

Oggetto: Acquisto materiale archeologico dall'estero

Il parere riguarda la possibilità e di modalità di acquisto di materiale archeologico, proveniente dall'estero, concernente lo stato e la struttura delle legioni romane, al fine di allestire una mostra sul territorio nazionale.

In materia il legislatore ha sempre sottolineato la volontà di monitorare ogni possibile spostamento di tal genere di beni, impedendone la commercializzazione, al fine principale di contrastare il commercio clandestino e la fuoriuscita illegale di ogni tipo di oggetto di chiaro valore storico per il nostro paese.

Normativa di riferimento per quasi settant'anni è stata la Legge n. 1089 del 1 giugno 1939, in cui il tema di fondo è quello dell'assoggettamento dei beni culturali a norme di carattere pubblicistico.

Primi articoli della legge esplicitano quali beni debbano essere ricompresi nell'accezione di "**beni culturali**" comprendendo non solo quelli di chiaro valore storico-artistico, ma anche i beni archeologici riportati alla luce sull'intero territorio nazionale.

Esempio dell'assoggettamento a norme pubblicistiche è presente nel capo III, dove si parla di restauro di beni culturali, in cui è chiara la forte limitazione al principio del codice civile riguardante il diritto di proprietà ex art. 832, in cui si afferma la possibilità per i proprietari di **godere e disporre** in via esclusiva e in modo pieno del bene, sempre nei limiti dell'ordinamento giuridico. Il legislatore del '39 ha voluto lasciare il godimento al soggetto del bene, ma sempre in modo compatibile con l'interesse pubblico; anche sulla possibilità di disporre dello stesso, l'esclusività di tale diritto è limitata da un controllo pubblico, che può esplicarsi in 3 modi particolari: **conoscitivo** (la pubblica amministrazione vuole conoscere tutti i movimenti traslativi che vanno a definire i diritti sulle cose), **impeditivo** (la pubblica amministrazione ha la facoltà di impedire qualunque movimento della cosa che possa pregiudicare il pubblico godimento), **tramite l'acquisto** (la p.a. mantiene il privilegio di acquistare, al fine di destinarla ad un uso pubblico). Ulteriore limitazione che si evince è data dal vincolo di **inalienabilità** di beni che appartengono ad Enti Pubblici o allo Stato.

La L. 1089/39 ha in ogni caso lasciato la possibilità di alienare i suddetti beni, distinguendo esplicitamente a seconda che l'alienante sia Stato o Ente Pubblico, ente privato, soggetti privati.

L'alienazione di beni di enti privati (sia con personalità giuridica che privi della medesima) è consentita purchè ci sia autorizzazione dell'amministrazione pubblica, la quale può essere negata solo nel momento in cui si delinei un grave danno al patrimonio culturale del paese o al pubblico godimento della cosa (art. 26); a tal proposito l'amministrazione è obbligata a motivare in modo chiaro e congruo le ragioni per cui ha negato il permesso di alienazione (si ha in questo caso un controllo di tipo autorizzante da parte dell'amministrazione competente).

Per i soggetti privati non è richiesta invece alcun tipo di autorizzazione, salvo l'ipotesi di collezioni o di serie di oggetti, per cui è disposto l'obbligo di denuncia al Ministero dei Beni Culturali in caso di trasferimento a titolo oneroso o gratuito, con cui si trasferisce la proprietà o il possesso di beni considerati vincolati (in caso di mancanza di denuncia l'atto traslativo è considerato nullo).

Il Decreto Legislativo n. 42 del 22 gennaio 2004 ha integrato e sostituito la normativa previgente, ormai datata ed obsoleta; tale normativa infatti non ha solo richiamato la tutela dei beni di valore storico e culturale, ma ha voluto ricomprendere nel *genus* di patrimonio culturale nazionale, oltre ai beni culturali in senso stretto (opere d'arte, beni archeologici, testi musicali, filmati, ecc...), anche un'altra specie di bene culturale (in senso più ampio), costituita dai paesaggi italiani.

L'art. 2 Il comma ha definito beni culturali *le cose immobili e mobili che, ai sensi degli artt. 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico [...] quali testimonianze aventi valore di civiltà*, lasciando in ogni caso la possibilità di integrare ulteriormente tale elenco, i quali siano di proprietà dello Stato, delle Regioni, di altri enti pubblici territoriali e non, nonché di persone giuridiche private o di soggetti privati.

Il citato decreto non ha sicuramente voluto ridimensionare la portata della tutela delle cose rientranti in questa categoria, ma ha lasciato in ogni caso la possibilità di far circolare i beni sottoposti a tali vincoli, riservando agli enti pubblici competenti la facoltà di monitorare il trasferimento di questi. L'art. 72 D. Lgs. 42/2004 disciplina l'**ingresso nel territorio nazionale** di tali beni, affermando che *la spedizione in Italia da uno Stato membro dell'Unione Europea o l'importazione da uno Stato terzo [...] è certificata, a domanda, dall'ufficio di esportazione* (Ufficio Esportazione del Ministero per i Beni e le Attività culturali).

Detti certificati sono rilasciati per quanto riguarda la Regione Lombardia dall'Ufficio Esportazione presso la Soprintendenza per il Patrimonio Storico, Artistico e Demoantropologico e detto rilascio è subordinato all'esibizione di documenti idonei ad identificare la cosa (ad es. materiale fotografico, ecc...) e a comprovarne la provenienza dal territorio dello Stato estero dal quale è stata spedita o importata.

Il nuovo Decreto non riduce in alcun modo i poteri della p.a. mantenendo sempre forti i limiti al diritto di godere, da parte del legittimo proprietario, del bene o dei beni; infatti tale dettato ripercorre la medesima strada già battuta dal legislatore del '39, sottolineando l'obbligo di custodire la documentazione attinente al materiale archeologico, in quanto l'amministrazione competente e gli organi di polizia giudiziaria potranno sempre e in qualunque momento richiederne l'esibizione, in forza del potere di controllo conoscitivo ed al fine di conoscere tutti i movimenti traslativi dei beni sottoposti a vincolo culturale.

* * *

Oggetto: Parere e considerazioni sulla valutazione economico – aziendale della società M. S.p.A., così come redatta dalla C. & Partners.

Dall'elaborato sottopostoci viene in evidenza il perseguimento di uno scopo che non sembra attagliarsi agli intenti della compagine M. S.p.A., ovvero la metodologia utilizzata per eseguire la "valutazione" appare più pertinente per un progetto di quotazione in borsa che non per una dismissione.

Il che ha una giustificazione tecnica che sinteticamente andiamo ad illustrare: C. & Partners ha cercato di determinare il valore dell'azienda in un'ottica prospettica di medio / lungo periodo; infatti i criteri adottati si basano su previsioni (*ergo* presunzioni) che arrivano, in alcuni casi, fino al 2014.

Obiettivamente, pensare di prevedere, con discreta attendibilità, flussi di Cassa per i prossimi 10 Anni in un mercato – quello dell'elettronica e dei generi di largo consumo – in così forte e costante evoluzione, appare quanto meno arbitrario, anche se le previsioni si basano su flussi di Cassa pregressi.

La valutazione è stata operata utilizzando due metodi :

- i Multipli di Mercato
- i Flussi di Cassa scontati.

Tali criteri hanno un'indubbia valenza e si caratterizzano per la capacità di generare sufficienti flussi di liquidità per remunerare eventuali investitori.

Pertanto tali metodologie ben si adattano a società *quotande* le quali devono dimostrare al mercato che l'investimento nel titolo azionario darà frutti (in termini di *dividendi*) tali da soddisfare l'investitore.

