causalità con riferimento alle sottoscrizioni intervenute successivamente al (OMISSIS), più che risolversi nella indicazione di carenze o lacune nelle argomentazioni del giudice del rinvio, finisce con il contrapporre una propria valutazione delle risultanze di causa diversa da quella alla quale, motivatamente, è giunta la Corte territoriale, e con il prospettare un diverso esame del merito della regiudicanda, senza neppure indicare da quali risultanze processuali emergerebbe il carattere pacifico ed incontestato del fatto della completa sanatoria, a quella data, di tutte le decottive informazioni contenute nel prospetto.

Sotto questo profilo, la censura sollevata si risolve in una contestazione degli apprezzamenti in fatto compiuti dalla Corte di merito ed in una sollecitazione ad una nuova e diversa lettura delle risultanze di cause. Ma ciò fuoriesce dai limiti del sindacato di questa Corte, perchè le deduzioni delle parti ricorrenti, oltre ad infrangersi contro la palese sussistenza, nella sentenza impugnata, dei requisiti strutturali dell'argomentazione, si sostanziano nel ripercorrere criticamente il ragionamento decisorio svolto dal giudice a quo, sicchè incidono sull'intrinseco delle opzioni nelle quali propriamente si concreta il giudizio di merito, risultando per ciò stesso estranee all'ambito meramente estrinseco entro il quale è circoscritto il giudizio di legittimità.

*7. - Il terzo motivo (violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 384 cod. proc. civ. e degli artt. 1227 e 2697 cod. civ., nonchè omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, ai sensi dell'art. 360 cod. proc. civ., nn. 3, 4 e 5) censura che la Corte del rinvio abbia escluso la **configurabilità di un concorso di colpa dei sottoscrittori HVST**. La Corte d'appello avrebbe innanzitutto omesso di prendere posizione:*

sul fatto che il prospetto informativo manifestava comunque evidenti indici di incertezza e rischiosità dell'investimento, perfettamente rilevabili dai sottoscrittori; sulla circostanza che questi ultimi dovevano ritenersi soggetti qualificati e provvisti di una sufficiente propensione al rischio; infine, sulla natura intrinsecamente aleatoria dell'operazione.

La sentenza impugnata sarebbe altresì viziata là dove ha escluso la rilevanza, ai fini dell'applicazione dell'art. 1227 cod. civ., della diffusione, successivamente alla pubblicazione del prospetto informativo, di notizie di stampa concernenti il carattere "avventuroso" dell'operazione.

*E lo sarebbe, innanzitutto, per violazione e falsa applicazione dell'art. 384 cod. proc. civ., essendo stati disattesi i criteri direttivi stabiliti al riguardo per il giudizio di rinvio dal Supremo Collegio; in secondo luogo, sotto il profilo della illogicità e contraddittorietà della motivazione, perchè se la diffusione di notizie di stampa avrebbe dovuto rendere facilmente accertabile e rilevabile *ictu oculi*, da parte della CONSOB, il carattere "avventuroso" dell'operazione, allora la medesima evidenza ed accertabilità avrebbero dovuto sussistere anche con riferimento ai sottoscrittori, tanto più che trattavasi di soggetti particolarmente esperti del mercato mobiliare.*

Infine, la sentenza impugnata sarebbe viziata per violazione e falsa applicazione dell'art. 384 cod. proc. civ., nonchè per omessa pronuncia o per vizio di motivazione nella parte in cui non ha proceduto ad una valutazione individualizzata del concorso di colpa dei singoli sottoscrittori nella produzione del danno lamentato dagli stessi.

7.1. - Il motivo è in parte fondato, nei termini di seguito precisati.

*7.1.1. - Occorre prendere le mosse dal rilievo che, in un'operazione finanziaria di pubblica sottoscrizione, i risparmiatori compiono le loro scelte di investimento sulla base del prospetto e ripongono fiducia nel fatto che le informazioni in esso contenute sono per legge sottoposte ad un'attività di controllo, idonea, secondo la normativa *ratione temporis* applicabile, a verificarne la completezza e la esattezza: le informazioni contenute nel prospetto creano tra il pubblico una disponibilità all'investimento proposto ed il superamento del vaglio della *supervising authority* in Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perchè coperti dal diritto d'autore.*

Giappichelli Formazione

ordine all'operazione di sollecitazione del pubblico risparmio ingenera negli investitori il legittimo affidamento che quelle informazioni contengono dati veritieri e sono realmente descrittive dei termini dell'affare.

Correttamente, pertanto, la Corte di Milano ha affermato che nessun investitore, neppure quello con la maggiore propensione al rischio, si sarebbe indotto a sottoscrivere i titoli in questione se avesse realmente conosciuto dati rilevanti dell'investimento offerto, che invece gli sono stati prospettati in modo inveritiero od ingannevole o che gli sono stati taciuti; ed ha rilevato che tale difetto di conoscenza era imputabile alla CONSOB, la quale aveva, in allora, la potestà di accertare le falsità evidenti dei dati che il promotore intendeva comunicare ai risparmiatori attraverso il prospetto sottoposto alla sua approvazione.

In questa prospettiva, il giudice del merito - al quale, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte (Sez. 3[^], 13 luglio 1967, n. 1760; Sez. 3[^], 10 marzo 1969, n. 774; Sez. lav., 5 aprile 1975, n. 1224; Sez. 1[^], 2 febbraio 1998, n. 1023), spetta di accertare, con un apprezzamento di mero fatto, se sia configurabile un fatto colposo del danneggiato che abbia concorso al verificarsi dell'evento dannoso, ai sensi dell'art. 1227 cod. civ., comma 1 - ha escluso la ravvisabilità di qualsiasi comportamento colposo degli investitori, ai quali non può rimproverarsi di non avere verificato autonomamente, prima di decidersi a compiere l'operazione, che le caratteristiche dell'investimento corrispondessero a quanto illustrato nel prospetto informativo, passato al vaglio della competente Commissione. Difatti - ha precisato la Corte Territoriale - "il risparmiatore legittimamente può fare affidamento sulla veridicità del prospetto informativo relativo all'investimento finanziario, sottoposto al controllo della CONSOB, e non può imporsi allo stesso una ulteriore verifica, gravosa per lo stesso e sostanzialmente superflua, stante il controllo di veridicità del prospetto informativo" spettante all'autorità di vigilanza.

La conclusione alla quale è pervenuta al riguardo la Corte di Milano sfugge alle censure dei ricorrenti: i quali - nel dedurre, genericamente, che "l'investimento prospettato, per la sua complessità, era destinato non a comuni risparmiatori, ma ad un ambiente selezionato di specifici investitori finanziari, destinati a svolgere (in via mediata) un'attività imprenditoriale", e nel sottolineare che non può essere posta "a carico della CONSOB una garanzia ex lege sul buon esito degli investimenti mobiliari, con l'effetto (ontologicamente inaccettabile) di azzerare il rischio economico sotteso alle operazioni finanziarie, attraverso una socializzazione dello stesso" - non allegano circostanze decisive in ordine alle quali la motivazione della sentenza impugnata presenti lacune o vizi logici. Per un verso, infatti, l'affermazione secondo cui i sottoscrittori HVST non potrebbero essere considerati alla stregua di investitori retail - oltre ad essere priva di agganci a concrete risultanze processuali - non indica in base a quali circostanze dovrebbe predicarsi l'appartenenza degli investitori alla categoria degli operatori qualificati e professionali; per l'altro verso, le deduzioni contenute nel ricorso in ordine alla aleatorietà degli investimenti effettuati nell'ambito del mercato mobiliare non tengono conto della circostanza che la sentenza impugnata non ha certo addossato sulla CONSOB, in quanto autorità pubblica preposta alla vigilanza sui mercati mobiliari, le perdite derivanti da un investimento mobiliare non andato a buon fine a causa dell'andamento negativo del mercato o della normale alea sulla redditività di un investimento, ma ha evidenziato che il danno lamentato si ricollega nella specie direttamente alla presenza di un prospetto informativo gravemente mendace e alla omessa vigilanza dell'autorità che, per la sua funzione istituzionale, aveva il compito di garantire il pubblico dei risparmiatori circa la veridicità delle informazioni contenute nel detto documento.

7.1.2. - Incorre, invece, nelle censure articolate dai ricorrenti la statuizione che ha escluso la rilevanza della diffusione di notizie di stampa sul carattere rischioso dell'operazione finanziaria in questione, sotto il profilo del concorso di colpa dei danneggiati, messi sull'avviso, o del contegno degli stessi idoneo a produrre un aggravamento del danno.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Va premesso che la più volte citata sentenza di questa Corte, nell'accogliere il quinto motivo del ricorso, ha statuito che l'aver avuto i potenziali investitori, in epoca successiva alla pubblicazione del prospetto informativo, contezza dei rischi connessi all'operazione per effetto delle notizie diffuse dalla stampa sul carattere "avventuroso" dell'investimento in atto, non esimeva la CONSOB dall'obbligo istituzionale di attivare le potestà disponibili, ed anzi imponeva la sollecita attivazione degli interventi - doverosi - sino a quel momento negletti.

La detta sentenza - nel cassare la pronuncia dei giudici milanesi, che aveva affermato la sostanziale inefficienza causale di un intervento della CONSOB assunto nel pieno di una campagna giornalistica di informazione - ha tuttavia evidenziato che "le notizie in discorso avrebbero potuto essere considerate come originanti una situazione - perverso caratterizzata dall'ampio di spiegamento cronologico delle sottoscrizioni (iniziate all'indomani della pubblicazione del prospetto e continuate anche nell'anno (OMISSIS)) - nella quale, semmai, il comportamento dei sottoscrittori (o di parte di essi) avrebbe potuto ricevere una valutazione alla stregua dell'art. 2056 cod. civ., comma 1, e art. 1227 cod. civ."

Alla base del dictum della sentenza rescindente vi è, da un lato, la considerazione che, per logica di sistema, gli investitori, quando scelgono di investire nello specifico strumento finanziario oggetto di sollecitazione all'investimento, lo fanno proprio sulla base delle informazioni ufficiali provenienti dal prospetto, la cui pubblicazione è autorizzata dalla CONSOB; dall'altro, la sottolineatura che, allorchè una notizia di stampa pone all'attenzione del pubblico la possibilità che una fonte di informazione ufficiale possa non essere più attendibile, l'investitore prudente deve valutare anche il contenuto della notizia di stampa, e che la colpa del risparmiatore danneggiato va apprezzata sotto il profilo del concorso di questo nella produzione dell'evento o ai fini della riduzione del risarcimento.

E' esatto che, come è reso palese dall'uso dell'avverbio semmai, l'indagine sulla rilevanza, sub specie di concorso del fatto colposo del danneggiato o di comportamento suscettibile di avere determinato un aggravamento del danno, della pubblicazione di dette notizie di stampa, era affidato, nel quadro di un "nuovo, completo, esame della controversia", al giudice del rinvio: il quale, "seguendo una corretta logica argomentativa", non necessariamente, ma solo, appunto, eventualmente, era tenuto a dare alle notizie di stampa una valutazione alla stregua dell'art. 1227 cod. civ..

Senonchè la Corte di merito - nell'escludere che i risparmiatori, messi sull'avviso dalla stampa, avrebbero dovuto attivarsi per verificare la corrispondenza al vero delle notizie pubblicate ed eventualmente non investire nell'operazione o provvedere a disinvestire prontamente i capitali, evitando o limitando le perdite lamentate - ha motivato esclusivamente in astratto, osservando che proprio la mancata attivazione della CONSOB anche in seguito alla pubblicazione di notizie di stampa "può ... avere avuto l'effetto di tranquillizzare i risparmiatori sulla infondatezza delle notizie di stampa".

Così decidendo, la Corte Territoriale si è sottratta all'indagine che ad essa era stata affidata dalla sentenza rescindente, disattendendo i criteri direttivi stabiliti per il giudizio di rinvio ed incorrendo nel denunciato vizio di motivazione. Anzichè compiere un'analisi delle notizie di stampa, del loro contenuto e della loro consistenza (se, cioè, recanti soltanto mere opinioni del giornalista o riportanti valutazioni suffragate da fatti obiettivi ed elementi concreti), del loro grado di diffusione e della loro ripercussioni sul mercato dei titoli in questione, il giudice del rinvio ha infatti finito con l'escludere, in tesi e in assoluto, che le notizie giornalistiche tout court debbano o possano costituire una fonte di informazione per l'attento risparmiatore; e, anzichè procedere ad un'indagine individualizzata in ordine al concorso di colpa di ciascun sottoscrittore anche in relazione all'epoca dell'investimento, è pervenuto ad una conclusione uniforme e generalizzante, senza distinguere le posizioni dei singoli investitori, nè, pertanto, prendere in diversa considerazione la posizione di coloro che, senza porsi dubbi sull'attendibilità del prospetto autorizzato, acquistarono quote nel periodo successivo alla
Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perchè coperti dal diritto d'autore.

diffusione delle notizie de quibus e di coloro che, avendo aderito ab origine all'operazione, avrebbero potuto, in ipotesi, ridurre il danno attraverso una liquidazione delle quote acquistate.

8. - Con il sesto motivo - che in ordine logico va esaminato prima dei restanti quarto e quinto motivo - i ricorrenti in via principale denunciano violazione e falsa applicazione degli artt. 112, 116 e 384 cod. proc. civ., del D.P.R. n. 3 del 1957, art. 23, del D.L. n. 534 del 1996, art. 3, convertito nella L. n. 639 del 1996, e della l. n. 216 del 1974, artt. 1 e 2, nonché omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia .

*Con esso lamentano che la condanna al risarcimento integrale nei confronti dei sottoscrittori sia stata pronunciata, in solido con la CONSOB ed il Ministero, anche nei confronti di P.B., P.A., G.F. e S.L., in qualità di funzionari ed esperti della CONSOB. **Il giudice del rinvio si sarebbe limitato ad indagare sulla sussistenza di un comportamento genericamente colposo ascrivibile ai singoli funzionari ed esperti della CONSOB, senza tuttavia interrogarsi in alcun modo sulla gravità o meno di tale (eventuale) colpa.** In tal modo, la Corte Territoriale avrebbe ignorato il disposto del D.P.R. n. 3 del 1957, art. 23, a tenore del **quale la responsabilità civile dei funzionari e dipendenti della P.A. sussiste soltanto in presenza di comportamenti dolosi o gravemente colposi.** La Corte del merito, pertanto, non si sarebbe potuta limitare ad indagare sulla sussistenza, nel comportamento di tali soggetti, degli ordinari elementi costitutivi dell'illecito aquiliano, ma avrebbe dovuto verificare la ravvisabilità degli estremi di una colpa grave.*

Gli elementi di prova utilizzati dal giudice del rinvio onde dimostrare il comportamento illecito dei singoli funzionari ed esperti sarebbero insufficienti e addirittura inammissibili.

Quanto alla responsabilità del P.B., la Corte Territoriale si sarebbe limitata a far leva su una dichiarazione, priva di valore confessorio, resa dallo stesso in sede penale, nonché sulla circostanza - di per sè neutra e non decisiva - della partecipazione dello stesso alle riunioni della CONSOB in cui il prospetto venne discusso ed approvato.

In ordine a quella del P.A., del G.F. e del S.L., il giudice del rinvio si sarebbe riferito, in modo del tutto acritico e passivo, a mere valutazioni espresse dal giudice penale nella sentenza istruttoria con cui fu disposto il proscioglimento per amnistia.

