

LE NUOVE LEGGI CIVILI COMMENTATE

RIVISTA BIMESTRALE
ANNO XLI

a cura di
GIORGIO CIAN
ALBERTO MAFFEI ALBERTI
PIERO SCHLESINGER

2/2018

> edicolaprofessionale.com/NLC

Direzione:

G. Balena, M. Campobasso, M. Cian, G. De Cristofaro,
M. De Cristofaro, F. Delfini, G. Guerrieri, M. Meli,
S. Menchini, E. Minervini, S. Pagliantini, D. Sarti

Responsabile di Redazione:

A. Finessi

**L'equo compenso dei professionisti fiduciari
(art. 19 *quaterdecies* l. n. 172/2017)**

**L'irretroattività del «nuovo» privilegio per i prestatori
d'opera intellettuale (art. 1, comma 474°, l. n. 205/2017)**

Tutela dei minori e cyberbullismo (l. n. 71/2017)

**La protezione del minore straniero non accompagnato
(l. n. 47/2017)**

**La nuova disciplina del risarcimento dei danni
per violazione della normativa antitrust:
profili processuali (Parte II)**



Wolters Kluwer

ALESSANDRO CIATTI CÀIMI (*)
Professore nell'Università di Torino

L'IRRETROATTIVITÀ DEL «NUOVO» PRIVILEGIO PER I PRESTATORI D'OPERA INTELLETTUALE

(art. 1, comma 474°, l. 27 dicembre 2017, n. 205)

Tra i 1181 commi dell'art. 1, l. 27 dicembre 2017, n. 205, il 474° ha novellato il n. 2 dell'art. 2751 *bis* c.c., ampliando la portata del credito assistito da privilegio speciale sui mobili al contributo integrativo da versare alle rispettive casse previdenziali e di assistenza e a quello di rivalsa per l'imposta sul valore aggiunto.

L'importanza di tale previsione non dipende tanto dal privilegio generale sui mobili in sé e per sé, visto che raramente l'esecuzione mobiliare produce qualche effetto utile al creditore, a fronte di spese non trascurabili per compierla; piuttosto essa costituisce l'anticamera per potersi collocare al privilegio sugli immobili in via sussidiaria, sugli immobili espropriati al debitore, quando l'esecuzione mobiliare fosse risultata infruttuosa (art. 2776, comma 2°, c.c.).

Al proposito, va rammentato che non è sufficiente per il creditore insinuato allegare la ragionevole certezza *a priori* di incapienza dei diritti mobiliari staggiti ma occorre la prova di avere tentato infruttuosamente di pignorarli o di intervenire nell'esecuzione in corso, senza per altro potersi giovare del fatto che un altro creditore abbia a sua volta già tentato di pignorare quei diritti o sia intervenuto nell'esecuzione in maniera infruttuosa⁽¹⁾.

Viene a questo punto da domandarsi per quali crediti possa ritenersi applicabile l'ampliamento della portata del privilegio, in danno dei chirografari, operato dal citato comma 474° della legge di bilancio per il 2018, la quale è stata pubblicata sulla *Gazzetta ufficiale* il 29 dicembre 2017 ed è

(*) Contributo pubblicato previo parere favorevole formulato da un componente del Comitato per la valutazione scientifica.

(1) App. Torino 10 agosto 2008, in *Foro pad.*, 2005, I, c. 640 ss., con nota di MELANDRI.

entrata in vigore (quanto al comma che ci riguarda) il 1° gennaio 2018 (v. art. 19 l. n. 205/17).

A una prima valutazione, parrebbe di dover ritenere applicabile la legge sopravvenuta solamente per i crediti che fossero stati originati da contratti stipulati successivamente a tale data, giacché la disciplina applicabile agli effetti del contratto è in linea generale quella vigente al momento in cui esso è stato concluso, secondo il principio d'irretroattività⁽²⁾. L'applicazione della *lex temporis actus* condurrebbe quindi a mantenere in vigore il testo abrogato dell'art. 2751 *bis*, n. 2, almeno sino a quando non si fossero concluse, con transazione o con provvedimento non impugnabile con mezzi ordinari, le procedure di riparto delle somme ricavate dall'espropriazione dei diritti del debitore.