Ma tale metodologia mal si adatta per la valutazione di un'azienda che non intende accedere al mercato esterno dei capitali.

Essa, ha, quindi, la peculiarità di prescindere dal *valore intrinseco* dell'azienda basandosi principalmente sulla *possibilità* che l'azienda ha di remunerare gli investitori e mantenere un suo stabile valore nel tempo.

In concreto nella logica dell' investitore di Borsa l'interesse non è percepire e stabilire quanto realmente vale un'azienda (dato dal quale può prescindere tranquillamente); ciò che conta è che l'investimento dia frutti (*dividendi*) adeguati e che, nel tempo, la quotazione del titolo rimanga almeno inalterata.

Per tale ragione è stato corretto qualificare l'elaborato come “ *valutazione* ” e non come “ *perizia* ”.

Tuttavia è quest'ultima che, crediamo, maggiormente si addica a società che non intendono accedere al mercato dei capitali ma che perseguano lo scopo di determinare un valore *reale ed attuale* dell'azienda con tutti i propri rami.

Ed infatti in una *perizia di stima* vengono prese in considerazione variabili differenti: innanzitutto devono essere considerati eventuali *plus o minus valori* relativi ai beni aziendali; se, ad esempio, una società ha nel proprio bilancio beni iscritti a prezzi *vili* (perché, ad esempio, riscattati da un contratto di leasing), o a prezzi

bassi (perché acquisiti tempo addietro) i maggiori valori devono essere considerati dal perito adottando come criterio il valore venale di mercato.

Nondimeno in una perizia, nel senso più stretto e più tecnico, non si prescinde mai dall'**avviamento** (*e cioè la ragionevole capacità per l'azienda di produrre reddito*). E' importante fondare il valore, anche del singolo pacchetto di azioni, sulla determinazione dell'avviamento generale di cui gode la società.

Peraltro va segnalato che la stima dello stesso si basa ordinariamente su presunzioni che difficilmente superano i tre Anni.

Conclusivamente sembra più appropriata l'analisi del valore dell'azienda attraverso un metodo *misto* che sia **patrimoniale** e tenga conto dell'**avviamento**.

Attraverso tale metodologia riteniamo possano rivelarsi valori ben più elevati rispetto a quelli espressi nell'elaborato C. & Partners.

* * *

Oggetto: *Parere sulla novazione del rapporto giuridico con lo scopo di riservare il proprio credito al privilegio*

Ci veniva richiesto di redigere parere e di illustrare – laddove vi fossero – quali iniziative siano ipotizzabili nei confronti di un Istituto di Credito che abbia concesso *mutuo ipotecario* per l'importo di € 2 milioni, ad una società a responsabilità limitata, già esposta verso la stessa Banca, per affidamenti in conto corrente.

Ci viene segnalato che la suddetta società è amministrata da un CdA e che lo Statuto prevede la firma congiunta, da parte di due consiglieri, per gli atti di straordinaria amministrazione e che il contratto di mutuo è stato, viceversa, sottoscritto da un solo componente del CdA.

Parere

Il caso sottoposto al nostro esame risponde ad una casistica nota ed in passato frequentemente praticata che trova giustificazione nell'esigenza dell'Istituto creditizio di *novare* il rapporto giuridico con lo scopo di riservare il proprio credito al privilegio.

L'operazione posta in essere risulta oggi del tutto rudimentale ed ingenua apparendo chiaro che la conversione dei crediti da chirografari in privilegiati, in una situazione debitoria diffusa e nota alla Banca è del tutto elusiva del principio della *par condicio creditorum*, principio cardine della *legge Fallimentare*.

La norma è inderogabile, sicché la sua violazione comporta nullità del negozio giuridico, il quale deve ritenersi posto in essere *in frode alla legge* (art. 1344 c.c.). Nondimeno il contratto di mutuo deve ritenersi nullo poiché realizza *frode ai creditori*.

Così argomenta persino la dottrina meno rigorosa (Cfr Campobasso – Jorio – Tedeschi) senza peraltro considerare che sia la giurisprudenza di legittimità che di merito hanno consolidato il suddetto orientamento – *ex multis* : “*la concessione da parte di una banca di un mutuo con garanzia ipotecaria, con vincolo della somma mutuata ad estinzione di debiti pregressi dei mutuatari verso il mutuante, realizza un atto a titolo oneroso del precedente debito ed è pertanto assoggettabile all'azione revocatoria ordinaria*”. (Cass. Civ., Sez. III, 21.12 1990, n° 12123) Ed anche “*il contratto con cui la banca, in vista del fallimento del proprio cliente, al solo fine di ottenere la costituzione di ipoteca a garanzia di un preesistente credito pecuniario chirografario e non per sopperire alla mancanza di liquidità dell'imprenditore, eroga a quest'ultimo una somma a titolo di mutuo fondiario, è qualificabile come un procedimento negoziale indiretto in frode ai creditori che dà luogo ad una novazione oggettiva. Tale novazione, in quanto mezzo anomalo di pagamento, è soggetta alla revocatoria fallimentare di cui all'art. 67 L.F. la quale travolge pure l'ipoteca iscritta che, di conseguenza, non sarà opponibile alla massa dei creditori. In sede di insinuazione al passivo, la banca potrà pertanto chiedere soltanto l'ammissione del credito originario non assistito dalla garanzia ipotecaria*”. (Trib. Genova, 16.1.2002).

Nell'attuale fase concordataria sarebbe consentita al legale rappresentante della società, su sollecitazione del Commissario e previo parere del Giudice delegato alla procedura, di esperire unicamente l'azione *revocatoria ordinaria*, che la Suprema Corte ha chiaramente messo nelle mani del contraente che vi abbia interesse, ma indipendentemente dallo strumento processuale suddetto, la qualificazione della fattispecie superiormente prospettata consente *simpliciter* di ipotizzare, ancor prima della revoca di un contratto nullo, l'*actio nullitatis* con court quale strumento radicale di eliminazione dal mondo giuridico, del contratto stipulato in frode alla legge ed in frode ai creditori.

L'azione civile per la declaratoria di nullità del contratto, che travolge come la revocatoria ed a maggior ragione, la garanzia che vi accede, deve infatti ritenersi l'iniziativa più diretta e consequenziale alla proiezione giuridica che le parti hanno dato al rapporto, laddove *novando* senza causa il negozio giuridico, hanno fatto confluire nel nuovo rapporto di credito, debiti preesistenti ma non garantiti;

Non sembra, in entrambe le ipotesi processuali formulate, che si possano temere o incontrare eccezione *ex adverso*, in ordine alla *scientia fraudis* dell'Istituto di credito. E' oggi possibile calamitare alla sfera giuridica ciò che fino a poco tempo fa afferiva unicamente alla tecnica economico-aziendale.

Ha chiarito, infatti, la giurisprudenza più illuminata ed oramai prevalente che un *Istituto di credito* conosce, presuntivamente, attraverso gli indici finanziari e di redditività, risultanti dalle voci iscritte in bilancio, lo stato di solvenza della società.