Con ciò la Corte milanese avrebbe violato il principio - ribadito anche nella sentenza n. 3132 del 2001 della Corte di cassazione - per cui la libera valutabilità del giudice civile sussiste unicamente per le prove acquisite in sede penale, giammai con riguardo a mere valutazioni espresse in quella sede, le quali sono invece prive di qualsivoglia valore probatorio.

La Corte di Milano avrebbe inoltre omesso di sottoporre alla necessaria rivalutazione gli elementi tratti dalla sentenza penale.

Da ultimo, la sentenza impugnata sarebbe viziata nella parte in cui ha condannato all'integrale risarcimento in favore dei sottoscrittori tanto i commissari quanto gli esperti della CONSOB, senza distinguere in alcun modo le rispettive posizioni e funzioni. La Corte del merito non si sarebbe resa conto che, dei soggetti condannati, soltanto i funzionari P.B. e P.A. ricoprivano il ruolo di commissari della CONSOB all'epoca dei fatti di causa, e che pertanto soltanto questi ultimi approvarono il prospetto, laddove gli avvocati G.F. e S.L. erano due degli esperti della CONSOB, ai quali erano devolute attribuzioni e funzioni totalmente differenti. G.F. e S.L. erano addetti al Servizio giuridico della Commissione, ed il loro compito istituzionale era soltanto quello di verificare che i prospetti informativi presentati alla CONSOB fossero conformi, dal punto di vista formale e tecnico- giuridico, con lo schema-tipo predisposto dalla stessa Commissione.

Del resto, all'approvazione del prospetto si pervenne - come risulta dal verbale della riunione della CONSOB del (OMISSIS) - soltanto a seguito della lettura di una lettera riservata indirizzata dai promotori dell'operazione al presidente della Commissione, della quale pertanto gli esperti G.F. e S.L. - i quali si erano occupati della sola fase istruttoria - nulla potevano sapere.

8.1. - Il motivo è fondato.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

In primo luogo, la sentenza impugnata ha ommesso di distinguere la posizione dei commissari e degli esperti della CONSOB evocati in giudizio, laddove il diverso ruolo istituzionale degli stessi e le attività concretamente svolte da ciascuno di essi nella vicenda in esame avrebbe reso necessari una precisa indagine ed una separata valutazione in ordine alla responsabilità di ognuno, tenendo conto - con particolare riguardo agli esperti - degli specifici compiti assegnati nella struttura organizzativa della Commissione e del ruolo avuto nella vicenda.

In secondo luogo, la Corte del merito - mentre con riguardo al P. B. ha desunto in via autonoma il comportamento colposo dall'essere stato presente alle riunioni della Commissione in cui venne discusso ed approvato il prospetto, senza disporre alcuna attività di verifica e controllo, nonostante fosse stata data lettura, nella seduta del (OMISSIS), di una missiva del (OMISSIS), a firma C., in cui si evidenziava che l'operazione di acquisto delle azioni Sarda Grandi Alberghi era ancora in corso di perfezionamento - con riguardo agli altri convenuti (P.A., G.F. e S.L.) ha fondato le conclusioni di responsabilità sulle valutazioni espresse dal giudice penale nella sentenza istruttoria di proscioglimento per applicazione dell'amnistia, nella quale era stato sottolineato: che costoro "non potevano non essersi resi conto dello stato del prospetto, delle sue lacune documentali e delle sue ambigue osservazioni"; che il G. F. e il S.L. "avevano il compito di istruire la pratica prima dell'esame in Commissione"; che il P.A. "si occupò concretamente di tale operazione, senza, peraltro, rilevare nulla in merito ai punti in discussione ..., attesa la specifica competenza del P.A."

Non v'è dubbio che la sentenza penale, anche quando non faccia stato nel giudizio civile circa il compiuto accertamento dei fatti materiali formanti oggetto del giudizio penale, costituisce un documento che il giudice civile può esaminare e dal quale può trarre elementi di giudizio, sia pure non vincolanti (Cass., Sez. 1[^], 15 febbraio 2001, n. 2200; Cass., Sez. 1[^], 24 febbraio 2004, n. 3626). Ma il giudice civile non può adagiarsi acriticamente sulle valutazioni effettuate dal giudice penale, dovendo in ogni caso sottoporre le conclusioni cui sia giunto quest'ultimo al proprio vaglio critico (Cass., Sez. 3[^], 21 giugno 2004, n. 11483; Cass., Sez. Ili, 7 febbraio 2005, n. 2409). In questo senso, del resto, il giudice del rinvio era vincolato in base al principio di diritto enunciato dalla sentenza rescidente, la quale - esclusa l'efficacia di giudicato nel giudizio civile delle statuizioni contenute nella sentenza istruttoria di proscioglimento degli imputati per applicazione di amnistia - ha invitato la Corte di merito, nell'opera di necessaria rivalutazione del fatto, a "tenere conto degli elementi di prova ritualmente acquisiti nel processo penale".

Con riguardo alle posizioni dei convenuti P.A., G.F. e S.L., la Corte di Milano - pur declamando (pag. 43) di volere desumere dalla sentenza penale istruttoria "argomenti di prova" - ha finito con il conferire proprio alle valutazioni espresse dal giudice penale un'autosufficienza decisoria nel giudizio civile di responsabilità, laddove il fondamento fattuale della decisione del giudice del rinvio avrebbe dovuto essere ancorato, piuttosto, agli elementi di prova ritualmente acquisiti dal giudice penale, se ed in quanto confermati (o comunque non smentiti) dal contesto degli altri dati disponibili. Infine - e questa volta in relazione alla posizione di tutti i commissari ed esperti - la Corte di Milano - alla quale compete ogni accertamento in proposito (Cass., Sez. 3[^], 25 novembre 2003, n. 17914) - ha ommesso di interrogarsi espressamente sul grado della colpa di ciascuno, nè la generica motivazione sul punto consente di ritenere che essa abbia, sia pure implicitamente, qualificato come grave le inosservanze addebitate a costoro. Al riguardo, il giudice del rinvio avrebbe dovuto considerare che - anche nel vigore della disciplina anteriore a quella, ratione temporis non applicabile (posto che, in materia di illecito civile, il criterio di imputazione della responsabilità segue la legge vigente al momento in cui si è verificato il fatto o l'evento dannoso: Cass., Sez. 3[^], 24 settembre 2002, n. 13907), dettata dalla L. 28 dicembre 2005, n. 262, art. 24, comma 6 bis (Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari), aggiunto dal D.Lgs. 29 dicembre 2006, n. 303, art. 4, comma 3 (Coordinamento con la legge 28 dicembre 2005, n. 262, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia e del testo unico delle disposizioni in Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

materia di intermediazione finanziaria) - perchè possa configurarsi, a norma dell'art. 28 Cost., la responsabilità per danni verso i terzi dei commissari della CONSOB nonchè dei loro dipendenti od esperti in conseguenza di atti o comportamenti adottati nell'esercizio delle loro funzioni, è necessario che essi abbiano agito con dolo o colpa grave, così come previsto dal D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, art. 23 (T.U. disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato), applicabile, in quanto espressione di un principio generale, a chiunque sia legato da un rapporto di servizio con la Commissione.

A questo esame dovrà nuovamente procedere il giudice del rinvio; tenendo presente che la limitazione della responsabilità civile dei commissari ed esperti della CONSOB alle ipotesi di (dolo o) colpa grave non significa che l'ordinamento tolleri un comportamento lassista di costoro o li esponga alla responsabilità nei confronti dei terzi danneggiati solo in presenza di macroscopiche inosservanze dei doveri di ufficio o di abuso delle funzioni per il perseguimento di fini personali, giacchè si ha colpa grave anche quando l'agente, pur essendone obbligato iure, non faccia uso della diligenza, della perizia e della prudenza professionali esigibili in relazione al tipo di servizio pubblico o ufficio rivestito.

Omissis...

*10. - Passando, quindi, all'esame del quarto motivo del ricorso principale (violazione e falsa applicazione degli artt. 1223, 2041 e 2697 cod. civ.; omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia; il tutto in relazione all'art. 360 cod. proc. civ., nn. 3 e 5), con esso si contesta la **liquidazione del danno in favore dei sottoscrittori HVST** nell'intero ammontare dell'investimento dagli stessi effettuato.*

La Corte del merito avrebbe dovuto detrarre dalla somma richiesta quanto meno il valore residuo delle quote acquistate. Si sarebbe dovuto considerare la circostanza - diffusamente evidenziata - che il complesso immobiliare alberghiero di cui è proprietaria la società HVST a r.l. (e quindi, per il tramite di essa, i sottoscrittori) è tuttora esistente nella sua materialità, e mantiene, quale bene immobile, un proprio valore di mercato. A seguire il ragionamento svolto nella sentenza impugnata, si perverrebbe - assumono i ricorrenti - al risultato di far conseguire agli investitori una illegittima ed ingiustificata locupletazione.

La Corte Territoriale avrebbe dato per dimostrate circostanze decisive ai fini della quantificazione del danno - e cioè, in ultima analisi, la totale mancanza di valore residuo delle quote acquistate dai sottoscrittori - sulle quali, invece, nessuna certezza è mai stata raggiunta, ed il cui onere probatorio gravava sui sottoscrittori HVST. 10.1. - La censura articolata con il motivo è infondata.

Correttamente il giudice del rinvio ha affermato che, poichè gli investitori non avrebbero acquistato i titoli mobiliari in questione se la CONSOB avesse proceduto alla doverosa attività di vigilanza e di controllo, il risarcimento deve coprire il danno subito dagli investitori medesimi in termini di perdita del capitale investito. E siccome nessun valore, neppure minimo, può essere attualmente riconosciuto alle quote HVST acquistate, non essendo stato recuperato alcunchè dall'insinuazione al passivo delle procedure concorsuali alle quali sono state sottoposte le varie società promotrici dell'operazione, il danno sopportato da ciascun sottoscrittore è stato fatto coincidere con l'intero prezzo pagato per l'acquisto della quota.

Pervero, i ricorrenti, nel contestare (anche) in punto di fatto la conclusione cui è pervenuta la Corte di merito, sostengono che sussisterebbe un valore residuo di mercato delle quote acquistate dai sottoscrittori: ma la deduzione si risolve nella prospettazione di un punto di vista diverso dal motivato apprezzamento della sentenza impugnata, perchè nel motivo di ricorso non vengono trascritte - come invece sarebbe stato onere dei ricorrenti, in base al principio di autosufficienza - le risultanze processuali, indicative del detto valore residuo di mercato, che la Corte del merito avrebbe omesso di prendere in considerazione.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

11. - Il quinto mezzo del ricorso principale (violazione e falsa applicazione degli artt. 2043, 2056 e 1223 cod. civ.; omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia) lamenta che la sentenza impugnata abbia riconosciuto la debenza degli interessi legali con decorrenza dalle singole sottoscrizioni. L'obbligazione per accessori avrebbe dovuto decorrere dalla data della pronuncia o, quanto meno, da quella del verificarsi del danno, non coincidente con la stessa data della sottoscrizione.

11.1. - In relazione al medesimo capo della sentenza impugnata relativo agli interessi, i sottoscrittori HVST, con l'unico motivo del ricorso incidentale, prospettano violazione e falsa applicazione degli artt. 2043, 2056, 1224 e 1225 cod. civ., nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia. Essi sostengono che nella specie, venendo in considerazione un debito di valore, sull'ammontare del risarcimento riconosciuto in favore dei singoli risparmiatori avrebbe dovuto essere applicata anche la rivalutazione monetaria.

11.2. - Il quinto motivo del ricorso principale e l'unico mezzo del ricorso incidentale vanno esaminati congiuntamente, stante la loro connessione.

E' fondato il motivo del ricorso incidentale, giacché sono erronee le premesse dalle quali ha preso le mosse la Corte di Milano nell'escludere il danno da svalutazione monetaria.

L'obbligazione risarcitoria da fatto illecito extracontrattuale per le perdite subite dal risparmiatore in conseguenza della omessa attivazione, da parte della CONSOB, dei poteri di vigilanza su di un'operazione di sollecitazione al pubblico risparmio, costituisce un debito di valore. Nè siffatta configurazione è destinata a mutare per il fatto che l'evento dannoso coincide con la perdita della somma di danaro investita, giacché nella responsabilità aquiliana - dove l'obbligazione risarcitoria mira alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato - ai fini del risarcimento del danno viene in rilievo la perdita del valore oggetto, nella specie, dell'operazione finanziaria di investimento, e ciò che il danneggiante deve non è la corresponsione di una data somma di danaro ma l'integrale risarcimento del danno, di cui la somma originaria costituisce solo una componente ai fini della relativa commisurazione (cfr., in ambiti diversi, Cass., Sez. 2[^], 21 luglio 1980, n. 4776; Cass., Sez. 3[^], 23 aprile 1982, n. 2534; Cass., Sez. 3[^], 20 febbraio 1987, n. 1817; Cass., Sez. 1[^], 25 maggio 2005, n. 11018).

La Corte di Milano, affermando di non potere riconoscere il danno da svalutazione monetaria (che avrebbe dovuto essere dimostrato, o almeno allegato, dagli investitori) ed essendosi limitata a statuire la debenza degli interessi legali, ha erroneamente considerato l'obbligazione risarcitoria de qua alla stregua di un debito di valuta.

Trattandosi, invece, di obbligazione di valore, non occorre che gli investitori danneggiati si adoperassero a provare la svalutazione, in quanto l'obbligazione di risarcimento del danno è sottratta al principio nominalistico e deve, pertanto, essere quantificata dal giudice, anche d'ufficio, tenendo conto della svalutazione monetaria sopravvenuta fino alla data della liquidazione (Cass., Sez. 3[^], 22 giugno 2005, n. 13401; Cass., Sez. 1[^], 7 ottobre 2005, n. 19636).

Sulla somma riconosciuta ai danneggiati a titolo di risarcimento del danno, il giudice avrebbe dovuto considerare, in sede di liquidazione, la rivalutazione monetaria degli esborsi sostenuti dai sottoscrittori dal giorno in cui è verificato l'evento dannoso; e - secondo i principi più volte affermati da questa Corte (Sez. Un., 17 febbraio 1995, n. 1712; Sez. 3[^], 25 gennaio 2002, n. 883; Sez. 3[^], 8 maggio 2002, n. 6590; Sez. 3[^], 10 marzo 2006, n. 5234) - avrebbe dovuto liquidare il nocumento finanziario (lucro cessante) da essi subito a causa del ritardato conseguimento del relativo importo, con la tecnica degli interessi, computati - non sulla somma originaria nè su quella rivalutata al momento della liquidazione - ma sulla somma originaria rivalutata anno per anno, ovvero sulla somma rivalutata in base ad un indice medio.

L'accoglimento del motivo del ricorso incidentale assorbe l'esame della censura articolata con il ricorso principale.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

12. - *La sentenza impugnata è cassata in relazione alle censure accolte. La causa deve essere rinviata alla Corte d'appello di Milano che, in diversa composizione, la deciderà facendo applicazione dei principi di diritto sopra enunciati. Il giudice del rinvio provvederà anche sulle spese del giudizio di Cassazione.*
Omissis.

4.3.1. Segue: Cass. civ., sez. III, 23 marzo 2011, n. 6681.

Omissis.