È vero che, nel diritto intertemporale, si sono isolate alcune norme sopravvenute – dette di ordine pubblico intertemporale o *Prohibitivgesetzen* – che imporrebbero la loro potenza e la loro efficacia anche ai rapporti già pendenti⁽³⁾. È vero tuttavia che esse devono rinvenire il loro fondamento in imperiose «ragioni e scopi morali, politici ed economici»⁽⁴⁾, e da questo dipende la loro attitudine a superare le situazioni ormai consolidate (c.d. diritti quesiti) «sia annientando, sia modificando essenzialmente, sempre senza aver riguardo alla volontà dei titolari dei diritti, gli istituti giuridici»⁽⁵⁾.

Non pare proprio che a tanto possa pervenirsi con riferimento al nuovo enunciato in tema di privilegio del professionista.

Né diversamente sembrerebbe di dover opinare, ragionando in base a quanto dispone l'art. 234 disp. trans. c.c., il quale estende «ai privilegi sorti anteriormente all'entrata in vigore del codice stesso, se sono fatti valere

⁽²⁾ Volendo, v. nostro, *Retroattività e contratto. Disciplina negoziale e successione di norme nel tempo*, Napoli, 2007, spec. p. 131 ss.

⁽³⁾ V. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, trad. it. di V. Scialoja, Torino, 1898, VIII, p. 524 ss., che qualificava tali previsioni come retroattive, mentre esse trovavano semplicemente applicazione ai rapporti pendenti dopo l'entrata in vigore della norma sopravvenuta (v. pure JOSSERAND, *Cours de droit civil, Les obligations*, Paris, 1930, p. 35, n. 3).

⁽⁴⁾ SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, VIII, cit. p. 524.

⁽⁵⁾ SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, VIII, cit., p. 538; al proposito, nella seconda metà del ventesimo secolo, quando certe espressioni erano alla moda, qualcuno aveva addirittura immaginato l'esistenza di una «*sozialstaatlichen clausula rebus sic stantibus*» capace di giustificare l'applicazione immediata di norme sopravvenute all'esito di un bilanciamento tra l'interesse alla stabilità dell'ordinamento e quello a rimodellare l'ordinamento alle sopravvenute esigenze (v. KISKER, *Die Rückwirkung von Gesetze. Eine Untersuchung zum anglo-amerikanischen und deutschen Recht*, Tübingen 1963, p. 3).

posteriormente», le regole dettate quanto «ai diritti dei creditori privilegiati, all'ordine dei privilegi e all'efficacia di questi rispetto al pegno».

Non è infatti agevole per l'interprete ricavare regole sicure di diritto intertemporale dalle disposizioni transitorie, espresse come sono in maniera casistica e necessariamente asistemica⁽⁶⁾. Tra l'altro, la previsione testé evocata si giustificava con ogni probabilità perché intendeva prendere partito contro l'autorità di Gabba (indiscusso maestro del diritto intertemporale italiano) e forse ancor più di Friedrich Bergmann e Savigny, i quali sostenevano che ogni ipoteca legale o privilegio non potesse applicarsi che a negozi giuridici futuri, e non anche per l'avvenire «a negozi giuridici posti in essere sotto la legge precedente»⁽⁷⁾.

Ci si deve invece domandare se la novellazione operata dal legislatore del 2017 non possa ascriversi all'intento di fornire l'interpretazione autentica o, se si preferisce, esatta dell'art. 2751 *bis*.

In tale caso infatti il carattere retroattivo della previsione ne dovrebbe costituire un requisito naturale e necessario⁽⁸⁾.

Da tale punto di vista, appare sufficientemente chiaro che la disposizione interpretata sia idonea a ricomprendere in sé la norma che la legge sopravvenuta intende attribuirle⁽⁹⁾, mentre non sembra necessario per l'esegeta pretendere dal legislatore interprete una testuale deroga all'art. 11 preleggi.