Infatti "*Le prove della conoscenza dello stato di insolvenza del fallito da parte della banca convenuta in revocatoria può essere fornita dal curatore del fallimento adducendo la sussistenza di presunzioni gravi, precise e concordanti tali da far presumere l'effettiva scientia decoctionis da parte di quello specifico creditore nei confronti del quale è promossa l'azione.. La banca conosce lo stato di insolvenza dell'impresa poi fallita sulla base di indici, quali un rapporto di indebitamento pari all'8% ed un rapporto di liquidità inferiore a 0,3.*" (plurimis - Trib. Trieste 7.3.97 – Trib. Benevento 14.12.94 – Trib. Potenza 11.6.94 – Trib. Cosenza 24.3.94. Tribunale di Rimini 22.11.95. Tribunale di Frosinone che, in data 15.4.1998, Tribunale di Frosinone 15.4.1998),

Così come "*Lo stato di insolvenza di una banca, inteso quale impossibilità di far fronte alle obbligazioni assunte con gli ordinari mezzi di pagamento e senza smobilitare il patrimonio, è desumibile dalla ricorrenza di una serie di indici presuntivi di natura tecnica quali il deficit patrimoniale, l'alta percentuale dei crediti in sofferenza rispetto all'erogato, la redditività negativa ad andamento montante.*" (App. Bologna, Sez. III, 30.1.2003).

L'analisi integrale delle pronunce, non esaustivamente riportate, lascia emergere che vengono assunti con rilevanza l'*indice di disponibilità finanziaria* (o rapporto corrente) - capacità dell'impresa di far fronte al pagamento dei debiti a breve termine, ricorrendo a mezzi finanziari propri -. Tale indice è dato dal *rapporto tra le attività correnti e le passività correnti* - in un'impresa finanziariamente sana il coefficiente risultante dal rapporto deve essere ≥ 1 .

L'indice *rapporto di indebitamento* (debiti Breve e M-L termine) e totale dell'attivo circolante (rimanenze + credito a breve e M-L) ed esprime la misura dell'indebitamento dell'impresa.

L'*indice di redditività* (R.O.E.), dato dal rapporto tra l'utile netto d'esercizio e il patrimonio netto, - deve essere superiore al costo del danaro a breve termine, (a contrario se ne desumerebbe un investimento in perdita da parte degli azionisti).

Indice *Banca su circolante*, l'indice liquidità immediata (*acid Test*) ecc..

Minori certezze appare concedere la proposizione di una domanda giudiziale fondata sull'*eccezione di inefficacia* del negozio giuridico stipulato con l'Istituto di credito, poiché recante la firma di uno solo dei consiglieri di amministrazione, nonostante la prescrizione dello Statuto che prevede per il compimento di atti di straordinaria amministrazione la firma congiunta degli amministratori.

L'eccezione, infatti, potrebbe essere facilmente superata dall'eventuale prova fornita dalla Banca, che affermi e dimostri la concludente ratifica del contratto da parte anche dell'altro consigliere. A favore di siffatta impostazione più volte ha dato arresto la Suprema Corte chiarendo che con più atti ed in più circostanze può desumersi che l'esecuzione del contratto da parte dell'organo collegiale rappresentativo del contraente, importi la ratifica tacita della fonte negoziale *uti singuli*, da parte di ogni membro. - *ex multis* Cass. Civ., Sez. II, 1.12.95 n. 12420 – Cass. Civ., Sez. I, 12.3.94, n. 2430).

* * *

Oggetto: Parere in materia di "liquidazione provvigioni agente".

In data 9 novembre 2006, la società W. S.p.A. richiedeva motivato parere in merito all'interpretazione di un contratto di agenzia sottoscritto in data 2/06/1995 con l'agente Sig. C. C., in particolare in relazione alla clausola n. 6, relativa al pagamento delle provvigioni.

In tema di agenzia, l'art. 1748 c.c. disciplina i diritti dell'agente, stabilendo che:

"Per tutti gli affari conclusi durante il contratto l'agente ha diritto alla provvigione quando l'operazione è stata conclusa per effetto del suo intervento.

La provvigione è dovuta anche per gli affari conclusi dal preponente con terzi che l'agente aveva in precedenza acquisito come clienti per affari dello stesso tipo o appartenenti alla zona o alla categoria o gruppo di clienti riservati all'agente, salvo che sia diversamente pattuito.

L'agente ha diritto alla provvigione sugli affari conclusi dopo la data di scioglimento del contratto se la proposta è pervenuta al preponente o all'agente in data antecedente o gli affari sono conclusi entro un termine ragionevole dalla data di scioglimento del contratto e la conclusione è da ricondurre prevalentemente all'attività da lui svolta; in tali casi la provvigione è dovuta solo all'agente precedente, salvo che da specifiche circostanze risulti equo ripartire la provvigione tra gli agenti intervenuti.

Salvo che sia diversamente pattuito, la provvigione spetta all'agente dal momento e nella misura in cui il preponente ha eseguito o avrebbe dovuto eseguire la prestazione in base al contratto concluso con il terzo. La provvigione spetta all'agente, al più tardi, inderogabilmente dal momento e nella misura in cui il terzo ha eseguito o avrebbe dovuto eseguire la prestazione qualora il preponente avesse eseguito la prestazione a suo carico.

Se il preponente e il terzo si accordano per non dare, in tutto o in parte, esecuzione al contratto, l'agente ha diritto, per la parte ineseguita, ad una provvigione ridotta nella misura determinata dagli usi o, in mancanza, dal giudice secondo equità.

L'agente è tenuto a restituire le provvigioni riscosse solo nella ipotesi e nella misura in cui sia certo che il contratto tra il terzo e il preponente non avrà esecuzione per cause non imputabili al preponente. È nullo ogni patto più sfavorevole all'agente.

L'agente non ha diritto al rimborso delle spese di agenzia."

Il testo dell'articolo in esame è stato profondamente modificato nel corso del tempo. La formula originaria prevedeva, sotto la rubrica "Diritti dell'agente", il seguente testo:

"L'agente ha diritto alla provvigione solo per gli affari che hanno avuto regolare esecuzione. Se l'affare ha avuto esecuzione parziale, la provvigione spetta all'agente in proporzione della parte eseguita.

La provvigione è dovuta anche per gli affari conclusi direttamente dal preponente, che devono avere esecuzione nella zona riservata all'agente, salvo che sia diversamente pattuito.

L'agente non ha diritto al rimborso delle spese di agenzia".

Questo testo veniva successivamente modificato dal d.lg. 10.9.1991, n. 303, emanato in attuazione della direttiva CEE n. 653/86, relativa al coordinamento del diritto degli stati membri concernente gli agenti commerciali indipendenti. Il decreto sostituiva la rubrica "Diritti dell'agente" con la formula "Diritti

dell'agente ed obblighi del preponente" ed aggiungeva i co. 3 (il precedente 3° co. prendeva il 4° nel testo modificato), 5, 6 e 7.

Il testo attuale è frutto delle recenti modifiche, introdotte dal d.lg. 15.2.1999, n. 65, in accoglimento dei rilievi contenuti nel parere motivato, emesso il 13.7.1998, dalla Commissione Europea, e recepisce appieno il contenuto della direttiva 653/86. L'oggetto dell'art. 1748 è nuovamente circoscritto alla disciplina dei soli diritti dell'agente, laddove gli obblighi del preponente sono adesso elencati nell'art. 1749.

Il decreto delegato del 1999 è intervenuto profondamente proprio con specifica attenzione al diritto alla provvigione: se precedentemente essa risultava legata al concetto di **regolare esecuzione** o al **buon fine** dell'affare, con conseguente sorgere del diritto nel momento del pagamento dal parte del cliente, oggi si deve utilizzare un più ampio criterio, come appare evidente dalla lettura del 1° e 2° comma dell'art. 1748 c.c., modificati dal citato D.Lg. in ossequio alla direttiva comunitaria del 1986.