Fatto

1. *Con citazione notificata il 27 gennaio 1997 il sig. B. G. ed altri centoventinove risparmiatori convenivano dinanzi al Tribunale di Roma la Commissione Nazionale per la società e la borsa - breviter CONSOB - chiedendone la condanna, a titolo di responsabilità aquiliana ai sensi dello art. 2043 c.c., per il risarcimento dei danni per la perdita totale degli investimenti effettuati su sollecitazione della SFA SOCIETA' SERVIZI FINANZIARI AMMINISTRATIVI dal luglio 1990 e fino al novembre 1992, e della SFA commissionaria srl dal marzo 1990 al maggio 1992. Si costituiva la Consob e contestava il fondamento delle pretese. Nel corso del giudizio intervenivano altri risparmiatori nell'interesse proprio.*

2. *Il Tribunale di Roma con sentenza del 26 luglio 2004 rigettava tutte le domande proposte dai risparmiatori intervenuti in quanto prive di autonome conclusioni verso la Consob, accoglieva invece le domande di tutti gli attori - con la eccezione di quella di I. S. per difetto di prova - ritenendo che la Commissione non avesse operato con diligenza e la condannava al risarcimento integrale dei danni ed alle spese di lite.*

3. *Contro la decisione proponeva appello la Consob chiedendo previamente la sospensione della efficacia esecutiva e nel merito il rigetto delle domande; anche i risparmiatori intervenuti nel giudizio di primo grado proponevano impugnazione ed i due gruppi di parti impugnanti, contrassegnati dai numeri di ruolo 10134 del 2004 e 6277 del 2005 davano luogo a procedure che venivano riunite a quella contrassegnata dal n. 820 del 2009.*

4. *La Corte di appello, sulle conclusioni rassegnate dalle varie parti, con sentenza del 17 novembre 2007, così decideva:*

dispone la separazione delle cause riunite a quella del 2009 n.820 considerata ai fini della decisione; dichiara inammissibile la Costituzione in appello di I.S. compensando le spese del grado con la Consob; rigetta lo appello incidentale proposto da D.B.O. e lo condanna alla rifusione delle spese del grado in favore della Consob; rigetta lo appello della Consob nei confronti degli altri appellati e la condanna alla rifusione delle spese del grado.

Contro la decisione ricorre la Consob proponendo sette motivi di cesura; resistono BE.Fa., ed altri sette con unico controricorso.

La parte ricorrente ha prodotto memoria.

Diritto

5. *Per chiarezza espositiva si darà dapprima una sintesi dei motivi della parte ricorrente, ed a seguire una loro analisi valutativa, tenendo conto anche delle considerazioni rassegnate nel controricorso.*

C.A. SINTESI DEI MOTIVI DEL RICORSO CONSOB. 5.1. Nel PRIMO MOTIVO si deduce error in iudicando per la violazione degli artt. 101, 121 e 156 c.p.c., e del diritto della difesa, in relazione allo art. 360 c.p.c., n. 2.

La censura si incentra sul punto in cui la Corte di appello ha confermato la decisione del Tribunale che ha ritenuto di non dover tenere conto dei rilievi contenuti nella consulenza tecnica di parte della Consob per la ragione che le risultanze di detta consulenza non hanno formato oggetto di contraddittorio in quanto trasfuse nella comparsa conclusionale di primo grado. Il quesito di diritto

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

a ff. 21 e 22 ripete la censura nella forma della domanda retorica, che presuppone una risposta affermativa.

5.2. Nel SECONDO MOTIVO si deduce error in iudicando per violazione dello art. 112 c.p.c., in relazione allo art. 360 n. 3 c.p.c. ed il vizio della motivazione in merito al fatto che la consulenza tecnica di parte conteneva delle osservazioni critiche alla relazione del Consulente di ufficio, meritevoli di essere considerate, e che la omessa considerazione delle critiche determina la violazione della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Il quesito a ff. 24 ripropone tale tesi, ma senza indicare o richiamare nel dettaglio le censure.

5.3. Nel TERZO MOTIVO si deduce error in iudicando, in relazione alla violazione o falsa applicazione della Legge Istitutiva Della Consob n. 216 del 1974, artt. 3, 4 e 18 quater, con riferimento alla identificazione della condotta colposa efficiente della Consob, la quale, avendo rilasciato il 15 marzo 1989 la autorizzazione alla sollecitazione al pubblico risparmio, alla SFA distribuzione spa poi divenuta SFA SIM, avrebbe poi omesso di compiere la diligente vigilanza, anche quando risultò evidente che la società in questione faceva parte di un più vasto gruppo, ricollegatesi alla SFA distribuzione ed alla SFA Commissionaria, che svolgevano intermediazione finanziaria senza autorizzazione alcuna.

LA TESI, illustrata nel quesito a ff. 26, è che sulla base delle tre norme richiamate tale controllo, successivo alla autorizzazione, non doveva essere compiuto.

5.4. Nel QUARTO motivo si deduce lo error in iudicando per la violazione della L. 2 gennaio 1991, n. 1, art. 3, in relazione allo art. 360 c.p.c., n. 3, ed il vizio della motivazione in ordine allo addebito secondo cui la CONSOB non esercitò diligentemente la attività di verifica PRODROMICA al rilascio delle autorizzazioni, rilasciate il 21 dicembre 1991, avvalendosi di poteri di ispezione e di controllo. Il quesito sintetico a ff. 41 esprime la tesi secondo cui erroneamente la Corte di appello ha ampliato la ratio legis della norma invocata, assumendo che la Consob non aveva soltanto un potere di controllo meramente formale, e là dove ha ritenuto che potesse esercitare un potere di sospensione.

5.5. Nel QUINTO motivo si deduce ancora error in iudicando in relazione alla violazione delle norme del regolamento di attuazione della L. n. 1 del 1991, ed in particolare dello art. 7 approvato con Delib. 2 luglio 1991, n. 5386. La tesi, ribadita nel sintetico quesito a ff. 46 è che la Corte avrebbe ampliato la portata della norma, nel punto in cui ha ritenuto che il controllo prodromico avesse una portata sostanziale anzichè formale e che in repressione potesse esistere un potere di sospensione per la Consob.

5.6. Nel SESTO MOTIVO si deduce il vizio della motivazione nel punto in cui la Corte di appello ritiene rilevante, ai fini della considerazione della condotta illecita, la tardiva sospensione di SFA SIM e di ITALIA Finanziaria dello Albo SIM dopo lo accertamento delle irregolarità riscontrate. Il motivo non contiene quesiti, ma si attarda a precisare come invece la Consob, attraverso una intensa attività ispettiva ed una sistematica denuncia alla autorità giudiziaria ebbe ad accertare le gravissime irregolarità di tutti gli ulteriori fatti riscontrati nel corso delle ispezioni. Ma a tale argomento se ne aggiunge a ff. 46 la solita clausola di esenzione, sostenendosi che comunque le ispezioni esulavano dallo ambito della competenza della Commissione medesima. SEMPRE nel corpo del motivo si assume che il nuovo regime della L. n. 1 del 1991, implicava la possibilità di misure cautelari solo se le irregolarità anteriori alla entrata in vigore, continuavano anche dopo tale regime che aveva aumentato i poteri di controllo della Consob - come si legge a ff. 47 del ricorso.

5.7. Nel SETTIMO MOTIVO si deduce error in iudicando in relazione alla applicazione della clausola generale del neminem laedere, in relazione allo art. 360 c.p.c., n. 3, sul rilievo che nella fattispecie di illecito in esame, manca la prova che il danno lamentato dai risparmiatori fosse conseguenza immediata e diretta delle autorizzazioni rilasciate nei confronti della SFA DISTRIBUZIONE e di ITALIA FIDUCIARIA. 6. ANALISI CRITICA DEI MOTIVI. Il primo motivo, che deduce un error in iudicando produttivo della violazione del contraddittorio sostanziale tra le Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

parti è, nella sua formulazione e proposizione di quesito, inammissibile sotto vari profili: difetta di autosufficienza, posto che le ragioni critiche della relazione di parte non vengono in evidenza, rendendo impossibile a questa Corte di ricercarle altrove, e di specificità, posto che la allegazione tardiva della consulenza in sede di conclusioni era in lesione del diritto a contraddire delle altre parti. Non sussiste dunque alcuna violazione delle norme violate e la formulazione del motivo è incompleta e contraddittoria proprio con riguardo alle tesi propugnate nel quesito, come rilevato anche in sede di controricorso.

Nel secondo motivo si deduce invece una palese violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato in relazione alla mancata considerazione delle critiche del consulente di parte della Consob. La inammissibilità del motivo discende dalla preclusione processuale che precede, non senza rilevarne la manifesta infondatezza, sul rilievo che per costante giurisprudenza di questa Corte la consulenza di parte costituisce semplice allegazione difensiva di carattere tecnico e priva di valore probatorio, e dunque la valutazione del giudice di merito che ne prescinda, ma che sia coerente al raccolto probatorio, non contiene alcuna violazione del principio primo della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

Nel TERZO MOTIVO si deduce error in iudicando con riferimento alla originaria normativa della L. n. 216 del 1974, sostenendosi nel relativo quesito, che non contiene il riferimento al successivo regolamento Consob del 1985, la tesi garantista del controllo meramente formale della Commissione nella raccolta delle informazioni relative al gruppo di appartenenza della società destinataria della autorizzazione, garanzia che impediva di vigilare successivamente sullo operato di tale gruppo.

IL MOTIVO assume un ruolo centrale per lo esame del presente contenzioso, nel quale il fatto dannoso che si prospetta come illecito civile, secondo le regole di cui allo art. 2043, esige da un lato la precisazione dei termini temporali dello illecito, ben delineati della citazione introduttiva, e d'altro lato lo accertamento di tutti gli elementi strutturali dello illecito, tra cui quello della imputabilità per colpa lata, o della imputabilità soggettiva è quello che viene per primo dedotto nel motivo in esame come error in iudicando, sul rilievo che tale esigibilità di condotta virtuosa non sarebbe richiesta dalla legislazione istitutiva della Commissione come ente pubblico indipendente la cui funzione fondamentale è quella del controllo dei mercati di borsa cui si aggiunge con la novellazione della L. n. 1 del 1991, art. 1, lett. f, e art. 3, commi 2 e 3, la funzione del controllo al momento del rilascio della autorizzazione alle società di intermediazione mobiliare con il rinvio per le norme di dettaglio al potere regolamentare della Consob. Funzione di proteggere la tutela del risparmio, in una correlazione costituzionalmente orientata dagli artt. 41 e 47 Cost..

Il motivo nella sua formulazione a ff. 26, appare inammissibile in relazione alla sua assoluta mancanza di collegamento tra le fattispecie dello illecito succedute nel tempo tra il 1990 e 1992 ma a carattere continuativo, di guisa che gli atti e le attività di impoverimento dei risparmiatori, evidenziano un illecito civile continuato e con effetti lesivi permanenti, tale da creare un danno ingiusto che in definitiva si appropria dell'intero risparmio versato senza alcun adempimento in tutto o in parte restitutorio da parte delle società finanziarie e loro collegate.

Il quesito tende a delimitare nel tempo la responsabilità della Commissione ma non la esclude per la durata della gestione del risparmio che entra sotto il vigore della legge nuova che conferisce poteri sostanziali di vigilanza e controllo, che esercita un potere precettivo che deve necessariamente operare nei confronti del soggetto sollecitato ed a tutela del soggetto sollecitato che è il risparmiatore.

Essendo inadeguata la formulazione del quesito, per la sua incompletezza in ordine alla delimitazione del fatto dannoso e della temporalizzazione della condotta soggettivamente imputabile, il motivo resta inammissibile ai sensi dello art. 366 bis c.p.c..

NEL QUARTO MOTIVO si deduce error in iudicando in relazione alla novellazione del 1991 ed in relazione alla imputazione alla negligenza della Consob, che in data 27 dicembre 1991 concedeva Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

alla SFA Distribuzione spa la autorizzazione ad esercitare la attività di intermediazione mobiliare e di gestione dei patrimoni, disponendone la iscrizione allo Albo delle SIM. Anche questo motivo è strumentale per lo esonero della Consob da imputazioni soggettive civili per colpa omissiva, ma tale tesi, formalmente garantista per lo organo di controllo, contrasta con la stessa legge di novellazione che accresce i poteri della Consob che non è soltanto organo di vigilanza del mercato dei valori, ma è anche organo di garanzia del risparmio pubblico e privato.

Sul punto il motivo non coglie la chiara ratio decidendi espressa dalla Corte di appello romana a ff. 7 ed 8 della motivazione, dove pone in evidenza lo elemento della continuità delle gestioni finanziarie sotto la nuova L. del 1991 e che ben poteva la Consob esercitare un efficiente controllo sulla onorabilità del plesso amministrativo della società autorizzanda, non rilevando la mancata produzione dei carichi pendenti a carico del Milano e non attivandosi a richiedere notizia sulla effettività della cessione delle quote di controllo e di nuova amministrazione coniugale. Tardivi appaiono, rispetto agli esiti delle ispezioni, i provvedimenti di sospensione delle società decotte ed insolventi rendendo totale la perdita di risparmi investiti fiduciariamente.

Il quesito del motivo a ff. 49 appare inammissibile per la incompletezza della sintesi di riferimento tra il fatto dannoso costituente danno ingiusto e condotta del soggetto agente da ritenersi non imputabile, malgrado la attribuzione di poteri istruttori, ispettivi ed inibitori, non tempestivamente esercitati per impedire la continua e ininterrotta espropriazione e distruzione dei risparmi sollecitati. In conclusione nè il quarto nè il quinto motivo valgono ad elidere la imputabilità soggettiva della Commissione, per colpa grave e continuata.

NEL QUINTO MOTIVO si deduce ancora l'error in iudicando per avere i giudici del merito, applicando la richiamata normativa del 1991 e dello art. 7 del regolamento di attuazione, valutato la illegittimità dello atto autorizzatolo pur in presenza di verifiche ispettive e di ispezioni straordinarie negative - come rilevato ai ff. 7 ed 8 della sentenza di appello. Il quesito, così come formulato, è privo di decisività, in ordine alla interpretazione costituzionalmente orientata del provvedimento autorizzatorio, che non è di mero accertamento, ma di discrezionalità vincolata alla valutazione di requisiti sostanziali di affidabilità, onorabilità, trasparenza, di guisa che possono assumere rilievo impeditivo le eventuali irregolarità riscontrate a mezzo di procedura ispettiva ovvero sulla base della incompletezza della documentazione, al punto che ex post potrà disporsi la cancellazione dallo albo SIM. La valutazione dello illecito come circostanziato appare dunque compiuta con un prudente apprezzamento delle prove, sia per la imputabilità soggettiva che per il danno evento che ne deriva, trattandosi di causalità giuridica da omissioni costituenti inadempimento di un obbligo di garanzia, data la rilevanza costituzionale del risparmio pubblico e privato, (cfr. Cass. 3.3.2001 n. 3132).

Il SESTO ed il SETTIMO MOTIVO vengono in esame congiunto per la intrinseca connessione. Ed in vero il sesto motivo denuncia come vizio di motivazione lo accertamento della colpa negligente e colpevole, sostenendo la tesi della adozione di provvedimenti di sospensione cautelare e di cancellazione, mentre il settimo affronta finalmente il nodo dello illecito, ma limitandone la analisi allo aspetto decisamente complesso, che attiene al nesso di causalità che si vuole diretta e immediata, proponendosi tuttavia nel quesito, a ff. 68, un quesito diverso rispetto a tale argomento, insistendosi ancora una volta nella tesi della non imputabilità soggettiva della Consob.

Il quesito evidenzia la inammissibilità del motivo, per la mancata formulazione della fattispecie circostanziata dello illecito, in relazione alla quale il nesso di causalità attiene ad una condotta antigiuridica e colposa da cui deriva un danno ingiusto al risparmiatore investitore. VEDI sul punto la concisa ma precisa argomentazione della Corte di appello sulla qualifica della condotta colposa efficiente della Consob.