Il generico riferimento alle «retribuzioni» di professionisti e prestatori d'opera intellettuale – rinvenibile nel testo ora abrogato dell'art. 2751 *bis*, n. 2 – aveva infatti nella sua area semantica, se così vogliamo dire, anche i contributi integrativi dovuti a casse previdenziali e di assistenza e il credito per la rivalsa Iva; non si deve tuttavia trascurare che quello stesso credito risulta a sua volta assistito pure da privilegio speciale ai sensi dell'art. 2758, comma 2°.

⁽⁶⁾ DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, Paris, 1977, p. 17.

⁽⁷⁾ GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*³, III, Torino, 1897, p. 172; sulle orme di BERGMANN, *Das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrechte*, Hannover, 1818, p. 126, nt. 134; SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit., VIII, p. 422; *contra* KALINDERO, *De la non retroactivité des lois*, Paris, 1864, p. 167.

⁽⁸⁾ V. LAVAGNA, *L'interpretazione autentica nei contributi della dottrina giuridica italiana*, in *Nomos*, 1983, n. 3, p. 33, ma v. pure Corte cost., 4 aprile 1990, n. 155, in *Giur. cost.*, 1990, I, p. 952 ss., con nota di MANETTI.

⁽⁹⁾ ROUBIER, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*², Paris, 1960, p. 249 ss.; nel senso invece che sarebbe «indicibile» il problema di identificare una legge interpretativa, v. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003, p. 222.

Per questo, l'interpretazione che era venuta consolidandosi nella giurisprudenza forense era nel senso di escludere che il credito di rivalsa Iva vantato dai professionisti verso i loro clienti potesse ritenersi assistito da privilegio generale sui mobili. A causa dell'abrogazione dell'art. 18 del d.p.r. 26 ottobre 1992, n. 633 (come modificato dall'art. 1 del d.p.r. 23 dicembre 1974, n. 687), operata con l'art. 5 l. 29 luglio 1975, n. 426 – si affermava infatti che il professionista potesse valersi solamente del privilegio speciale riconosciuto dall'art. 2758, comma 2°, relativamente ai beni cui si riferisce il servizio. Ciò a dispetto del fatto che, per quanto riguarda i professionisti stessi (o i cessionari di beni consumabili o di energie), simile impostazione equivaleva in pratica a ritenere il credito sostanzialmente chirografario, a causa dell'assenza di un diritto reale mobiliare sul quale esercitare il privilegio⁽¹⁰⁾.

Era in effetti innegabile che i due crediti vantati verso il cliente – quello per la prestazione effettuata e quello per la rivalsa – conservassero «una loro distinta individualità»⁽¹¹⁾ a causa della fonte differente che vi aveva dato origine e del testuale riferimento alla rivalsa Iva, rinvenibile al cit. art. 2758, comma 2°, che, sia pure soltanto in apparenza, presidiava il professionista nei confronti dei chirografari⁽¹²⁾.

Il credito per contributo da versare alla cassa di assistenza e previdenza andava invece più semplicemente al chirografo⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ Cass. 28 marzo 2014, n. 7414; Cass. 13 dicembre 1996, n. 11143; Cass. 7 settembre 1984, n. 4781, in *Comm. trib. centr.*, 1985, II, p. 13; in *Giur. imp.*, 1985, p. 760 ss. e in *Rass. giur. Enel*, 1985, p. 101; Trib. Belluno 24 gennaio 1990, in *Foro it.*, 1991, I, c. 932 ss.

In caso di fallimento del cliente imprenditore, quel credito neppure può essere ammesso al passivo in prededuzione, a nulla rilevando che la fattura sia stata emessa dopo la sentenza di fallimento, considerato che il credito medesimo si è originato anteriormente (in questo senso giustamente: Cass. 17 gennaio 2017, n. 1034; Cass. 3 luglio 2015, n. 13771, in *Dir. giust.*, 2015, 6 luglio, con nota di PAPANIGLI; Cass. 11 aprile 2011, n. 8222, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 217 ss.; Cass. 12 giugno 2008, n. 15690; Cass. 1° giugno 1995, n. 6149, cit.; *contra* Trib. Pisa 12 febbraio 1999, in *Boll. trib.*, 1999, p. 836 ss. e in *Fisco*, 1999, p. 5314, con nota di SOLLINI; nella giurisprudenza dottrinale, sul tema v. CENTORE e POLLIO, *Collocazione del credito di rivalsa in sede di accertamento del passivo fallimentare*, in *Corr. trib.*, 2008, p. 3421; TURCHI, *Non è prededucibile il credito di rivalsa Iva del professionista, relativo a prestazioni rese prima del fallimento*, in *Giur. it.*, 2009, p. 244 ss.