Proprio l'aspetto più innovativo della riforma riguarda il momento in cui per l'agente sorge il diritto alla provvigione: dal momento e nella misura in cui il terzo (cliente) ha eseguito o avrebbe dovuto eseguire la prestazione in base al contratto e, al più tardi, dal momento in cui il terzo ha eseguito o avrebbe dovuto eseguire la prestazione, qualora il preponente avesse eseguito la prestazione a suo carico. In altre parole il **discrimen** per il sorgere del diritto alla provvigione risulta, dopo la novella del 1999, l'**adempimento della prestazione da parte del preponente**, e non di entrambe le parti.

Spetta, poi, all'agente il diritto ad un estratto conto delle provvigioni ricevute in una con l'indicazione degli elementi essenziali ai fini del loro computo. Tale documento va consegnato all'agente entro l'ultimo giorno del mese successivo al trimestre di riferimento – ovvero di maturazione delle provvigioni medesime; termine entro il quale dovranno anche essere versate le provvigioni, ex art. 1748 6° comma c.c.

D'altronde, il contratto sottoposto al nostro vaglio, resta aderente alla previsione normativa, pur essendo stato sottoscritto in data antecedente alla riforma, prevedendo che: *"Il preponente consegna all'agente l'estratto conto delle provvigioni dovute entro l'ultimo giorno del mese successivo al trimestre nel corso del quale le provvigioni sono maturate. Contestualmente l'agente riceverà il relativo dispositivo di pagamento."*

L'inciso successivo che condiziona il pagamento delle provvigioni, all'effettivo incasso dal parte del preponente delle singole transazioni, è da ritenersi prescrizione divenuta oramai nulla e, pertanto, la società W. non può validamente apporla né può avvalersene.

Parimenti nullo è il successivo art. 7 del contratto titolato "STAR DEL CREDERE".

La nuova formulazione dell'art. 1746 3° comma c.c. prevede che: "È vietato il patto che ponga a carico dell'agente una responsabilità, anche solo parziale, per l'inadempimento del terzo. È però consentito eccezionalmente alle parti di concordare di volta in volta la concessione di una apposita garanzia da parte dell'agente, purché ciò avvenga con riferimento a singoli affari, di particolare natura ed importo, individualmente determinati; l'obbligo di garanzia assunto dall'agente non sia di ammontare più elevato della provvigione che per quell'affare l'agente medesimo avrebbe diritto a percepire; sia previsto per l'agente un apposito corrispettivo."

In base alla disciplina precedente alle recenti modifiche introdotte dalla l. 21.12.1999, n. 526, le parti potevano aggiungere alle clausole del contratto di agenzia il particolare patto dello "star del credere", mediante il quale l'agente assumeva direttamente una parte del rischio d'impresa gravante sul preponente, nel senso che rispondeva, nei confronti del preponente, dell'eventuale inadempimento del terzo, sia pure entro una percentuale limitata.

La contrattazione collettiva con efficacia *erga omnes* ha sempre limitato la possibilità che l'agente risponda dello star del credere ad una percentuale contenuta del valore degli affari: l'art. 6 dell'accordo collettivo 20.6.1956, reso efficace *erga omnes* con d.p.r. 16.1.1961, n. 145, prevedeva la misura massima del venti per cento, ed ammetteva solo in casi particolari che potesse essere pattuito un limite superiore, a condizione che fosse pattuito anche un supplemento alla ordinaria provvigione. I successivi accordi economici collettivi di diritto comune (a.e.c. 16.12.1979, per gli agenti del settore "industria", e a.e.c. 24.6.1981, per gli agenti del settore "commercio"), vincolanti solo per gli aderenti alle associazioni stipulanti, hanno ridotto la misura dello star del credere al quindici per cento, ed hanno precisato che l'agente non risponde delle spese sostenute dal preponente per il recupero del credito.

In base al 3° co. dell'art. 1746, introdotto dall'art. 28 l. 21.12.1999, n. 526, il patto con il quale le parti introducono nel contratto la responsabilità anche solo parziale dell'agente per il fatto del terzo è di norma vietato. È ammessa tale possibilità solo in ipotesi estremamente ristrette, ed essa è comunque circondata da varie cautele per evitare che si traduca in una obbligazione eccessivamente gravosa per l'agente. Infatti, è consentito alle parti inserire il patto dello «star del credere» solo in riferimento a singoli affari, determinati individualmente, e che siano di particolare natura o importo, in cui cioè l'importanza dell'affare giustifichi il

ricorso a questa tutela aggiuntiva per il preponente. Deve essere previsto un corrispettivo in favore dell'agente che presta la garanzia, di cui le parti, nel silenzio della legge, sono libere di concordare entità e modalità di corresponsione. Inoltre la legge determina la misura massima dell'obbligo dell'agente, che non può essere comunque superiore a quanto egli avrebbe diritto a percepire a titolo di provvigione. La pattuizione relativa allo star del credere, secondo la regola generale contenuta nell'art. 1742, deve essere provata per iscritto.

Si è sottolineato in dottrina che qualsiasi clausola contrattuale, anche diversamente qualificata e strutturata, che abbia l'effetto di spostare sull'agente la responsabilità per l'inadempimento del terzo, correrà il rischio di essere dichiarata nulla per contrasto con l'art. 1746, 3° co. Invece, non dovrebbero violare i limiti imposti allo star del credere eventuali clausole con le quali l'agente si impegni a rispettare determinati obiettivi minimi quanto al numero di clienti solvibili, purchè dal loro mancato raggiungimento derivino conseguenze diverse dal risarcimento del danno subito dal preponente, quali la facoltà del preponente di risolvere il contratto per inadempimento o la perdita di eventuali vantaggi economici, quali premi, per l'agente.

* * *

Oggetto: *Il trattamento fiscale degli incentivi erogati nel settore automobilistico, a titolo di "bonus qualitativi", con particolare riferimento alla loro incidenza sul valore degli autoveicoli, nel caso in cui cessato il rapporto di concessione, questi dovessero essere retrocessi dalla società concedente.*

Parere

E' usuale, nel settore automobilistico, che la casa produttrice riconosca, ai propri concessionari di vendita, al raggiungimento di determinati obiettivi o a fronte dell'adeguamento delle rispettive aziende a determinate caratteristiche esteriori ed organizzative, somme a titolo di bonus.

I bonus "quantitativi", rappresentano gli incentivi erogati dalla società concedente per far realizzare al concessionario un maggior numero di vendite, essi si concretizzano in una riduzione dei prezzi dei prodotti già forniti, al momento del raggiungimento di un determinato obiettivo di vendita e sono dunque considerati, come "abbuoni o sconti" per i quali la società concedente potrà emettere "note di accredito" a favore del concessionario.

I bonus "qualitativi" costituiscono, invece, incentivi che la società concedente utilizza per elevare ed al contempo premiare il livello qualitativo delle strutture e dei servizi resi ai clienti finali i quali vengono

corrisposti al concessionario in presenza di determinati standard organizzativi o al raggiungimento di elevati livelli di soddisfazione dei clienti.

Con particolare riferimento ai bonus di tipo "qualitativo", si poneva il problema di verificare se essi costituiscono o meno cessioni che hanno per oggetto denaro ai sensi dell'articolo 2, comma 3, lett. A) del D.P.R. n. 633/1972, oppure rappresentino il corrispettivo di una prestazione di servizi imponibile ai fini Iva.