IL PRINCIPIO DI DIRITTO che si ricava come DICTUM DI NOMOFILACHIA da questa complessa ma istruttiva vicenda, è dunque il seguente: la attività della pubblica amministrazione, ed in Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

*particolare della CONSOB, ENTE PUBBLICO DI GARANZIA DI CONTROLLO E VIGILANZA SUL MERCATO DEI VALORI MOBILIARI E SULLA RACCOLTA FINANZIARIA DEL RISPARMIO, deve svolgersi nei limiti e con lo esercizio dei poteri previsti dalle leggi speciali che la istituiscono, ma anche della norma primaria del *neminem laedere*, in considerazione dei principi di legalità imparzialità e buona amministrazione dettati dallo art. 97 Cost., in correlazione con lo art. 47 Cost., prima parte; pertanto la Consob è tenuta a subire le conseguenze stabilite dallo art. 2043 c.c. atteso che tali principi di garanzia si pongono come limiti esterni alla sua attività discrezionale, ancorché il sindacato di questa rimanga precluso al giudice ordinario. L'illecito civile, per la sua struttura, segue le comuni regole del codice civile anche per quanto concerne la ed imputabilità soggettiva, la causalità, lo evento di danno e la sua quantificazione. (cfr. Cass. 2001 n. 3132; 2001 n. 12672; 2003 n. 1191 e vedi Cass. SU 9 marzo 2007 n. 5396 sui poteri di controllo e di autonomia della CONSOB).*

Omissis.

C. Dottrina

1. A. Venturelli, *La responsabilità del secondo acquirente nella doppia alienazione immobiliare*, in *Resp. civ.*, 2006, 11.

Sommario: 1. Il problema - 2. La soluzione giurisprudenziale - 3. La lesione della posizione del primo acquirente e il principio di non contraddizione - 4. La c.d. "cooperazione nell'inadempimento" del comune autore - 5. Circolazione dei diritti e responsabilità dell'interferente in mala fede - 6. Il risarcimento in forma specifica

1. Il problema

Il conflitto tra attribuzioni patrimoniali incompatibili derivante dalla plurima alienazione dello stesso bene immobile viene risolto dall'art. 2644, 2° co., c.c. riconoscendo **la prevalenza nell'acquisto del diritto a colui che abbia tempestivamente adempiuto all'onere pubblicitario.**

Al secondo acquirente che, nonostante una precedente, valida alienazione dello stesso bene, riesca a trascrivere per primo l'atto traslativo, si consente dunque di acquistare direttamente il diritto dal proprio dante causa (comune autore) e di rendere opponibile l'acquisto al primo acquirente, che rimane così spogliato della titolarità del diritto che già ne aveva arricchito la sfera giuridica soggettiva.

Il contrasto della soluzione normativa con il **principio del consenso traslativo è evidente**: essa infatti rende possibile il trasferimento ad altri di un diritto ormai perso dal comune autore, privato del potere di disposizione di un bene non più suo.

In tal guisa,

la trascrizione della seconda alienazione interviene sull'assetto proprietario delineato dal primo contratto non trascritto, alterandolo in maniera irreversibile.

Le contraddizioni che si annidano nella fattispecie, sottolineate da tutti gli studi settoriali ad essa dedicati (1), trovano ulteriore conferma se si considerano i suoi risvolti risarcitori.

In base alla formulazione letterale dell' art. 2644 c.c. , anche chi abbia trascritto il suo acquisto nella piena consapevolezza dell'esistenza di una precedente alienazione non trascritta può beneficiare del meccanismo risolutivo del conflitto tra più aventi causa: si pone quindi il problema di dimostrare il carattere "ingiusto" di un danno determinato dalla produzione di un effetto espressamente previsto da una norma giuridica.

Ben si comprende, a tale stregua, che parte significativa della dottrina italiana consideri l'affermazione della responsabilità di un soggetto estraneo alla precedente vicenda traslativa come

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

una violazione del "**principio di non contraddizione**" (2) , in forza del quale l'interprete non potrebbe formulare teorie che ammettano una duplice qualificazione giuridica della medesima fattispecie. Si consentirebbe altrimenti di giungere al risultato paradossale – e secondo questa ricostruzione inaccettabile – di considerare un medesimo comportamento al contempo lecito (e quindi produttivo di effetti) e illecito (e perciò sanzionabile) (3) .

2. La soluzione giurisprudenziale

Nel tentativo di superare il problema testé sintetizzato, si è cercato d'impostare l'indagine tralasciando un'approfondita analisi del meccanismo pubblicitario e soffermandosi solo sul dato – invero indubitabile – della sua idoneità lesiva (4) .

Alla rigida distinzione tra profili acquisitivi e risarcitori della fattispecie, si è ispirata, in particolare, la giurisprudenza (5) , la quale non ha mai espressamente preso posizione sui rapporti fra doppia alienazione immobiliare e principio del consenso traslativo (6) , **o sulla natura dichiarativa o costitutiva della trascrizione della seconda alienazione** (7) , ma, proprio muovendo dalla pacifica esistenza di un danno causalmente collegato all'attivazione del meccanismo pubblicitario, ha riconosciuto al primo acquirente un'ampia ed articolata tutela risarcitoria, incentrata anche sulla **possibilità di applicare l' art. 2043 c.c. quando il secondo acquirente abbia trascritto in mala fede il proprio acquisto.**

Quest'ultima soluzione si è imposta per la prima volta nel 1982 (8) , superando sia il precedente orientamento (9) , che negava tout court la responsabilità, sia le isolate pronunce (10) che – comunque attraverso meri obiter dicta (11) – avevano riconosciuto la possibilità d'invocare l'art. 2043 c.c. lì dove sia possibile dimostrare uno **specifico intento frodatario del secondo acquirente.**

L'applicazione della clausola aquiliana è stata giustificata in base alla necessità di considerare in termini complessi la condotta del trascrivente, la quale, se per un verso realizza l'adempimento di un onere pubblicitario, per altro verso, concorrendo alla conclusione di un contratto incompatibile con l'assetto negoziale preesistente, rende possibile – colpevolmente – l'inadempimento del comune autore.

La responsabilità del secondo acquirente, riaffermata anche nella produzione giurisprudenziale successiva (12) , non potrebbe essere negata neppure considerando l'assenza di trascrizione della prima alienazione: ciò significherebbe «disconoscere gli effetti propri dell'atto di trasferimento, che invece determina senz'altro per effetto della sua stipulazione [...] una situazione giuridica, **certamente valevole erga omnes, di appartenenza all'acquirente del diritto trasferito e significa altresì attribuire alla trascrizione effetti maggiori di quelli suoi propri.** Indipendentemente dalla natura di diritto assoluto del diritto trasferito, **è stata da tempo distinta la rilevanza esterna – vale a dire nei confronti dei terzi – del rapporto obbligatorio rispetto a quella interna tra i soggetti del rapporto stesso e se ne è dedotto che,** se un rapporto obbligatorio è nel patrimonio del creditore, non può il terzo attentare alla sua integrità, ledendo impunemente l'interesse all'adempimento dovuto al creditore stesso» (13) .

Il fondamento della responsabilità aquiliana del secondo acquirente è stato quindi individuato nell'opera di **cooperazione nell'inadempimento** del comune autore, e cioè nel **consapevole "inserimento" nella relazione negoziale preesistente.**

Questo risultato denota tuttavia più di un aspetto problematico, perché non consente di accertare con sufficiente precisione **né la situazione giuridica soggettiva che si pretende lesa, né il criterio d'imputazione della responsabilità.**

La dimostrazione dell'ingiustizia del danno si risolve, infatti, in un rinvio al carattere illecito dell'inadempimento del comune autore: sembrerebbe quindi coerente con tale assunto sostenere **che la situazione giuridica soggettiva lesa è un diritto di credito, e ricondurre la fattispecie nell'ampio genus della lesione del credito da parte di terzi** (14) .

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Tale conclusione, però, non considera che, in virtù del principio del consenso traslativo, la lesione interessa direttamente **il diritto di proprietà** già validamente acquistato dal primo acquirente (15); e, in ogni caso, nei contratti ad effetti reali, la particolare connotazione dell'inadempimento di colui che aliena due volte il medesimo bene non legittima di per sé la conclusione che, accertatane la sussistenza, sia con ciò dimostrata anche la responsabilità di chi abbia cooperato alla sua realizzazione.

Quanto, invece, al criterio d'imputazione della responsabilità, la limitazione di questa all'ipotesi di **mala fede del** secondo acquirente sembrerebbe contrastare con la stessa formulazione letterale dell'art. 2043 c.c., il quale parifica dolo e colpa del danneggiante.

Entrambi i problemi potrebbero trovare una soluzione accettabile muovendo da una certa lettura delle regole che presidono alla circolazione immobiliare (16), e precisamente da quella (17) secondo cui queste si ispirerebbero ad una distinta valutazione, da parte dell'ordinamento, del medesimo fatto storico (il contratto traslativo), che si presterebbe ad essere apprezzato ora sul piano dell'efficacia inter partes ora su quello dell'opponibilità ai terzi del trasferimento del diritto.

La codificazione del principio del consenso traslativo (18) ha reso solo eventuale la necessità di ulteriori elementi perfezionativi, diversi da quelli relativi alla conclusione del contratto, al fine di garantire il c.d. effetto reale, **ma non ha operato sul piano dei rapporti tra l'atto traslativo e i terzi titolari di una situazione giuridica incompatibile con quella oggetto del trasferimento.**

Tali rapporti sono regolati da un criterio di risoluzione del conflitto incentrato sul conferimento all'atto trascritto del carattere di opponibilità.

Proprio i due concetti di **efficacia ed opponibilità**, quindi, parrebbero idonei, se opportunamente reinterpretati, a garantire una coerenza interna del sistema (19).

Il primo di essi attiene esclusivamente al piano del rapporto inter partes, ed il combinato disposto degli artt. 1372, 2° co., e 1376 c.c. indica solo che il contratto traslativo, anche se non trascritto, ha **piena efficacia tra le parti e vincola, anche dopo la consegna del bene, il comune autore al rispetto del regolamento contrattuale.**

L'atto di trasferimento, però, non potrà essere opposto al secondo acquirente – primo trascrivente proprio perché l'ordinamento opera una selezione sul piano della rilevanza giuridica esterna del fatto storico – **contratto e subordina la possibilità di opporre l'atto ai terzi al perfezionamento di un'ulteriore formalità (la trascrizione).**

3. La lesione della posizione del primo acquirente e il principio di non contraddizione

La soluzione del conflitto di diritti garantita dall'applicazione dell' art. 2644 c.c. si realizza dunque attraverso una delimitazione della rilevanza giuridica dell'atto traslativo: in **assenza di trascrizione, questo rimane non solo valido ed efficace, ma anche rilevante verso i terzi, in quanto rappresenta una fattispecie compiuta, dotata d'intrinseca autonomia.**

Tale rilevanza, però, non è completa, perché manca l'altro elemento della fattispecie (la pubblicità), il cui perfezionamento – attraverso la trascrizione – **attribuisce all'atto l'opponibilità erga omnes.** Essa riguarda solo l'atto pubblicizzato, e non può incidere sulla valutazione dell'efficacia, diretta o riflessa, della prima alienazione non trascritta.

Non viene quindi in giuoco una violazione del principio di non contraddizione allorquando si ammette l'opponibilità della seconda alienazione a seguito dell'attivazione del meccanismo pubblicitario: le due valutazioni riguardano, infatti, due fattispecie diverse.

Se la trascrizione persegue soltanto la risoluzione del conflitto di diritti attraverso il conferimento del carattere di opponibilità, essa non può influenzare la prima alienazione, e, in particolare, la sua rilevanza giuridica nei confronti dei terzi.

L' art. 2644 c.c. lascia del tutto impregiudicata la questione della liceità della condotta di chi non rispetta il preesistente assetto negoziale ponendo in essere un'attività concretamente diretta a compromettere l'acquisto già validamente realizzatosi.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Il carattere oggettivo del meccanismo pubblicitario, però, incide necessariamente sulla dimostrazione dell'ingiustizia del danno, perché impedisce di fondare tale dimostrazione esclusivamente sulla malafede del trascrivente, cioè sulla dolosa intenzione di danneggiare che si accompagna alla consapevolezza dell'esistenza della precedente alienazione.

Il richiamo del principio di non contraddizione, in altri termini, è senz'altro condivisibile nella misura in cui consente di superare l'orientamento dottrinale (20), comunque non maggioritario, che individua nella condotta del trascrivente in mala fede un atto emulativo, osservando che il sistema della trascrizione non giustifica chi abusa del meccanismo normativo per danneggiare gli altri.

Anche ammettendo che l'art. 2644 c.c. attribuisca un diritto soggettivo alla trascrizione (21), non sembra infatti che nella fattispecie in esame si possano rintracciare i connotati caratterizzanti la figura dell'abuso. Non si tratta di negarne l'ammissibilità in termini generali (22): qui il vero problema è definire quali circostanze consentano all'esercizio (lecito) di un diritto di colorarsi d'iniquità, e quindi di diventare sanzionabile.

A tale proposito, costituisce opinione sostanzialmente pacifica che ciò accada quando l'esercizio del diritto appaia inutile o immorale, o contrario allo scopo in vista del quale l'ordinamento ha attribuito il diritto al consociato (23).

La trascrizione operata dal secondo acquirente in mala fede non consente di ritenere integrata nessuna delle situazioni appena richiamate.

Non si può sostenere che essa sia inutile, dal momento che solo attraverso di essa l'acquisto del bene diventa nello stesso tempo effettivo e definitivo.

D'altra parte, non sembra che l'esercizio della facoltà di trascrivere sia immorale: certamente la condotta del trascrivente in mala fede viola il principio generale di correttezza, ma non integra un connotato d'iniquità sotto il profilo morale, dal momento che, in definitiva, è lo stesso ordinamento a non attribuirvi alcuna rilevanza giuridica per la definizione del meccanismo acquisitivo (24).

Quanto, infine, alla contrarietà dell'esercizio del diritto al suo scopo, una più attenta considerazione della fattispecie induce a concludere che è, piuttosto, il primo acquirente a non fornire il suo contributo allo scopo che il legislatore vuole perseguire (25).

Né vale a smentire tale assunto il fatto che il secondo acquirente che trascrive lo fa con la palese intenzione di "assicurarsi" il proprio acquisto, e non certo per tutelare le ragioni degli altri consociati (26): tale elemento, infatti, è comune a tutti coloro che procedono alla trascrizione, indipendentemente dalla sussistenza di una precedente vendita non trascritta, sicché o si giunge al paradosso di affermare che, per non essere in situazione di abuso, tutti i trascriventi dovrebbero perseguire solo l'interesse pubblicistico alla sicurezza e celerità dei traffici, ovvero si individua nella mera scorrettezza della condotta del trascrivente in mala fede un indice sufficiente a dimostrarne l'abusività. Ma, così facendo, lungi dal risolvere il problema, lo si ripropone immutato, dal momento che l'unico elemento certo offerto dalla disposizione in esame è rappresentato proprio dall'indifferenza dell'atteggiamento di buona o mala fede al fine di consentire una diversa valutazione dell'operatività del meccanismo acquisitivo (27).

Ma se la dimostrazione dell'ingiustizia del danno viene fondata esclusivamente sulla rilevanza che la prima alienazione mantiene nei confronti del secondo acquirente, la lettura proposta dell'art. 2644 c.c. consente di escludere l'utilità del suo richiamo ai fini della soluzione del problema (28).

4. La c.d. "cooperazione nell'inadempimento" del comune autore

Si è già osservato che il richiamo alla "cooperazione nell'inadempimento" ha consentito di ricondurre la fattispecie in esame **nell'ampio genus della c.d. "lesione del credito da parte di terzi"**, che è stata espressamente riconosciuta dalla giurisprudenza con il leading case Meroni (29).

L'assorbimento della figura dell'interferenza altrui nell'ambito della tutela aquiliana del credito è stato, invero, agevolato dalla dottrina (30), la quale ha dimostrato la rilevanza aquiliana del diritto di

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

credito, attraverso l'individuazione di **un profilo "esterno" del rapporto obbligatorio destinato ad essere rispettato anche dai terzi estranei al rapporto stesso.**

L'edificazione di un collegamento funzionale tra ingiustizia del danno e struttura della situazione giuridica soggettiva lesa ha, tuttavia, indotto gli interpreti ad interrogarsi soltanto in merito alla sussistenza di un profilo di rilevanza erga omnes del diritto leso dalla mancata attuazione del rapporto. Dimostrata la sussistenza di tale profilo, il riconoscimento della responsabilità aquiliana del terzo interferente non di rado è parso soltanto un'ovvia **appendice del più ampio problema della tutela aquiliana del credito** (31) : «Quando si riconosca pienamente ammissibile il principio generale della lesione del credito da parte di terzi, l'ammissibilità della responsabilità del terzo "partecipe" ne discende come corollario, e la ricerca del suo fondamento diventa uno pseudo-problema» (32) .

Nelle ordinarie ipotesi di lesione del credito da parte di terzi, però, la condotta del danneggiante determina l'impossibilità, temporanea o definitiva, della prestazione, agendo su termini di riferimento diversi da questa, come, ad esempio, la persona o il patrimonio del debitore.

In questi casi, la mancata attuazione del rapporto obbligatorio non è mai imputabile al debitore, e, proprio per questo, il creditore può agire per il risarcimento dei danni esclusivamente nei confronti del terzo responsabile della lesione.

Nella complicità, invece, il concorso con la responsabilità (contrattuale) del debitore è sempre necessario, perché solo attraverso l'inadempimento si realizza la lesione lamentata dal creditore (33) Questa circostanza sembra idonea ad incidere sulla stessa valutazione dell'ingiustizia del danno: nel caso ordinario di lesione del credito, il terzo è responsabile perché, ledendo con la sua condotta una relazione di appartenenza che interessa il debitore con riguardo ai suoi beni o alla sua persona, **altera anche il profilo "esterno" del rapporto obbligatorio, legittimando il creditore all'azione risarcitoria.**

Il richiamo della c.d. **rilevanza "esterna" del diritto di credito**, in altri termini, appare sufficiente a dimostrare l'ingiustizia del danno provocato dalla sua condotta, e quindi a sancirne la responsabilità.

Nel caso in esame, invece, la lesione opera direttamente sul diritto alla prestazione del creditore, cioè sull'aspetto "interno" del diritto di credito, sicché essa appare del tutto identica a quella provocata dal debitore, e già sanzionata ex art. 1218 c.c.

Ciò considerato, parte della dottrina ha sostenuto che la fattispecie della complicità nell'inadempimento dovrebbe trovare il proprio referente normativo nell' art. 1218 c.c. , e **che il secondo acquirente potrebbe rispondere solo a titolo contrattuale (34) .**

Una siffatta estensione della responsabilità per inadempimento, tuttavia, non va esente da critiche.

La stessa dottrina di cui stiamo parlando è solita affermare che la differenza tra i due regimi di responsabilità si identifica nella sussistenza di una relazione obbligatoria preesistente, cioè antecedente rispetto alla commissione dell'illecito (35) . Ne deriva che, per aversi responsabilità contrattuale, il danneggiante deve essere in rapporto con il creditore già al momento del fatto, ed appare quindi illogico sostenere che egli entri a fare parte del rapporto solo dopo averlo leso, e cioè attraverso la commissione dell'illecito (36) .

Né a tale assunto è possibile replicare facendo riferimento alla tipologia della lesione operata dal terzo complice, che, colpendo il diritto alla prestazione del creditore, sarebbe del tutto identica a quella del debitore.

La conclusione, infatti, non considera il particolare contenuto che tale diritto assume nella dinamica del contratto ad effetti reali.

A tale proposito, è noto che la dottrina (37) e la giurisprudenza (38) maggioritarie non esitano a qualificare in **termini contrattuali la responsabilità del comune autore (39) .**

Le posizioni, però, appaiono profondamente diversificate in merito alla ricostruzione dell'obbligo inadempito.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Secondo un primo orientamento (40) , occorrerebbe fare **riferimento alla garanzia per evizione**, estendibile anche a fatti sopravvenuti alla conclusione del contratto, nonostante la contraria opinione di larga parte della dottrina (41) e della giurisprudenza (42) , in virtù dell'art. 1487, 2° co., c.c., **il quale, impedendo la derogabilità della garanzia "per il fatto proprio del venditore", troverebbe applicazione anche al caso in cui il fatto stesso sia successivo alla stipulazione.**

Di contrario avviso si mostra chi (43) richiama il principio di buona fede per sostenere che il comune autore non potrebbe alterare l'effetto reale del contratto, e dovrebbe astenersi, successivamente alla conclusione dello stesso, dal compiere ogni atto idoneo a pregiudicare il diritto già trasferito al primo acquirente. **La conclusione della seconda alienazione costituirebbe quindi un inadempimento di un'obbligazione integrativa – esterna e diversa da quella principale – fondata sulla regola di correttezza.**

Entrambe le prospettazioni, però, prestano il fianco a talune obiezioni.

Un'interpretazione incentrata esclusivamente sugli artt. 1483 ss. c.c. contrasta con la stessa natura della responsabilità derivante dall'evizione: è infatti noto che l'introduzione nella disciplina della vendita delle garanzie **risponde alla necessità di tenere indenne il compratore non tanto da fatti compiuti dal venditore, o comunque già a lui imputabili, ma, piuttosto, da cause "esterne" rispetto al regolamento contrattuale (44) .**

Tale posizione è stata criticata da chi (45) ha sottolineato che l'introduzione del principio del consenso traslativo ha sancito il superamento di un sistema di responsabilità incentrato sulla consegna come elemento perfezionativo dell'accordo, e, pertanto, ha determinato un significativo mutamento della garanzia per evizione, rendendola idonea a sanzionare ogni caso in cui, per fatto del terzo o dello stesso venditore, si determini la perdita del diritto acquistato.

La riconduzione della responsabilità del comune autore a quella connessa all'inattuazione dell'effetto reale non parrebbe peraltro impedita dalla circostanza che, all'esito del primo contratto, il diritto sia stato effettivamente trasferito: la successiva condotta dell'alienante, privando il titolare del suo bene, ha altresì eliminato il precedente trasferimento, e, di conseguenza, anche l'effetto reale già realizzato.

L'accoglimento di siffatta prospettiva, però, dovrebbe condurre anche ad un sostanziale mutamento del contenuto dell'obbligo (o della garanzia) connessi all'attuazione dell'effetto reale: se questo si è precedentemente verificato, la violazione lamentata dovrebbe riguardare il contenuto del rapporto contrattuale, e non anche l'atto traslativo già eseguito in modo esatto.

Ne deriva che il contenuto dell'obbligo violato è esclusivamente il regolamento contrattuale voluto dalle parti al momento della stipulazione, e destinato ad essere rispettato e conservato dal venditore anche dopo la consegna del bene e il trasferimento del diritto (46) .

Il richiamo alla garanzia per evizione, quindi, rappresenta soltanto un travestimento dogmatico, che offusca l'unico, effettivo obbligo violato dal comune autore: quello derivante dalla *lex contractus* predefinita all'atto del trasferimento, e destinata ad essere rispettata ed attuata anche successivamente al momento in cui il principio del consenso traslativo ha spiegato i propri effetti.

Tale conclusione consente una più attenta riconsiderazione anche del richiamo al principio di buona fede.

Secondo l'opinione dottrinale maggioritaria (47) , esso non potrebbe assumere, di per sé, una funzione integrativa del contenuto del contratto, essendo volto esclusivamente a disciplinare le modalità di esecuzione di una prestazione che dev'essere già predeterminata, sicché, in questo caso, il richiamo ad esso non sarebbe sufficiente per eliminare la necessità di delineare con sufficiente precisione il contenuto dell'obbligo che si pretende violato.

L'adesione alla prospettiva incentrata sulla c.d. *lex contractus*, destinata ad identificarsi con il "concreto" conseguimento dell'effetto reale, o con il «valore impegnativo del contratto avvertito dalla realtà sociale» (48) , consente di armonizzare il richiamo della buona fede con la necessità di tenere distinti i problemi relativi all'atto traslativo e al rapporto contrattuale (49) .

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

E la particolare tipologia dei contratti ad effetti reali, impedendo di configurare un'obbligazione di dare in senso tecnico, impone al comune autore non già un vero e proprio obbligo determinato, ma, piuttosto, il rispetto del programma contrattuale, dello stesso rapporto già eseguito (50) .

Ne deriva che

il diritto alla prestazione leso dal comune autore altro non è se non il diritto che scaturisce dal contratto in favore del primo acquirente, in virtù dell'affidamento ingenerato in lui dalla manifestazione del consenso, e, a seconda dei casi, dalla già avvenuta consegna del bene (51) .

Ma tali profili non sembrano presentare una "rilevanza esterna" diversa da quella connessa allo stesso fatto-contratto, sicché la ricostruzione della responsabilità del secondo acquirente in termini di complicità nell'inadempimento mal si concilia con la particolare connotazione che il diritto alla prestazione leso dal comune autore assume nella dinamica del contratto ad effetti reali.

5. Circolazione dei diritti e responsabilità dell'interferente in mala fede

Facendo specifico riferimento alla vicenda circolatoria alterata dalla condotta del secondo acquirente, parte della dottrina ha cercato di dimostrare l'impossibilità di ricondurre la fattispecie alla c.d. tutela aquiliana del credito (52) .

In particolare, se il diritto è già passato al primo acquirente all'atto della prima alienazione in virtù del principio del consenso traslativo, **sembirebbe scontato attribuire carattere assoluto alla situazione giuridica soggettiva lesa e impostare la valutazione dell'ingiustizia del danno proprio riferendosi al modello costituito dalla mai discussa ipotesi della lesione alla proprietà.**

Sviluppando coerentemente tale impostazione, però, si dovrebbe concludere che il danno lamentato atterrebbe esclusivamente all'attivazione del meccanismo pubblicitario sancito dall' art. 2644 c.c. ; per questa ragione, il riconoscimento della sua illiceità apparirebbe in evidente contrasto proprio con il fatto che è lo stesso ordinamento a delineare quel meccanismo, e a renderlo per ciò stesso legittimo (53) .

Potrebbe quindi trovare senz'altro spazio il richiamo al "principio di non contraddizione", sul quale si fonda la posizione contraria alla responsabilità del secondo acquirente.

Si è già osservato che l'unico modo per superare tale obiezione è quello di mantenere su piani diversi i problemi della rilevanza giuridica del contratto non trascritto e dell'opponibilità dell'atto traslativo. L'accoglimento di tale distinzione, però, esclude che il richiamo al diritto di proprietà possa essere considerato sufficiente per la dimostrazione dell'ingiustizia del danno: è infatti lo stesso carattere di opponibilità, garantito dalla tempestiva trascrizione, ad impedire al primo acquirente la possibilità di invocare il proprio diritto di proprietà nei confronti del secondo acquirente vittorioso nella fattispecie acquisitiva (54) .

Né si potrebbe replicare a tale assunto richiamando il carattere assoluto del diritto trasferito (55) : questo connotato si mantiene solo fino al momento della trascrizione della seconda alienazione, non certo successivamente a questa, sicché permarrrebbe la lamentata contraddizione tra un fenomeno acquisitivo incentrato sull'opponibilità di un diritto e il mantenimento di un'altra opponibilità, incompatibile con questa, fondata esclusivamente sul carattere assoluto di un diritto ormai perso.

In realtà, la dimostrazione dell'ingiustizia del danno determinato dalla condotta del secondo acquirente deve muovere dalla dimostrata diversità strutturale intercorrente tra l'atto traslativo e la trascrizione: se trascrizione e atto traslativo operano su piani separati, integrando due fattispecie diverse, alle quali l'ordinamento giuridico attribuisce conseguenze distinte, l'esistenza del primo contratto di alienazione non viene eliminata dalla successiva tempestiva attivazione del meccanismo pubblicitario.

Il mantenimento, da parte del contratto non trascritto, di una rilevanza giuridica esterna non comporta, però, di per sé, l'ingiustizia del danno che il secondo acquirente vi arreca (56) .

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Occorre ancora dimostrare che il grado di rilevanza giuridica attribuito dall'ordinamento alla fattispecie negoziale è compatibile con la previsione di una sanzione aquiliana per la sua lesione.

A tale proposito, parte della dottrina (57) ha sottolineato che il danno è ingiusto nella misura in cui colpisce un vantaggio, un'utilità, appartenenti al patrimonio del danneggiato e ritenuti meritevoli di protezione secondo l'ordinamento giuridico (58).

Il giudizio d'illiceità presuppone quindi due condizioni: la preesistenza, rispetto alla lesione, dell'utilità nella sfera giuridica danneggiata e l'esistenza di un conflitto, di un'interferenza tra le sfere giuridiche del danneggiato e del danneggiante (59).

Tale conflitto può assumere connotati occasionali o modali, a seconda che l'attività d'interferenza si collochi, rispettivamente, in un contesto di assoluta estraneità tra danneggiante e danneggiato o in presenza di una relazione, non necessariamente obbligatoria, corrispondente alle particolari modalità secondo cui l'utilità può essere garantita al danneggiato. Ciò che accade quando l'utilità dipende da un facere, altrui che viene però impedito dalla condotta del terzo interferente.

L'attività del terzo "complice", distraendo quell'utilità (l'opportunità di uno stabile acquisto del bene) che la conclusione del primo contratto di alienazione aveva fatto entrare nel patrimonio del primo acquirente, costituisce un illecito perché colpisce il "valore del contratto", la rilevanza giuridica della fattispecie negoziale. Da ciò discende l'insostenibilità del tentativo di ricondurre all'ambito contrattuale la sua responsabilità: egli non è titolare di un obbligo di rispetto dell'acquisto attuato con il contratto, perché non ha preso parte alla sua formazione e conclusione. Egli è perciò obbligato non "dal" contratto, ma "per" l'esistenza del contratto (60).

L'accertamento dell'illiceità della sua condotta, però, sarà determinato attraverso una valutazione comparativa degli interessi che entrano in gioco nella fattispecie (61), costituiti, rispettivamente, dall'esigenza di rispettare il contratto già concluso, connessa alla stessa rilevanza giuridica della fattispecie negoziale, e dalla libertà di contrarre, che rappresenta l'aspetto forse più importante dell'autonomia contrattuale attribuita a tutti i consociati dall'art. 1322 c.c. (62).

Una equilibrata valutazione di tali interessi dovrebbe condurre ad **individuare nella mala fede il criterio d'imputazione della responsabilità.**

Il secondo acquirente che ignora l'esistenza di una precedente alienazione non trascritta non potrà essere chiamato a rispondere dei danni subiti dal primo acquirente, perché contrasterebbe con le ragioni di certezza e **sicurezza dei traffici l'imposizione, a carico dei consociati, di un generale obbligo di controllo e valutazione circa la possibilità che ogni contraente col quale si aprono trattative risulti già vincolato da una precedente dichiarazione negoziale.**

Allorché il secondo acquirente sia invece consapevole dell'esistenza di una precedente alienazione non trascritta, i valori di certezza e sicurezza dei traffici risultano già tutelati attraverso l'attribuzione della prevalenza, nella titolarità del diritto, connessa alla tempestiva attivazione del meccanismo pubblicitario. Tale elemento, però, non elimina la lesione recata alla rilevanza giuridica del fatto negoziale con la condotta "interferente", e il bilanciamento d'interessi sotteso alla valutazione dell'ingiustizia del danno consente di attribuire tutela risarcitoria al primo acquirente.