Per stabilire, dunque, se sia o meno dovuto il tributo, è necessario appurare se colui che riceve la somma sia o meno tenuto ad una controprestazione. Infatti, il comma 1 (ultima parte) dell'art. 3 del D.P.R. n. 633/1972 costituisce una norma residuale, tale da rendere configurabile una prestazione di servizi ogni qualvolta vi sia un'obbligazione di fare, non fare o di permettere a fronte del pagamento di un corrispettivo.

Al riguardo l'Agenzia delle Entrate, con la risoluzione n. 120/E 2004, ha ritenuto che l'erogazione dei bonus di tipo "qualitativo" si pone, in posizione di chiara corrispettività a fronte dello svolgimento, da parte del concessionario, di specifiche obbligazioni di fare (tra cui quelle inerenti al marketing, alla promozione dei marchi automobilistici ed ai programmi soddisfazione clienti) previste in via obbligatoria nei rispettivi contratti di concessione. Sono somme erogate al concessionario in contropartita dell'effettuazione di prestabilite prestazioni di servizi, comunque, riconducibili ad un interesse della società che, di fatto, utilizza tale strumento per attuare le proprie strategie di marketing e promozione dei marchi.

Le somme erogate, dunque, secondo l'Agenzia delle entrate, non possono essere considerate cessioni di denaro senza prestazione, cioè svincolate da qualsiasi rapporto ed obbligo contrattuale. Esse vanno, invece, considerate quali corrispettivi, connessi alle attività di servizi rese dal concessionario alla casa produttrice, e quindi come tali da ricomprendere nella base imponibile dell'Iva ai sensi dell'art. 13, primo comma, del D.P.R. n. 633/1972.

Anche nel caso di Autobergamo, a nostro giudizio, sempre che essa abbia ricevuto somme specificatamente a titolo di bonus qualitativo (perché ha raggiunto elevati livelli di organizzazione o ha ottenuto un punteggio particolarmente alto nel programma soddisfazioni clienti), può ravvisarsi un preciso nesso sinallagmatico tra tali somme e la prestazione di servizio espletate.

Rilevano, in tal senso, le specifiche obbligazioni previste nel contratto di concessione: adeguamento dei locali espositivi, adeguamento delle insegne, l'ammodernamento delle officine di riparazione, la presenza di personale qualificato, lo svolgimento di attività di marketing e promozione dei marchi automobilistici, la

previsione di un dettagliato programma soddisfazione clienti, nonché la previsione della espressa clausola di risoluzione, nel caso in cui non vengano rispettati tali standard organizzativi.

Quest'ultima previsione appare particolarmente significativa della chiara volontà delle parti di realizzare un rapporto a controprestazioni specifiche essendo la risoluzione applicabile soltanto ai contratti a prestazioni corrispettive, nei quali il sacrificio di ciascuna delle parti trova la sua giustificazione (vincolo sinallagmatico) nella controprestazione che deve essere eseguita dall'altra.

Le somme corrisposte a titolo di bonus qualitativi costituiscono per la società A. S.p.A. il corrispettivo per i maggiori costi organizzativi e finanziari sostenuti per l'espletamento delle attività che gli hanno consentito di meritare detto bonus.

In definitiva, tali somme essendo la remunerazione di specifiche attività e prestazioni di servizi, dovranno essere contabilizzate nel bilancio di esercizio come "ricavi" ulteriori, cioè diversi, rispetto a quelli ottenuti con l'ordinaria attività di vendita, e come tali fatturati alla casa produttrice.

Ciò vale anche nel caso in cui il bonus sia stato erogato come riduzione del prezzo dei veicoli al momento della fornitura. Esso infatti genera comunque un ricavo anche se l'autovettura non è stata venduta, in quanto corrispettivo di una attività che non ha nulla a che fare con la vendita.

Diversa è la questione, relativa al prezzo che dovrà essere corrisposto dalla casa produttrice, nel caso in cui, cessato il rapporto di concessione per qualsiasi motivo, essa dovesse riacquistare gli autoveicoli invenduti, presenti nel magazzino scorte del concessionario.

È, infatti, previsto nel contratto di concessione stipulato tra la società F. Italia S.p.A. e la società A. S.p.A., che quest'ultima ha il diritto di rivendere alla concedente, entro un mese dalla data di cessazione del contratto gli autoveicoli presenti nel proprio magazzino scorte.

L'art 26 dispone che il prezzo dovuto per il riacquisto degli autoveicoli sarà pari a quello praticato al concessionario al momento in cui i prodotti contrattuali furono forniti al netto di qualsiasi sconto: *"diminuito di qualsiasi sconto o accredito effettuato dalla Ford in relazione ad essi anche successivamente alla fornitura"*.

Alla luce delle argomentazioni svolte dall'Agenzia delle Entrate si dovrebbe coerentemente affermare, che per "sconti o accrediti" si debbano intendere soltanto le somme erogate a titolo di bonus quantitativi, ma non anche quelle corrisposte a titolo di bonus qualitativo che se pur collegati come mera base di calcolo al

prezzo di acquisto delle autovetture hanno natura remunerativa cioè, si ripete, corrispettivi di specifiche prestazioni di servizi rese dal concessionario nei confronti della società concedente ,

Ne dovrebbe conseguire che il prezzo che dovrà essere corrisposto dalla società F. S.p.A. in caso di retrocessione degli autoveicoli sarà quello pari al prezzo praticato al concessionario al momento della fornitura, al netto degli sconti praticati a titolo di bonus "quantitativi", ma proporzionalmente maggiorato del contributo erogato dalla concedente a titolo di bonus "qualitativo".

Ci preme però sottolineare che, in ogni caso, una risoluzione dell'Agenzia delle entrate ha valore soltanto nei rapporti intercorrenti tra il contribuente, che si è avvalso della procedura di interpello, ed il fisco e non può essere considerata rilevante ai fini interpretativi di un contratto stipulato in piena autonomia tra le parti, in cui invece, assume particolare importanza l'esatta interpretazione della volontà dei contraenti.

Tale volontà può essere desunta oltre che dal tenore letterale del contratto, anche da fatti concludenti e dalla prassi commerciale in uso fra le parti; si consideri inoltre, che la clausola contrattuale in questione è stata specificatamente approvata e sottoscritta dalle parti a norma degli artt.1341 e 1342 c.c.

* * *

Oggetto: Patto di non concorrenza, sottoscritto tra un lavoratore dipendente ed una società concorrente, ai fini dell'assunzione del prestatore di lavoro.

Quesito

“ Il Sig. M. B. e la società S. S.p.A., rispettivamente in qualità di lavoratore dipendente e datore di lavoro, hanno sottoscritto in data 1.02.2004, una scrittura privata con la quale il prestatore di lavoro, a fronte della corresponsione di un compenso pari ad Euro 200,00 nette mensili, oltre a quanto previsto dal contratto di lavoro, si obbligava a:

- *svolgere la propria attività in via esclusiva per il datore di lavoro, durante la vigenza del rapporto di lavoro;*
- *non utilizzare, divulgare o comunicare le notizie ed informazioni assunte durante il corso del rapporto di lavoro – obbligo di riservatezza - .*
- *non svolgere, per i due anni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro, né personalmente né per interposta persona, alcuna attività, anche solo occasionale o gratuita, a favore di imprese o organizzazioni le quali siano in concorrenza con il datore di lavoro, e specificatamente del settore della*

produzione commercializzazione ed informazione tecnica relativa ad adesivi per imballaggio e/o per plastificazione - patto di non concorrenza - .

La W. S.p.A. intende conoscere se il patto di non concorrenza, così come formulato, risulta essere valido ed efficace, in quanto è interessata a stipulare un contratto di lavoro con il Sig. M. B.