Particolare importanza assume, in questa prospettiva, la consapevolezza dell'assenza di trascrizione: se il secondo acquirente è consapevole soltanto del fatto che il venditore non è proprietario del bene, perché lo ha già venduto ad altri, la piena liceità della vendita di cosa altrui lo mette al riparo da qualunque profilo aquiliano, anche se, per tutelare comunque i suoi interessi, dovesse decidere di trascrivere il suo acquisto (63).

Diversamente, se la consapevolezza concerne anche l'assenza di trascrizione, il secondo acquirente non potrà non essere certo, nel momento in cui decide di attivare a suo favore il meccanismo pubblicitario, dell'inevitabilità del danno a carico del primo acquirente, sicché pacifica risulterà anche l'intenzione, da parte sua, di concorrere nell'illecito con il comune autore.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Può trovare in questo quadro soluzione anche lo spinoso problema concernente le caratteristiche e i limiti della mala fede del trascrivente.

Vengono qui in considerazione due aspetti distinti: il rilievo che deve attribuirsi all'ipotesi colposa e il momento a partire dal quale acquista rilevanza giuridica la mala fede del secondo acquirente.

In particolare, il c.d. "principio di equivalenza" sancito dall' art. 2043 c.c. , parificando dolo e colpa quali criteri d'imputazione della responsabilità, sembrerebbe imporre all'interprete di sanzionare **anche le condotte colpose in maniera uguale a quelle dolose, con la conseguenza** che il riconoscimento della responsabilità del secondo acquirente non potrebbe non estendersi anche al caso in cui egli risulti ignorare (per negligenza) l'esistenza della precedente alienazione (64) .

Tale assunto, che è stato utilizzato da parte della dottrina anche per cercare di dimostrare, al contrario, la liceità della condotta del secondo acquirente (65) , non merita accoglimento: la responsabilità, nel nostro caso, **non può essere altro che dolosa, perché il danno è ingiusto esclusivamente in presenza di mala fede, sicché il richiamo alla colpa operato dall' art. 2043 c.c. non è sufficiente ad estendere anche ad essa i risultati interpretativi validamente raggiunti solo per il caso di dolo (66) .**

Né sembra possibile replicare richiamando il principio secondo cui lata culpa dolo aequiparatur, dal momento che la sua validità nel diritto privato moderno è stata da tempo messa in discussione (67) .

Giova inoltre considerare che, nel campo specifico della doppia alienazione immobiliare, **la soluzione è oltremodo semplificata dall'oggettiva impossibilità d'immaginare una colpa del secondo acquirente: l'assenza della trascrizione del primo acquisto, infatti, rende praticamente impossibile al secondo acquirente di conoscere la precedente alienazione, e, di conseguenza, impedisce l'individuazione di un parametro di riferimento alla cui stregua accertare il carattere negligente della sua condotta, nel contesto di quella valutazione comparativa con il c.d. "agente modello" che connota il giudizio per colpa (68) .**

Il discorso si presenta più articolato con riferimento al discrimen cronologico di valutazione della consapevolezza, perché sono prospettabili due casi. Il secondo acquirente: a) era consapevole della prima alienazione non trascritta già al momento della conclusione del contratto; b) acquista solo successivamente tale consapevolezza, prima, comunque, di procedere alla trascrizione (69) .

La sua responsabilità dovrà essere affermata in entrambe le ipotesi (70) .

Nel primo caso, la conoscenza dell'alienazione, la conclusione del contratto e l'assolvimento dell'onere pubblicitario integrano pienamente la fattispecie illecita.

Con riguardo al secondo caso, occorre poi considerare che se egli ha concluso un contratto (di vendita di cosa altrui) in buona fede, l'ordinamento appresta a suo favore la tutela offerta dall' art. 1479 c.c. ; se, poi, decide di approfittare della situazione e di attivare a suo favore il meccanismo pubblicitario, dovrà ritenersi egualmente responsabile, perché la condotta lesiva, produttiva di danno ingiusto, non si arresta alla conclusione del contratto incompatibile, ma si estende anche a tutta la fase cronologicamente successiva, sino al momento della trascrizione (71) .

Né vale replicare a tale assunto richiamando il ben noto principio secondo cui mala fides superveniens non nocet: anche ammettendo che si tratti di un principio ancora pienamente vigente nell'ordinamento (72) , qui, a rigore, non si tratta di sopravvenienza, dal momento che la mala fede è in realtà presente proprio durante il compimento della condotta lesiva, non già successivamente.

Omissis.

2. C. Tomassetti, *Garanzia per evizione e doppia alienazione immobiliare in Obbl. e Contr.*, 2007, 6.

Sommario: 1. L'evizione in generale - 2. La natura giuridica e gli effetti della c.d. "garanzia" per evizione - 3. I vizi del diritto trasferito: le differenti fattispecie - 4. L'onere imposto al compratore per far valere la garanzia per evizione: la chiamata in causa del venditore - 5. La preesistenza del vizio
Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

del diritto rispetto al momento della perfezione del contratto di compravendita - 6. La c.d. “evizione per fatto proprio” e la natura giuridica dell'acquisto del primo trascrivente - 7. Il superamento della tesi dell'acquisto a titolo originario e della connessa funzione costitutiva della trascrizione - 8. La ricostruzione favorevole al riconoscimento di una ragione di garanzia per evizione in favore del primo avente causa risultato soccombente

1. L'evizione in generale

L'evizione, che ha ad oggetto la cosa compravenduta, **consiste in un difetto giuridico del diritto trasferito (1)**.

La privazione del diritto sul bene, che è l'effetto ultimo derivante dal summenzionato vizio, trova “causa” nel comportamento “scorretto” e giuridicamente qualificabile come inadempiente del venditore (2).

Il c.d. “fatto di evizione” consiste, in particolare, nel concreto esercizio, da parte di un terzo, di una posizione giuridica contrapposta a quella acquistata dal compratore che trova giustificazione nel comportamento tenuto dal venditore anteriormente alla perfezione del negozio traslativo (3).

L'esercizio di tale posizione ad opera del terzo limita o sopprime il diritto sulla cosa acquistato dal soggetto che subisce l'evizione.

La disciplina della garanzia per evizione si distingue da quella dettata dal legislatore in riferimento alla differente fattispecie **della vendita di cosa altrui poiché, mentre** in relazione a quest'ultima ha rilievo la preesistente appartenenza del bene al terzo, al contrario l'evizione presuppone l'iniziativa del terzo stesso che faccia valere, in danno del compratore, il suo diritto sul bene (4).

L'evizione è, d'altra parte, una forma di tutela dai vizi del diritto trasferito e, in questa sua funzione di salvaguardia, prescinde dal possesso del bene operando anche nel caso in cui l'acquirente non abbia, in concreto, ottenuto la disponibilità del bene stesso (5).

Il difetto investe la situazione giuridica sulla cosa e non la posizione fattuale per cui non è evizione la perdita o il mancato conseguimento del possesso non concretandosi, tali fatti, in vizi del diritto trasmesso (6).

2. La natura giuridica e gli effetti della c.d. “garanzia” per evizione

L'evizione, che è la **conseguenza della violazione dell'impegno traslativo, non rappresenta una garanzia ex lege (7)**.

La natura giuridica dell'evizione non è quella di una vera e propria garanzia in quanto non ha riguardo, quale elemento accessorio, ad alcuna obbligazione che sussista tra il venditore ed il compratore.

Il fatto di evizione trova causa nel comportamento inadempiente del venditore, ma non si identifica con esso (8).

Si tratta di una fattispecie **che, infatti, prescinde dalla colpa distinguendosi**, peraltro, dalla azione di risoluzione del contratto per inadempimento perché quest'ultima presuppone la mancata esecuzione, in tutto o in parte, del negozio, mentre la garanzia per evizione si qualifica solamente in relazione ad un regolamento di interessi che abbia trovato concreta esecuzione, seppure viziata (9).

Con la garanzia per evizione l'ordinamento accolla al venditore una obbligazione risarcitoria relativa ad un evento dannoso che deriva dal mancato corretto adempimento dell'impegno traslativo ed essa costituisce una ragione di tutela ulteriore e distinta da quella relativa alla responsabilità per inadempimento.

Quale presupposto che dà luogo allo scioglimento del vincolo negoziale, l'evizione si qualifica come evento lesivo che ha rilevanza sul piano del risarcimento del danno, comportando il diritto del compratore a recuperare il valore economico che tale fatto ha espresso in termini negativi nel suo patrimonio (10).

3. I vizi del diritto trasferito: le differenti fattispecie

Secondo il disposto dell'art. 1483 c.c., il compratore subisce l'evizione in conseguenza di diritti che il terzo fa valere sul bene e l'evizione s'intende verificata, **come si legge nell'art. 1485, 2° co., c.c.**, *Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

Giappichelli Formazione

quando il terzo sia portatore nei suoi confronti di una sentenza che abbia la valenza del giudicato essendo controverso, fino a quel momento, il titolo sulla cosa (11) .

Il vizio del diritto trasferito può consistere in una **situazione giuridica reale che il terzo vanta sulla cosa, ad es. la proprietà e/o la comproprietà della stessa.**

In base a tale diritto quest'ultimo può agire in **rivendica, ex art. 948 c.c.** , sottraendo la titolarità del bene all'acquirente all'esito del giudizio petitorio che si sia concluso con una sentenza con il valore del giudicato di condanna al rilascio della cosa (12) .

Il vizio del diritto trasmesso può essere rappresentato **anche da vincoli e garanzie reali imposti sul bene, ad esempio ipoteche ovvero pignoramenti prodromici all'esecuzione forzata per espropriazione (13) .**

Nel momento in cui si realizza l'espropriazione forzata, l'acquirente, che sia stato o meno a conoscenza di tali oneri all'atto della perfezione dell'accordo di compravendita, ha diritto ad essere ristorato del danno subito potendo agire nei confronti del proprio dante causa in base alle regole sulla garanzia per evizione.

Quelle esaminate rappresentano le **cause c.d. di “evizione giudiziale”** che si concretano nell'accertamento definitivo, a seguito del giudicato, del diritto vantato dal terzo sulla cosa, ma l'evizione può dipendere anche da un atto **stragiudiziale consistente nel riconoscimento, da parte del compratore, del diritto del terzo (14) .**

Ai sensi dell'art. 1485, 2° co., c.c., nel caso in cui il compratore provi che non sussistevano ragioni sufficienti per fare respingere la domanda proposta dal terzo, il venditore è tenuto a rispondere per l'evizione determinata dal riconoscimento stragiudiziale del diritto vantato dal terzo medesimo.

Il riconoscimento può sostanziarsi in un atto negoziale unilaterale di accertamento o bilaterale di transazione che prevenga la relativa domanda giudiziale ed anche in un comportamento materiale di rilascio del bene con valore di rinuncia al diritto.

Un “tipo a se stante di fatto di evizione” la dottrina qualifica quello conseguente ad espropriazione per pubblico interesse e agli altri provvedimenti ablatori a quest'ultima assimilabili, quali la requisizione, la confisca, l'ordine di demolizione per pubblico interesse (15) .

Anche tali vincoli, azzerando il diritto sul bene cui ineriscono, danno luogo a dei veri e propri fatti di evizione.

Perché possa essere riconosciuta, in tali casi, la responsabilità del venditore è necessario e sufficiente che sia imposto il vincolo sulla cosa, non richiedendosi il perfezionamento, al momento della stipula del contratto di compravendita, del formale provvedimento amministrativo di espropriazione (16) .

Tale causa di evizione dà luogo ad un vizio che si concreterà ed attualizzerà sul diritto in un momento successivo, segnato dall'adozione del provvedimento amministrativo a carattere ablatorio.

4. L'onere imposto al compratore per far valere la garanzia per evizione: la chiamata in causa del venditore

Nell'onere di “denuncia della lite” che è previsto, a carico del compratore, dall'art. 1485 c.c. , il legislatore compendia le ragioni di tutela della posizione del venditore il quale non può essere ritenuto responsabile del danno subito dall'acquirente se non ha la possibilità di difendere il diritto trasmesso dalle aggressioni del terzo.

Nelle ipotesi di c.d. “evizione giudiziale” che si concretano nell'accertamento definitivo del diritto vantato dal terzo sulla cosa, il venditore deve, pertanto, essere posto in grado di partecipare al giudizio per fare valere le proprie ragioni di rigetto della domanda attorea (17) .

Quale conseguenza della omissione il compratore può vedere preclusa la tutela della garanzia, ciò sempre che il venditore riesca a dimostrare, in un nuovo ed autonomo giudizio, che esistevano ragioni sufficienti per ottenere il rigetto della domanda del terzo (18) .

Da tutto quanto detto si desume il principio secondo cui, per addossare al venditore la responsabilità per evizione, costituisce onere del compratore effettuare una valida denuntiatio della lite al proprio *Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

Giappichelli Formazione

dante causa, non assumendo, peraltro, alcuna rilevanza il fatto che quest'ultimo partecipi, o meno, al procedimento instaurato dal terzo.

Tale denuncia può concretarsi sia in una semplice chiamata in causa che in una citazione in garanzia con la quale il compratore chiede espressamente che le conseguenze del giudicato siano riversate direttamente nei confronti del venditore all'esito dell'accertamento giudiziale del suo diritto alla garanzia per evizione.

5. La preesistenza del vizio del diritto rispetto al momento della perfezione del contratto di compravendita

L'evizione, che porta alla perdita del bene trasmesso, è causata da un vizio del diritto acquistato e si ritiene, da parte della dottrina maggioritaria, che tale vizio debba preesistere alla stipulazione del negozio di compravendita (19).

Si argomenta che, in conformità al principio del consenso traslativo vigente nel nostro ordinamento, con la perfezione dell'accordo il diritto reale si trasferisce nella sfera giuridica dell'acquirente nella sua originaria consistenza chiudendo la vicenda traslativa in modo definitivo.

Conclusasi la vicenda traslativa, il venditore non può, quindi, più essere chiamato a rispondere di nuovi fattori di danno derivanti da eventi ulteriori e successivi alla traslazione del diritto stesso.

Ne consegue, come logica conseguenza, che il vizio da cui discende l'evizione non può che derivare da **un atto anteriore alla perfezione dell'accordo a pena di accollare al venditore vicende nuove di cui egli non può essere chiamato a rispondere.**

Il comportamento **tenuto dal venditore successivamente alla perfezione dell'accordo è, pertanto, un elemento estraneo alla garanzia per evizione non trovando collocazione nell'ambito di alcun rapporto negoziale.**

L'esempio tipico di fatto ulteriore che non dovrebbe, a rigore, rientrare nell'ambito di applicazione della garanzia per evizione è costituito dalla successiva alienazione ad un terzo, da parte del comune venditore, del medesimo diritto reale immobiliare (20).

6. La c.d. "evizione per fatto proprio" e la natura giuridica dell'acquisto del primo trascrivente

Al fine di risolvere il quesito relativo alla estensione della garanzia per evizione anche alla fattispecie della doppia alienazione immobiliare è necessario stabilire, preliminarmente, quale sia la natura giuridica **dell'acquisto effettuato dal secondo contraente, primo trascrivente, contro il comune dante causa.**

Nell'intraprendere tale ricerca si deve tenere presente che vige, nel nostro ordinamento di diritto civile, il principio del consenso traslativo secondo cui la titolarità dei beni mobili o immobili si trasmette senza che sia necessaria al riguardo una apposita investitura formale (21).

In questo senso si è abbandonato il modello romanistico che distingueva tra *titulus* e *modus acquirendi* (22).

Ciò posto, il titolare del diritto può, di fatto, disporre più volte del medesimo diritto approfittando, a tal fine, di una apparente legittimazione a disporre del bene in conseguenza della disponibilità materiale del bene stesso.

Stante l'incompatibilità della contemporanea vigenza di due diritti di egual contenuto sulla medesima cosa, l'ordinamento stabilisce che quello dei due negozi fonte dell'effetto traslativo che venga trascritto per primo prevale su quello che, per quanto di data anteriore, non sia stato fatto oggetto di tale formalità.

Il criterio risolutivo portato dall'art. 2644 c.c. pone, però, il problema della sua armonizzazione con **il principio espresso dall'art. 1376 c.c. (23).**

Una parte della dottrina, al fine di fornire una spiegazione circa l'effetto di prevalenza della trascrizione del titolo di data posteriore su quello di data anteriore non trascritto, ha affermato che nel conflitto tra titoli reali immobiliari la trascrizione, richiamata dall'art. 2644 c.c., **affianca, alla funzione dichiarativa, un più ampio effetto costitutivo (24).**

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Si specifica che il primo trascrivente, successivo acquirente, contrae con chi non è legittimato alla compravendita, per avere quest'ultimo già disposto del diritto, ed in tale veste acquista a non domino perfezionando, in suo favore, per mezzo della trascrizione, un trasferimento a titolo originario che gli permette di prevalere sulle ragioni dell'originario avente causa.

È questa una soluzione che si conforma al principio consensualistico e che assegna alla trascrizione, in funzione costitutiva, il ruolo di coelemento essenziale della fattispecie che porta a perfezionare un acquisto a titolo originario (25) .

Corollario ne è che **in mancanza dell'atto dispositivo è interdetto**, in favore del primo acquirente, l'esperimento del rimedio posto a tutela del suo credito risarcitorio rappresentato **dall' actio pauliana (26) .**

7. Il superamento della tesi dell'acquisto a titolo originario e della connessa funzione costitutiva della trascrizione

Le critiche che sono state mosse a tale ricostruzione si sono incentrate, prima ancora che sulla valenza costitutiva assegnata alla trascrizione, sul dato secondo cui la fattispecie dell'art. 2644 c.c. , così come descritta dai suddetti autori, presenterebbe parecchie discrasie con l'omologa, dettata dal legislatore in tema di **usucapione abbreviata, di cui all'art. 1159 c.c.**

Tale ultima norma, che secondo l'opinione prevalente disciplina l'acquisto a titolo originario dei diritti reali immobiliari, richiede, ai fini del perfezionamento della fattispecie, **oltre alla sussistenza del titolo astrattamente idoneo alla traslazione della proprietà, anche la buona fede dell'acquirente ed il termine decennale di vigenza della trascrizione.**

Al contrario, secondo l'opinione della tesi surrichiamata in ordine al modello di cui all'art. 2644 c.c. , l'acquisto del primo trascrivente prescinderebbe dalla sussistenza di tali presupposti (buona fede e durata decennale della trascrizione) andando a perfezionare un trasferimento a titolo originario immediato in favore dell'interessato oltre i casi e i modi previsti dall'art. 1159 c.c. (27) .

Si conclude affermando che, se anche vi è incompatibilità tra due contratti i quali, in tempi successivi, costituiscono in favore di due soggetti differenti due diritti di pari contenuto sulla medesima cosa, tale incompatibilità non legittima ad assegnare alla trascrizione richiamata nell'art. 2644 c.c. una funzione costitutiva oltre le ipotesi espressamente codificate (28) .

Più correttamente, si deve ritenere che nell'articolo in parola sia espresso il principio di prevalenza secondo cui quello dei due negozi traslativi che viene trascritto per primo prevale su quello che, anche di data anteriore, non sia stato fatto oggetto di tale onere formale (29) .

Il meccanismo giuridico che consente di ipotizzare tale effetto di “prevalenza” è, a parere di un'autorevole dottrina, **costituito dalla risoluzione della prima vendita in favore della seconda oggetto di trascrizione (30) .**

In questo senso si dice che la **prima alienazione è sottoposta a condizione risolutiva ex lege e la trascrizione, che assume il ruolo di evento risolutivo, si atteggia a condicio iuris di efficacia del primo acquisto.**

Ne consegue che, nonostante la priorità del consenso espresso in favore del primo acquirente, se il secondo trasferimento viene trascritto anteriormente al primo, quest'ultimo si caduca retroattivamente e solo la previa trascrizione impedisce che si perfezioni la fattispecie risolutiva.

Questo meccanismo non solo non contraddice il principio consensualistico ma lo adatta alle esigenze di circolazione e certezza giuridica in armonia con il ruolo assunto dalla trascrizione quale onere capace di una sola funzione conservativa di opponibilità ai terzi (pubblicità notizia) (31) .

Consegue ulteriormente che il secondo avente causa acquista a titolo derivativo trascrivendo contro il comune autore il quale, per effetto dell'operare della condicio iuris di efficacia, riacquista, con effetto retroattivo, la legittimazione a disporre del bene.

Restano da analizzare le conseguenze in ordine alla responsabilità del comune dante causa nei confronti del primo acquirente risultato soccombente.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

8. La ricostruzione favorevole al riconoscimento di una ragione di garanzia per evizione in favore del primo avente causa risultato soccombente

In tema di responsabilità del comune autore la tesi prevalente in dottrina è quella secondo cui, essendosi conclusa la vicenda traslativa all'atto dell'incontro dei consensi, nessuna obbligazione residua tra le parti che possa essere suscettibile di restare inadempita dando luogo ad un'ipotesi di responsabilità contrattuale (32).

Il comportamento tenuto dal venditore posteriormente al perfezionarsi della vicenda traslativa reale, quale avvenimento esterno ad ogni e qualsiasi rapporto tra le parti, non può, quindi, **che sostanziarsi in un illecito di natura extracontrattuale dove la stipulazione del secondo negozio di alienazione deve essere qualificata quale mero fatto giuridico (33)**.

Per i promotori di questa prima ricostruzione, perfezionatosi l'acquisto si interrompe il nesso di causalità con il comportamento negoziale del comune autore, il quale non risponde, a titolo di evizione, dell'atto di alienazione successivo (34).

Secondo altra opinione, poiché la trascrizione della seconda vendita priva di qualsiasi effetto il precedente trasferimento, rimane **inadempito l'impegno traslativo del comune dante causa** nei rapporti con l'originario acquirente, **producendosi un danno di origine negoziale nella sfera giuridica di quest'ultimo che si sostanzia, in ultima analisi in un fatto di evizione (35)**.

In questo senso si sostiene che, anche successivamente alla realizzazione dell'effetto traslativo, persiste un rapporto giuridicamente rilevante tra le parti che, a seguito dell'esercizio abusivo del potere di disposizione sulla cosa, può rimanere inadempito dando luogo ad un titolo di responsabilità contrattuale (36).

La giurisprudenza, d'altro canto, nel ribadire che l'impegno traslativo del venditore non si arresta alla verifica del trasferimento della titolarità della cosa, ha precisato che dal disposto dell'art. 1476, n. 2, c.c., letto alla luce del principio della buona fede secondo cui il contraente è gravato dell'onere di compiere lo sforzo necessario e sufficiente al raggiungimento del risultato programmato, deriva in capo al venditore l'obbligo, di contenuto negativo, di non porre in essere, successivamente alla intervenuta compravendita, comportamenti lesivi dell'acquisto del primo compratore (37).

Tale obbligazione, che non ha il generico contenuto di un obbligo di salvaguardia delle ragioni del contraente nei confronti dei terzi, si **sostanzia nel dovere di astensione da ogni comportamento volto a ledere il trasferimento precedentemente perfezionato (38)**.

Poiché, pertanto, il comune autore è vincolato, anche successivamente al perfezionamento del risultato traslativo, da un rapporto giuridico obbligatorio, dalla violazione del suo dovere di non fare deriva un effetto di inadempimento che dà luogo ad un vizio del diritto trasmesso tutelabile tramite la garanzia per evizione (39).

Si può, quindi, affermare che, in aderenza al disposto letterale dell'art. 1487, 2° co., c.c. secondo cui "il venditore è sempre tenuto per l'evizione derivante da un fatto suo proprio", anche una causa di **evizione successiva al trasferimento del diritto è imputabile al venditore quando questa importi la violazione del suo impegno traslativo (40)**.

3. E. Varano, *L'azione revocatoria ordinaria e la doppia alienazione immobiliare* (estratto).

Sommario: I. Il caso - II. Le questioni - III. I precedenti - IV. La dottrina

Nota di commento: «*L'azione revocatoria ordinaria e la doppia alienazione immobiliare*»

I. Il caso

La fattispecie sottoposta all'esame della Suprema Corte riguarda una doppia vendita immobiliare. Un appartamento venduto il 15.5.1972 con scrittura privata, veniva nuovamente alienato dal venditore con atto del 27.9.1972 alla propria sorella, la quale «rapidamente ed anomalmente» trascriveva il giorno successivo il proprio titolo, rendendo a sé inopponibile il diritto di proprietà del primo acquirente, che non aveva trascritto il suo acquisto. Quest'ultimo si rivolgeva al Tribunale di Verona *Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

Giappichelli Formazione

«perché fosse dichiarata nulla, se assolutamente simulata, la vendita del 27.9.1972, o l'inefficacia di questa nei suoi confronti, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2901 cod. civ., se effettivamente voluta». I giudici di merito (Tribunale di Verona e Corte d'Appello di Venezia) pur avendo accertato l'intento della seconda acquirente, preordinato con il fratello, di «porre nel nulla» l'acquisto del primo acquirente, respingevano sia la domanda di simulazione, poiché priva di «supporto probatorio», sia la domanda revocatoria, semplicemente osservando che questa aveva nella specie «improprie finalità recuperatorie», senza essersi dati carico di accertare l'esistenza dei presupposti richiesti per l'utile esercizio di tale azione.

La fattispecie sottoposta all'attenzione della Suprema Corte presenta due questioni giuridiche di notevole interesse: *la facoltà riconosciuta al primo acquirente di esperire l'azione revocatoria, nei confronti del primo trascrivente, al fine di conservare la garanzia costituita dal patrimonio dell'alienante, in virtù di una ragione di credito da inadempimento contrattuale, fondata sull'inosservanza del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto; l'accertamento, per l'utile esercizio della revocatoria, non della mera consapevolezza della precedente vendita, da parte del secondo acquirente, ma della partecipazione di questo alla dolosa preordinazione dell'alienante, finalizzata a pregiudicare la garanzia del futuro credito.*

II. Le questioni

1. **LA FACOLTÀ RICONOSCIUTA AL PRIMO ACQUIRENTE DI ESPERIRE L'AZIONE REVOCATORIA NEI CONFRONTI DEL PRIMO TRASCRIVENTE.** I giudici della Supr. Corte in questa sentenza hanno sottolineato la funzione dell'azione revocatoria nel caso di doppia vendita immobiliare. Questa non è un'azione di nullità diretta a colpire la seconda vendita trascritta e a garantire il riacquisto della proprietà al primo acquirente, così come veniva spesso intesa sotto il codice del 1865 (CHIANALE, cit. *infra*, sez. IV).

La duplice esigenza di accordare una tutela giuridica ai danneggiati e di mantenere, per quanto possibile, gli effetti negoziali voluti dai contraenti ha portato a preferire alla totale invalidità del negozio l'eliminazione degli effetti del contratto nei soli confronti del danneggiato e il mantenimento del medesimo *inter partes*.

Il primo acquirente, in conseguenza dell'evizione subita, diviene titolare di un diritto di credito al risarcimento dei danni nei confronti dell'alienante.

Come creditore gli viene riconosciuta, ormai da giurisprudenza risalente (CASS., 18.2.1929, cit. *infra*, sez. III), la **facoltà di revocare il secondo atto di alienazione per potersi soddisfare anche sul bene passato in proprietà del secondo acquirente.**

Fermo restando l'effetto della trascrizione e, quindi, il definitivo acquisto del bene immobile in capo al secondo acquirente, l'esercizio dell'azione revocatoria consente al primo acquirente di conservare la garanzia costituita dal patrimonio del debitore, attraverso il rimedio dell'insensibilità dell'azione esecutiva del creditore a trasferimenti che ne riducano la capienza.

Pertanto il primo acquirente, agendo in qualità di creditore, non può proporre l'azione revocatoria al fine di ottenere il recupero della cosa come risarcimento del danno in forma specifica, ma può solo ottenere la vendita dell'immobile per soddisfarsi sul prezzo, salvo l'obbligo di versare l'eccedenza al titolare del bene (CASS., 28.3.1960, n. 661, cit. *infra*, sez. III).

La revocatoria, infatti, è strumentale rispetto all'azione di risarcimento dei danni che consegue all'evizione, ma non è strumentale ad **un'azione di riconsegna che il primo acquirente evitto, persa la proprietà del bene, non è legittimato ad esercitare.**

Parte della dottrina ha negato l'ammissibilità dell'azione pauliana nella fattispecie in esame, osservando che il **credito per l'evizione è necessariamente posteriore alla seconda alienazione** (DI BLASI, cit. *infra*, sez. IV). Contro questa obiezione il S.C., a sez. un., con la sentenza del **22.12.1930 (cit. *infra*, sez. III), aveva solennemente sancito che la posteriorità del credito rispetto all'alienazione non fosse di ostacolo alla revocatoria, quando vi fosse stato accordo fraudolento fra venditore e successivo acquirente.**

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Oggi questo indirizzo giurisprudenziale è stato recepito dal cod. civ. del 1942 all'art. 2901, che ha espressamente previsto la revoca di un atto anteriore al sorgere del credito; pertanto l'obiezione in esame è venuta a cadere.

Si è sostenuto, inoltre, che la revocatoria contro il primo trascrivente non sarebbe mai possibile, essendo la seconda alienazione totalmente improduttiva di effetti nei riguardi del primo acquirente. Solo la sua successiva trascrizione priva dell'immobile il primo compratore e converte la sua pretesa in un credito contro l'alienante, ma questa è un atto lecito, al quale l'alienante non partecipa (BUTERA, cit. *infra*, sez. IV).

Contro questa obiezione si è sostenuta sia in dottrina (GAZZONI, cit. *infra*, sez. IV; FERRI, cit. *infra*, sez. IV; CONFORTI, cit. *infra*, sez. IV) che in giurisprudenza (APP. TORINO, 12.6.1942, cit. *infra*, sez. III) l'impossibilità di considerare il secondo atto in sé e per sé, ma solo in necessario ed ineliminabile rapporto con la trascrizione, trattandosi di due vicende intimamente collegate anche per la valutazione della condotta fraudolenta del venditore e dell'acquirente (CASS., 1°6.1976, n. 1983, cit. *infra*, sez. III).

Si è osservato, ancora, che mancherebbe, nella vicenda in questione, **il presupposto oggettivo dell'azione revocatoria**: verificandosi il passaggio della proprietà in base al semplice consenso, già con la prima alienazione l'alienante si spoglia della proprietà stessa e, pertanto, la seconda alienazione non comporta alcuna diminuzione del suo patrimonio con conseguente insolvenza totale o parziale (MONTEL, cit. *infra*, sez. IV). È facile rispondere che l'atto non trascritto è inopponibile ai creditori, i quali possono agire esecutivamente sul bene, e che il conseguente depauperamento del patrimonio del debitore si determina non con la prima alienazione non trascritta, ma con la seconda trascritta (FERRI, cit. *infra*, sez. IV).