* * *

Va innanzitutto rilevato come la disciplina codicistica preveda, espressamente, la possibilità di stipulare, tra datore di lavoro e lavoratore, accordi con i quali viene limitato lo svolgimento dell'attività del prestatore di lavoro, con riferimento ad un periodo successivo alla cessazione del contratto.

L'art. 2125 c.c. recita infatti testualmente: *“ il patto con il quale si limita lo svolgimento dell'attività del prestatore di lavoro per il tempo successivo alla cessazione del contratto, è nullo se non risulta da atto scritto, se non è pattuito un corrispettivo a favore del prestatore di lavoro e se il vincolo non è contenuto entro determinati limiti di oggetto di tempo e di luogo. La durata del vincolo non può essere superiore a cinque anni, se si tratta di dirigenti, e a tre anni negli altri casi. Se è pattuita una durata maggiore, essa si riduce nella misura suindicata.”*

La finalità di tale disciplina legislativa va individuata nell'esigenza di pervenire ad un equo contemperamento tra due ordini di interessi contrapposti: da un lato, quello del datore di lavoro di salvaguardare, nei confronti dei concorrenti, il patrimonio immateriale della propria azienda, dall'altro, quello dei lavoratori, di non subire un'eccessiva restrizione della propria libertà di lavoro.

Va innanzitutto rilevato come la validità del patto sia subordinata alla presenza congiunta di tutti gli elementi indicati dall'articolo citato, norma imperativa e quindi non derogabile.

Nel caso specifico, procedendo ad un'analisi della scrittura privata oggetto del presente parere, va sottolineato come, il patto di concorrenza ivi contenuto, possa essere considerato nullo per due ordini di motivi.

1) Sulla nullità del patto per eccessiva ampiezza dell'oggetto

L'art. 3.1. della scrittura privata appare in contrasto con la normativa in materia di patto di non concorrenza, in quanto il vincolo a carico del lavoratore, così come formulato, non prevede determinati limiti con riferimento all'oggetto della prestazione richiesta.

L'art. 3.1. prevede infatti, che il dipendente si impegni a non svolgere alcuna attività, anche occasionale o gratuita, a favore di imprese che siano in concorrenza con la società datrice di lavoro, e specificatamente, che operino nel settore della produzione, commercializzazione ed informazione tecnica relativa ad adesivi per imballaggio e/o plastificazione.

Va evidenziato tuttavia come la giurisprudenza consideri nullo il patto di non concorrenza quando la sua ampiezza sia tale da comprimere l'esplicazione della concreta professionalità del lavoratore in limiti che ne compromettano la potenzialità reddituale (Cfr. *Cass civ. sez. lav. 10.09.2003 n. 13282*; conforme in tal senso *Cass n. 5253/2001*).

La legittimità del patto di non concorrenza va valutata non in astratto, ma in relazione alla concreta personalità professionale del lavoratore.

A tale proposito si intende rilevare come, il Sig. M. B. sia stato assunto dalla S. S.p.A., in data 1 giugno 1994, all'età di soli 20 anni ed abbia svolto, presumibilmente, gran parte della propria attività lavorativa presso questa società sviluppando conoscenze e competenze professionali da impiegare esclusivamente nel medesimo settore di attività della società datrice di lavoro.

Per tali ragioni si può ritenere che la clausola di cui al punto 3.1. sia nulla per violazione dell'art. 2125 c.c., norma che prevede che l'oggetto del patto di non concorrenza, debba essere contenuto entro i limiti determinati, così come enunciati dalle sentenze della Suprema Corte.

2) Sulla nullità per non congruità del corrispettivo

La nullità di cui al punto precedente, in caso di contestazione, dovrebbe essere accertata dal Giudice, mediante un'analisi nel concreto, delle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, al fine di accertare le effettive competenze acquisite dal lavoratore.

Viceversa, il secondo profilo di nullità, ora trattato, risulta di più agevole dimostrazione e discende, direttamente ed inequivocabilmente, da un consolidato principio elaborato tanto dalla dottrina lavoristica quanto dalla giurisprudenza. Entrambe infatti, configurano il patto di non concorrenza come un contratto oneroso a prestazioni corrispettive e affermano il **principio del la doverosa congruità del compenso** in relazione al sacrificio richiesto al lavoratore.

Proprio in relazione alla congruità del corrispettivo dovuto, va ritenuto che l'espressa previsione di nullità contenuta nell'art. 2125 c.c., vada riferita alla pattuizione, non solo di compensi simbolici, ma anche di

compensi manifestamente iniqui o sproporzionati in rapporto al sacrificio richiesto al lavoratore e alla riduzione delle sue possibilità di guadagno (Cfr. *Cass. n. 4891/1998, 10062/1994*). Ai fini di un giudizio sulla congruità, si devono tenere presente la misura della retribuzione, l'estensione territoriale ed oggettiva del divieto e la professionalità del dipendente.

Con riferimento al contratto sottoscritto tra le parti, l'articolo 3.4. – corrispettivo – prevede che la società datrice di lavoro si impegna a corrispondere a favore del Sig. M. B. la somma netta di Euro 200,00, per tredici mensilità.

Tale importo non può assolutamente essere considerato congruo in quanto non corrisponde ad un prezzo adeguato a seguito di una ampia e generale rinuncia, seppur riferita ad aziende del settore, al diritto al lavoro, valutato che il sig. M. B. ha costituito e formato il proprio profilo professionale in aziende soltanto di quel settore.

Analizzando la fattispecie in concreto, risulta ancora più evidente l'incongruità del corrispettivo pattuito: infatti, in caso di cessazione del contratto di lavoro, ad oggi, il Sig. M. B., a fronte della somma di Euro 2.800, ricevuta dalla datrice di lavoro, (14 mensilità X 200,00 Euro), si è impegnato a non prestare attività lavorativa per 2 anni (!!!?) nell'unico settore che conosce, nel quale si è formato, nel quale solo potrebbe trovare lavoro.

Proprio con riferimento alle modalità di pagamento del compenso ed alla sua determinatezza, va rilevato come una recente sentenza del Tribunale di Milano abbia mutato l'Orientamento della Giurisprudenza, considerando inammissibile la corresponsione mensile di detta somma in pendenza del rapporto di lavoro:

*“ Ai sensi dell'art. 2125 c.c., il patto di non concorrenza deve prevedere - a pena di nullità - la corresponsione a favore del lavoratore di un corrispettivo che, costituendo il prezzo di una parziale rinuncia al diritto al lavoro costituzionalmente garantito, deve essere congruo rispetto al sacrificio richiesto al lavoratore medesimo e necessariamente determinato nel suo ammontare al momento della stipulazione del patto; ne consegue che viola il disposto dell'art. 2125 c.c. la previsione del pagamento del corrispettivo in costanza i rapporto di lavoro, in quanto la stessa introduce una variabile legata alla durata del rapporto che conferisce al patto un inammissibile elemento di aleatorietà” (Cfr. *Tribunale di Milano 18.06.2001*).*

Per tutto quanto sopra esposto, riteniamo che il Sig. M. B. non sia vincolato dal patto di non concorrenza sottoscritto e, conseguentemente, non sussista l'obbligo di pagamento di alcuna penale, stante la prevedibile nullità della clausola sottoscritta in data 1.02.2004.

In caso di accertamento della nullità della predetta clausola, il lavoratore sarà unicamente tenuto a restituire una parte della somma percepita ai sensi dell'art. 3.4.

Va infatti rilevato come il compenso mensile di Euro 200,00, sia stato versato quale corrispettivo di ulteriori obblighi – tra i quali quello di riservatezza e di esclusività della prestazione lavorativa – e non unicamente come “prezzo” del patto di non concorrenza

* * *

Oggetto: *La mansione lavorativa quale quella dello stampatore di gomma, qualificabile come attività lavorativa comportante rischi per la sicurezza, incolumità, salute dei terzi, ai sensi dell'art. 125 D.P.R. n. 309/1990, affinché, per i lavoratori addetti a tali mansioni, sia obbligatorio l'accertamento dello stato di tossicodipendenza.*

Per dare adeguata risposta al quesito oggetto del parere, è anzitutto opportuno spendere qualche breve riflessione in merito al Testo Unico delle Leggi in materia di stupefacenti di cui al D.P.R. n. 309/1990, con particolare riferimento agli artt. 124 – 125 in esso contemplati.

Come è noto, nel regolamentare la complessa materia degli stupefacenti, negli artt. suddetti si parla dei lavoratori a carico dei quali venga accertato lo *status* di tossicodipendenza, approntando, anche in riferimento ai più importanti contratti collettivi di lavoro o per il pubblico impiego, tutta una serie di precise e concrete cautele per quelli, tra loro, che vogliano curarsi adeguatamente presso le strutture pubbliche (A.S.L. o S.E.R.T.) di competenza.

In siffatto contesto, l'art. 125 del D.P.R. suddetto, impone di accertare l'assenza di uno stato di tossicodipendenza, sia prima che dopo l'assunzione, ma solo con riferimento ad attività (da individuarsi con apposito Decreto Ministeriale) comportanti rischi per la sicurezza, salute, incolumità dei terzi.

Ci si chiede, appunto, quali siano queste mansioni per cui è necessario il controllo e se, in particolare, un lavoratore adibito alla stampa su gomma rientri nelle categorie per cui esso è stato imposto.

Nell'occuparsi di tale problema, prima la dottrina e poi la giurisprudenza hanno ritenuto non vietate, in generale, ex art. 8 Legge n. 300 del 1970 le indagini volte ad accertare lo stato di tossicodipendenza del lavoratore, se rilevanti ai fini della valutazione delle sue capacità e/o attitudini professionali.

Tuttavia, proprio con riferimento al disposto dell'art. 125 D.P.R. suddetto, sembra che la dottrina e la giurisprudenza presuppongano che lo stato di tossicodipendenza non abbia generale rilevanza nell'ambito del rapporto di lavoro.

In ogni caso, è evidente che le norme in esame mirano non solo ad evitare discriminazioni, ma anche che non si creino i presupposti per nuove "schede di massa" che si potrebbero giustificare con false finalità di tutela di soggetti contrattualmente deboli.

Sta di fatto, tuttavia, che l'elenco delle attività lavorative "ad elevato rischio" di cui si parla, fra l'altro, all'art. 15 Legge n. 125/2001 (Legge Quadro in materia di alcool e problemi correlati) ed all'art. 125 del D.P.R. n. 309/1990 non è mai stato emanato ed anzi in luogo di tale elenco esiste solo una proposta congiunta della Società Italiana di Alcoologia (S.I.A.) e dell'Associazione Nazionale dei Medici del Lavoro Pubblici (A.N.Me.L.P.), redatto nel 2004, sulla cui base è vietato il consumo di alcool.

A titolo meramente esemplificativo e non esaustivo, possiamo ricordare che il divieto suddetto vale per la guida di mezzi di trasporto stradali, ferroviari, navali, aerei, per la guida di macchine di movimentazione terra e merci, per la guida di macchine agricole, per la manovra (anche telecomandata) di macchine di sollevamento e movimentazione merci, per il controllo di macchine complesse e/o robotizzate, nell'utilizzo di macchine utensili di ogni tipo, nell'edilizia, in tutti i lavori in quota, nelle lavorazioni di movimentazione di merci, nelle fonderie e nelle lavorazioni di metalli, nell'industria del legno, nell'impiantistica elettrica, nell'industria chimica a rischio di causare danni rilevanti, nelle lavorazioni soggette a certificato di prevenzione incendi, nelle cave e miniere, nei cementifici e nelle fornaci, nelle mansioni di sorveglianza e/o di cura di altri soggetti (es. insegnanti, personale socio – sanitario).

Con riguardo alle suddette attività, si è poi analogamente prevista l'applicazione degli artt. 124 – 125 T.U. Leggi in materia di stupefacenti (D.P.R. n. 309/1990) per la gestione di personale soggetto ad abuso di alcolici.

Nel caso di specie, non sembra che l'attività lavorativa di stampa su gomma rientri, allo stato, nelle categorie per cui è imposto il controllo, con la conseguenza che il lavoratore ne è esonerato, il datore di lavoro non dovrà sostenere spese per gli accertamenti periodici previsti né dovrà far cessare il lavoratore dalle sue mansioni o essere soggetto a sanzioni per l'inosservanza degli obblighi previsti ex artt. 124 – 125 D.P.R. 309/1990.

* * *

Ci viene richiesto di spiegare sinteticamente quali siano i diritti e gli obblighi previsti per Legge a carico del Terzo Sequestratario, qualora alcune Polizze Assicurazioni sulla vita, stipulate dal soggetto Contraente con la Società di Assicurazioni nostra Cliente, siano divenute oggetto prima di Sequestro Penale Probatorio, ora revocato, e poi di Sequestro Cautelare Conservativo presso Terzi.

Prima di affrontare e risolvere il quesito oggetto del presente parere, si ritiene doveroso procedere ad una breve ricognizione dei fatti.

Il soggetto contraente, Signor P.B., ha stipulato, con la Società di Assicurazioni B. S.p.A., Nostra Cliente, due distinte Polizze di Assicurazione sulla vita.

Una prima Polizza, recante n. 30/ 90000000, denominata "C.S. P. B ", con decorrenza a partire dal 15.11.2005 e durata a vita intera per un premio versato di € 80.000,00=.

Con il suddetto contratto, la Società adottava, verso il contraente, la formula assicurativa cosiddetta "a vita intera ed a premio unico con corresponsione annuale della rivalutazione".

La Polizza, dunque, a fronte del versamento, da parte del contraente, di un premio in un'unica soluzione, mediante addebito su conto corrente, assegno bancario o circolare, prevedeva la liquidazione, da parte della Società, di una cedola annua, in caso di vita dell'assicurato, determinata in base al rendimento attribuito al contratto e, ad ogni anniversario della decorrenza, la liquidazione del capitale garantito al beneficiario o ai beneficiari designati, in caso di decesso dell'assicurato, ferma restando la facoltà del contraente di richiedere, trascorso un anno dalla decorrenza, il riscatto totale o parziale della Polizza stessa.

Con una seconda Polizza, recante n. 300 / 9000001, denominata "P.I.B." , con decorrenza 20.12.2005 e scadenza 20.12.2011, per un premio versato di € 20.000,00=, si è avuto, poi, un secondo contratto di assicurazione sulla vita di tipo *index - linked* in una forma cosiddetta "mista con bonus a premio unico".

Il valore delle prestazioni assicurative, cioè, è stato direttamente correlato a quello di uno specifico Titolo acquisito *ad hoc* dalla Società al fine di finanziare le prestazioni assicurative stesse e posto a copertura delle riserve tecniche corrispondenti.