Per un'autrice non si potrebbe revocare il secondo atto di alienazione perché questo non depauperava il patrimonio del debitore, ma agisce invece sulla sfera patrimoniale dello stesso creditore, attore in revocatoria (BIGLIAZZI GERI, cit. *infra*, sez. IV).

Infine ritengono non proponibile l'azione revocatoria, nel caso di doppia alienazione immobiliare, tutti coloro che considerano l'acquisto del secondo acquirente, che abbia trascritto con precedenza *ex art. 2644 cod. civ.*, **un acquisto a titolo originario, e non derivativo**. Il secondo atto di disposizione del venditore, non essendo da solo idoneo a produrre l'effetto acquisitivo in capo al secondo acquirente, sfugge alla revocatoria (NATOLI, cit. *infra*, sez. III). In senso contrario la maggior parte della dottrina ritiene che il secondo avente causa, primo trascrivente, non acquisti a titolo originario ma derivativo dall'alienante, anche se quest'ultimo, vendendo per la seconda volta il bene oggetto del diritto, ne ha disposto quale non titolare.

L'acquisto del secondo è *a non domino* ma, dopo la trascrizione, diviene opponibile al primo compratore e, pertanto, può considerarsi a tutti gli effetti a titolo derivativo (GAZZONI, cit. *infra*, sez. IV; VECCHI, cit. *infra*, sez. IV).

2. L'ACCERTAMENTO, PER L'UTILE ESERCIZIO DELLA REVOCATORIA DELLA PARTECIPAZIONE DEL SECONDO ACQUIRENTE ALLA DOLOSA PREORDINAZIONE DELL'ALIENANTE. Per poter agire in revocatoria si deve accertare la presenza dell'*eventus damni*: sono, quindi, soggetti a questa azione solo quegli atti che rechino pregiudizio alle ragioni del creditore.

Con questo non si vuole indicare soltanto una situazione attuale di danno, come potrebbe verificarsi in caso di totale insolvenza del debitore, ma **anche una situazione di semplice pericolo di danno**. È sufficiente a concretare l'*eventus damni*, la maggior incertezza, difficoltà o gravosità dell'esecuzione, derivante dal fatto che, conseguentemente al compimento dell'atto, non residuino nel patrimonio del debitore altri beni «facilmente assoggettabili all'esecuzione forzata», il cui valore sia sufficiente a garantire l'ammontare delle ragioni creditorie (APP. ROMA, 14.1.1993, cit. *infra*, sez. III; NATOLI, cit. *infra*, sez. IV).

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Per tale motivo si deve escludere, in caso di doppia alienazione immobiliare, che l'impossibilità di conseguire la *res debita* possa essere considerata l'*eventus damni* richiesto per la revocatoria, perché questo, come rilevato, si misura alla stregua di tutto il patrimonio del debitore. Il secondo negozio dovrà quindi revocarsi, **non perché ha per oggetto la medesima cosa, che doveva essere consegnata a colui che domanda la revoca ma se ed in quanto, senza quella cosa, il rimanente patrimonio del debitore non sia sufficiente a garantire una sicura esecuzione** (CASS., 28.3.1960, n. 661, cit. *infra*, sez. III).

Oltre al presupposto oggettivo per l'utile esperimento deve sussistere anche l'**elemento soggettivo**. In particolare, la Supr. Corte, osservando che il credito al risarcimento è posteriore all'atto di alienazione, richiede l'accertamento non della mera consapevolezza, da parte del secondo acquirente, della precedente vendita, **ma la partecipazione di questo alla dolosa preordinazione dell'alienante, consistente «nella specifica intenzione di pregiudicare la garanzia del futuro credito»**.

Parte minoritaria della dottrina (FERRI, cit. *infra*, sez. IV) e della giurisprudenza (TRIB. NAPOLI, 25.6.1950, cit. *infra*, sez. III) sul rilievo che il credito del primo compratore preesiste alla seconda vendita, in quanto l'alienante è obbligato a garantire il risultato dell'alienazione, ritiene invece sufficiente per costituire il *consilium fraudis* la semplice conoscenza che il secondo acquirente abbia avuto della precedente alienazione.

Questa dottrina non può essere condivisa, perché il **preteso credito non sarebbe azionabile se non dopo l'inadempimento, quindi successivamente all'atto dispositivo** (sul punto GAZZONI, cit. *infra*, sez. IV).

Risulta pertanto evidente, in applicazione dell'art. 2901, n. 2, cod. civ., la necessità di accertare nei confronti del secondo acquirente non il dolo generico, ma **il dolo specifico**.

A tal fine il primo avente causa dovrebbe provare che il secondo acquirente ha agito d'intesa con il comune autore al fine di sottrarre il bene alla garanzia patrimoniale in vista dell'assunzione di un obbligo da parte di costui. Non si può però arrivare a sostenere, come invece si è affermato in giurisprudenza (CASS., 1°6.1976, n. 1983, cit. *infra*, sez. III), che la dolosa preordinazione consisterebbe nel fatto che il secondo avente causa acquista non già per assicurarsi il bene, ma per sottrarre il bene stesso alla garanzia del primo acquirente, futuro creditore, al fine di danneggiarlo.

Questa ipotesi è difficile che si verifichi perché, nella doppia alienazione immobiliare, il secondo acquirente, seppur consapevole della precedente alienazione, mira ad acquistare il bene per soddisfare un proprio interesse, e non con lo scopo specifico di recare danno al primo acquirente (MESSINEO, cit. *infra*, sez. IV). Per la stessa ragione non si può sostenere la nullità della seconda vendita per illiceità del motivo comune alle parti *ex art. 1345 cod. civ.* Come rilevato dal Tribunale di Foggia, nella pronuncia dell'11.6.1948 (cit. *infra*, sez. III), tale nullità «*non ricorre nel caso di motivo illecito unilaterale palese all'altra parte*», cioè quando il secondo avente causa abbia voluto acquistare unicamente per un proprio bisogno senza interessarsi delle conseguenze per il primo stipulante.

Il dolo specifico è ravvisabile quando il terzo intenda acquistare per incrementare puramente e semplicemente il proprio patrimonio senza in alcun modo voler danneggiare il terzo futuro creditore e quindi senza collusione, anche se con la specifica conoscenza che l'alienante vende per presentarsi sprovvisto di garanzia patrimoniale al momento dell'assunzione del debito (in questo senso e contrariamente a quanto affermato in CASS., 1°6.1976, n. 1983; CASS., 8.1.1982, n. 76, cit. *infra*, sez. III; NATOLI, cit. *infra*, sez. IV).

Nel quadro complessivo delineato dall'evoluzione della giurisprudenza nell'ambito della doppia alienazione immobiliare emerge l'esigenza di porre in risalto la responsabilità extracontrattuale del secondo acquirente. Infatti a partire dalla pronuncia n. 76 del 1982, confermata successivamente da altre pronunce (cit. *infra*, sez. III) viene riconosciuta la responsabilità extracontrattuale di chi acquisti e per primo trascriva consapevole della precedente alienazione; ciò in quanto proprio tale conoscenza *Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

Giappichelli Formazione

viene considerata elemento sufficiente per accertare la volontà del predetto volta a sottrarre il bene al primo compratore.

Diversamente la giurisprudenza in tema di revocatoria ha costantemente richiesto quale presupposto per l'esperibilità di detta azione la partecipazione del secondo acquirente al disegno fraudolento dell'alienante, inteso a sottrarre mediante la seconda vendita del bene la garanzia patrimoniale sulla quale avrebbero potuto trovare soddisfazione le ragioni del creditore evitto.

Di qui la necessità di accertare tale partecipazione, non sulla base della semplice conoscenza della precedente vendita, che da solo non può dimostrare altro fuorché la volontà del secondo di sottrarre il bene al primo per acquistarlo lui stesso, ma sulla base di presunzioni che con un certo margine di obiettività dimostrino l'intenzione di diminuire o di sottrarre le garanzie patrimoniali.

Pertanto la giurisprudenza ha individuato il *consilium fraudis* del secondo acquirente nella sua consapevolezza dell'avvenuta riscossione, da parte dell'alienante, del doppio prezzo, nonché dalla presenza di propri vantaggi non riconducibili a quelli strettamente connessi alla trascrizione dell'atto (CASS., 9.2.1982, n. 759, cit. *infra*, sez. III).

Se la presunzione si deve considerare come quel processo logico che ci permette di desumere da alcuni elementi, secondo un criterio di normalità, un certo fatto (CASS., 3.7.1987, n. 5821, cit. *infra*, sez. III), si deve allora ritenere che queste circostanze individuate dalla giurisprudenza altro non provano che la semplice volontà del secondo acquirente, in partecipazione con l'alienante, di spogliare il primo acquirente del bene.

Queste circostanze invero non ci dimostrano che vi sia stato concorso fraudolento finalizzato alla sottrazione delle garanzie patrimoniali; da queste piuttosto si dovrebbe evincere la consapevolezza del secondo avente causa, che il bene oggetto della seconda vendita, costituisca l'unica o la principale base di garanzia per il primo acquirente.

D'altra parte come è stato rilevato anche in dottrina (RUBINO, cit. *infra*, sez. IV) si vengono in questo modo a snaturare i presupposti dell'azione revocatoria: al principio della sottrazione delle garanzie si viene a sostituire quello del semplice spoglio del bene, senza nessuna implicazione sulla consistenza patrimoniale.

In conseguenza si potrebbe argomentare che basterebbe ad integrare un tale presupposto fraudolento la semplice consapevolezza di contrarre con chi già si è spogliato del proprio diritto (COVIELLO, cit. *infra*, sez. IV).

Ciò faciliterebbe l'esperibilità dell'azione revocatoria. In realtà la giurisprudenza, pur nell'intento di rendere più agevole la fruizione della tutela revocatoria, concedendola anche sulla base di presunzioni, a volte discutibili, non si è spinta così oltre.

La giurisprudenza francese, invece, non solo ha accordato alla fattispecie della doppia alienazione immobiliare una tutela maggiore di quella revocatoria, dichiarando l'inopponibilità al primo compratore della seconda vendita trascritta, ma a tal fine, a partire dal 1968 (CASS., 22.3.1968, cit. *infra*, sez. III) ha ritenuto sufficiente la conoscenza della precedente vendita da parte del secondo acquirente, anziché la sua frode.

Nella sentenza oggetto di questo commento si ribadisce la non sufficienza della mera consapevolezza e si conferma la necessità di accertare un *consilium fraudis* diretto allo svilimento delle garanzie patrimoniali.

Una volta ammesso, come principio ormai consolidato, che il primo acquirente trovi tutela delle sue ragioni sia nei confronti del patrimonio del venditore, responsabile contrattualmente per l'evizione, sia nei confronti di quello del secondo acquirente, responsabile extracontrattualmente per essere consapevole del precedente atto dispositivo, l'utilità dell'azione revocatoria viene ridimensionata.

Il primo acquirente trova garanzia su entrambi i patrimoni sussistendo una responsabilità solidale dei «due fraudolenti», e quindi non ha interesse concreto a reintegrare il bene sottrattogli al patrimonio del suo dante causa (CASS., 15.6.1988, n. 4090, cit. *infra*, sez. III).

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

L'unico interesse che potrebbe sussistere è quello di potersi soddisfare senza sottostare al concorso con eventuali creditori del venditore e del secondo acquirente. In questo caso emerge l'utilità dell'azione revocatoria che consente al creditore che la esperisce di aggredire il bene in modo esclusivo e a prescindere dall'esistenza di altri creditori.

Dalla sentenza in commento si evidenzia come, una volta che il giudice di rinvio avrà accertato l'esistenza dell'*eventus damni*, ben potrà concedersi l'azione revocatoria in base alla sussistenza della frodolenzia rilevata sia nell'anomala e rapida trascrizione, sia nella consapevolezza della sottrazione di garanzie, implicite nel rapporto di parentela.

L'azione revocatoria, già subordinata rispetto all'azione di simulazione che garantisce al primo acquirente la massima tutela, permettendogli di riappropriarsi del bene, tende, nella disciplina della doppia alienazione immobiliare, ad assumere un ruolo marginale.

Infatti già con l'azione extracontrattuale il primo compratore ottiene una tutela paragonabile a quella dell'azione revocatoria, per di più conseguibile con maggiore facilità, sebbene a prezzo di un eventuale concorso con altri creditori del secondo acquirente.

Omissis.

D. Normativa

1. Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267. Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa.

Art. 146. Amministratori, direttori generali, componenti degli organi di controllo, liquidatori e soci di società a responsabilità limitata ⁽⁵⁰¹⁾ ⁽⁵⁰²⁾

Gli amministratori e i liquidatori della società sono tenuti agli obblighi imposti al fallito dall'articolo 49. Essi devono essere sentiti in tutti i casi in cui la legge richiede che sia sentito il fallito.

Sono esercitate dal curatore previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori:

a) le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori;

b) l'azione di responsabilità contro i soci della società a responsabilità limitata, nei casi previsti dall'articolo 2476, comma settimo, del codice civile.

(501) Articolo così sostituito dall'*art. 130, comma 1, D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5*, a decorrere dal 16 luglio 2006.

(502) A norma dell'*art. 294, comma 2, D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14*, i rinvii al presente provvedimento contenuti in leggi speciali in materia di liquidazione coatta amministrativa si intendono effettuati alle disposizioni del medesimo *D.Lgs. n. 14/2019*.

2. Decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 (1).

Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155.

Art. 255. Azioni di responsabilità

In vigore dal 1 settembre 2021

1. Il curatore, autorizzato ai sensi dell'articolo 128, comma 2, può promuovere o proseguire, anche separatamente:

a) l'azione sociale di responsabilità;

b) l'azione dei creditori sociali prevista dall'articolo 2394 e dall'articolo 2476, sesto comma, del codice civile;

c) l'azione prevista dall'articolo 2476, settimo comma, del codice civile;

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

- d) l'azione prevista dall'articolo 2497, quarto comma, del codice civile;
- e) tutte le altre azioni di responsabilità che gli sono attribuite da singole disposizioni di legge

Omissis.

Art. 291. Azioni di responsabilità e denuncia di gravi irregolarità di gestione nei confronti di imprese del gruppo

In vigore dal 1 settembre 2021

1. Il curatore, sia nel caso di apertura di una procedura unitaria, sia nel caso di apertura di una pluralità di procedure, è legittimato ad esercitare le azioni di responsabilità previste dall'articolo 2497 del codice civile.
2. Il curatore è altresì legittimato a proporre, nei confronti di amministratori e sindaci delle società del gruppo non assoggettate alla procedura di liquidazione giudiziale, la denuncia di cui all'articolo 2409 del codice civile.

Omissis.

Art. 325. Ricorso abusivo al credito

In vigore dal 1 settembre 2021

1. Gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori e gli imprenditori esercenti un'attività commerciale che ricorrono **o continuano a ricorrere al credito**, anche al di fuori dei casi di cui agli articoli 322 e 323, dissimulando il dissesto o lo stato d'insolvenza sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni.
2. La pena è aumentata nel caso di società soggette alle disposizioni di cui al capo II, titolo III, parte IV, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni.
3. Salve le altre pene accessorie di cui al libro I, titolo II, capo III, del codice penale, la condanna importa l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a tre anni.