Al termine di ciascuna delle prime cinque annualità di Polizza, il contratto prevedeva il pagamento al contraente, se l'assicurato fosse stato in vita a tale data, di un importo pari a quello dell'eventuale cedola annua prevista dal Titolo. Al termine dei primi due anni di durata contrattuale l'importo della cedola sarebbe stato fisso, mentre nei successivi tre anni variabile in funzione dell'andamento di tre indici azionari mondiali : il *DJ Stoxx Select Dividend 30*, il *Nikkei 225* e lo *S & P'S 500*.

Alla scadenza del contratto si prevedeva il pagamento all'assicurato, in caso di sua sopravvivenza, di un capitale pari ai premi versati moltiplicato per il valore di rimborso del Titolo, aumentato di una somma pari alla sesta ed ultima cedola eventualmente pagata dal Titolo stesso, se diversa da 0%.

Nel caso di decesso dell'assicurato prima della scadenza contrattuale, invece, è stato previsto il pagamento al beneficiario o ai beneficiari designati di un importo pari ai premi versati, moltiplicato per un coefficiente variabile in funzione dell'età dell'assicurato alla data di decorrenza degli effetti contrattuali e ulteriormente moltiplicato per il valore corrente del Titolo.

Anche qui, trascorso un anno dalla data di decorrenza, il contraente poteva chiedere il riscatto totale o parziale anticipato della Polizza, riscuotendone il relativo valore, restando inteso che la Società si impegnava a prestare l'assicurazione, nei termini suddetti, contro il pagamento, da parte del Contraente, di un premio unico, entro la data di decorrenza degli effetti contrattuali, con assegno bancario o circolare o addebito automatico in conto corrente.

Le due Polizze, *ut supra* descritte e strutturate, sono state oggetto di un primo Sequestro Penale Probatorio, disposto dall'Autorità Giudiziaria inquirente in Roma, nell'ambito di accertamenti bancari, in data 21.04.2006, contro il medesimo soggetto, Signor P.B., allo specifico fine di acquisire il corpo del reato e le cose pertinenti al medesimo, necessari per l'accertamento dei fatti; successivamente, il Tribunale Penale di Roma adito, in data 15.06.07, revocava la misura cautelare suddetta, essendone venuti meno i suddetti presupposti, disponendo l'immediata restituzione, alla parte lesa nel Processo Penale ed attuale Creditore

sequestrante, società C.H.I. S.r.l., delle somme portate dai verbali di sequestro emessi in esecuzione del Decreto del Pubblico Ministero suddetto.

La formulazione del provvedimento non dà certezza che l'ordine venga rivolto al terzo.

A sua volta, l'odierno Creditore, Società C.H.I. S.r.l., con provvedimento in data 05.05.06, comunicato in data 12.05.06, otteneva, presso il Tribunale di Roma adito, sempre contro il Signor P.B., il sequestro conservativo *ante causam* di beni mobili, immobili e di crediti fino ad un complessivo importo di € 700.000,00= a danno del debitore e, eseguendolo, notificava, in data 04.05.06, al debitore Signor P.B. Ricorso per sequestro conservativo presso terzi, e successivamente notificava lo stesso Atto, in data 12.05.06, e pedissequo Atto Di Citazione in data 24.02.07, alla B. S.p.A., per il sequestro delle somme che quest'ultima, in base alle suddette Polizze, deve al Signor P.B.

Venuto meno, per le ragioni sopra spiegate, il Sequestro Penale Probatorio, che si chiede per gli scopi suddetti, il Sequestro Cautelare Conservativo di beni mobili o di crediti si chiede al diverso scopo di tutelare le ragioni e le garanzie creditorie, in base, cioè, ad un credito certo, liquido ed esigibile, accertato in base a sommarie indagini (*fumus boni iuris*), quando il creditore teme che, per la consistenza patrimoniale del debitore o per suoi oggettivi comportamenti, le sue pretese non vengano soddisfatte (*periculum in mora*).

Esso si esegue secondo le norme dettate per il Pignoramento Mobiliare presso il Debitore (artt. 513 – 542 C.p.C.) o presso Terzi (artt. 543 – 554 C.p.C.) in quanto applicabili.

In particolare, dal momento in cui gli è notificato l'Atto ex art. 543 C.p.C., il Terzo è soggetto, per le cose e le somme da lui dovute e nei limiti dell'importo del credito precettato, aumentato della metà, agli obblighi propri del Custode (art. 546 C.p.C.).

Egli, inoltre, personalmente o a mezzo del suo Difensore, con dichiarazione all'udienza fissata o, negli altri casi previsti, a mezzo raccomandata inviata al Creditore precedente, deve specificare esattamente di quali cose e/o di quali somme è debitore ed i tempi in cui ne deve eseguire il pagamento o la consegna, precisando se altri sequestri siano stati eseguiti presso di lui e le eventuali cessioni di credito che gli siano state notificate o da lui accettate in data certa (art. 547 C.p.C.).

Nel caso di specie, dopo la notifica del Ricorso per Sequestro Cautelare Conservativo presso Terzi in data 12.05.06, e notifica dell'Atto di Citazione, relativo al giudizio di merito, in data 24.02.07, il Creditore Procedente, Società C.H.I., ha invitato il Terzo, B S.p.A. a rendere la dichiarazione ex art. 547 C.p.C., ciò in occasione della prossima udienza fissata in data 06.10.07, presso il Tribunale di Milano, luogo in cui la stessa B. S.p.A. ha la sua sede legale.

Ai fini dell'art. 547 C.p.C. offre una prima ragione a essere formalmente cautelativa la lettera raccomandata a.r. spedita in data 24.02.2007 da B. S.p.A.

Dalla dichiarazione positiva, tuttavia, non discende un obbligo automatico ed immediato a carico del Terzo di pagare il dovuto, in quanto il Sequestro Cautelare Conservativo si converte in Pignoramento solo al termine di un successivo giudizio ordinario di merito, incardinato nei confronti dei soggetti responsabili in sede civile, che si concluda con Sentenza di condanna provvisoriamente esecutiva a favore del Creditore sequestrante (art. 686 C.p.C.).

Solo a conclusione di tale ultimo giudizio di merito, il Creditore Procedente potrà azionare il proprio credito e pretendere dal Terzo pignorato il pagamento del dovuto.

Da ultimo si evidenzia come l'art. 1923 I° Comma Cod. Civ. da Voi citato nella Raccomandata del 24.02.07, secondo cui *"le somme dovute dall'assicuratore al contraente o al beneficiario, in un'Assicurazione sulla vita, non possono essere oggetto di azioni esecutive o cautelari (...)"*, non possa essere applicato al caso di specie. Infatti, tale eccezione, secondo la prevalente giurisprudenza (si vedano, *ex multis*, Cass. Civ. Sent. 26.09.79 n. 4970, Cass. Civ. Sent. 15.11.94 n. 9623, Cass. Civ. Sent. 17.11.03 n. 17367) può essere sollevata unicamente dal debitore esecutato.

Conclusivamente

La revoca del sequestro probatorio da parte del Giudice Penale fa venire meno solo uno dei vincoli che si erano venuti a determinare in relazione alle suddette polizze.

Pertanto, a meno che il creditore sequestrante non rinunci al sequestro conservativo in sede civile, o che - in caso contrario - non intervenga una pronunzia ordinaria da parte del Giudice Civile, che costituisca titolo esecutivo idoneo a consentire la conversione di sequestro in pignoramento, le somme di cui alle polizze non devono essere pagate da B. Assicurazioni S.p.A.

Appare tuttavia opportuno esplicitare tale posizione in una comunicazione formale rivolta al debitore, nella quale si specifichi che si è disponibili ad eseguire l'ordine del Giudice Penale, laddove non osti l'altro procedimento del Giudice Civile.