⁽¹¹⁾ Cass. 19 marzo 1996, n. 2312, in *Fallimento*, 1996, p. 771 ss.

⁽¹²⁾ Cass. 15 settembre 1995, n. 9763, in *Dir. fall.*, 1996, II, p. 484 ss. e in *Fallimento*, 1996, p. 350 ss.; Cass. 26 marzo 1992, n. 3715, *ivi*, 1992, p. 786 ss.

⁽¹³⁾ Trib. Genova, 20 febbraio 1995, in *Gius.*, 1995, p. 1421; *contra*, con riferimento al contributo versato a una cassa di previdenza e di assistenza (nella specie dei dottori commercialisti), Cass. 1° giugno 1995, n. 6149, in *Fallimento*, 1996, p. 41 ss. e in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2669 ss., con nota di FRONTINI, *Sul privilegio del credito di rivalsa Iva del professionista nel fallimento*.

Secondo una parte della giurisprudenza forense, simile impostazione non contrastava con gli artt. 3 e 53 Cost., giacché si sarebbe trattato di scelte di politica del diritto per loro stessa natura insindacabili⁽¹⁴⁾.

Dal canto suo, il Giudice delle leggi aveva sì dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2758, comma 2°, come novellato dall'art. 5 della l. n. 426/75, sollevata in riferimento all'art. 3 Cost., ma aveva affermato in maniera molto netta che, nelle ipotesi in cui la cessione riguardi beni consumabili, energie, o quando si tratti di prestazioni rese da professionisti, «il privilegio speciale non potrà mai essere esercitato in quanto non sarà dato rinvenire quei beni nel patrimonio del debitore per sottoporli ad esecuzione nel patrimonio del debitore beni mobili sui quali esercitare il privilegio». Lo stesso Giudice prendeva quindi atto del trattamento deteriore riservato ad alcuni creditori di rivalsa Iva rispetto ad altri, e del fatto che si trovavano regolate «in modo eguale situazioni sostanzialmente diverse». Con un più che mai lodevole (e forse oggi non proprio consueto) *self restraint*, la Corte perveniva tuttavia mestamente a prendere atto che «la situazione è quella innanzi delineata» ma «solo il legislatore può porvi rimedio ed assicurare, con i mezzi che crederà più idonei, il necessario equilibrio normativo»⁽¹⁵⁾.

L'intervento del legislatore del 2017 ha quindi ovviato – sia pure con riferimento solamente ai crediti dei professionisti e di ogni altro prestatore d'opera intellettuale – a una scelta di politica del diritto compiuta dal legislatore, che era assolutamente opinabile o probabilmente del tutto iniqua. La ricerca della norma nell'enunciato non consentiva tuttavia al-

⁽¹⁴⁾ Cass. 7 settembre 1984, n. 4781, n. *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 299 ss. e in *Rass. giur. Enel*, 1985, p. 101 ss.; Trib. Milano 7 ottobre 1991, in *Fallimento*, 1992, p. 507 ss.

⁽¹⁵⁾ Corte cost. 15 febbraio 1984, n. 25, in *Boll. trib.*, 1984, p. 722; in *Comm. trib. centr.*, 1984, II, p. 91 ss.; in *Cons. St.*, 1984, II, p. 193; in *Fallimento*, 1984, p. 677 ss.; in *Foro it.*, 1984, I, c. 1803 ss.; in *Giur. imp.*, 1984, p. 334 ss.; in *Rass. giur. Enel*, 1984, p. 67 ss. e in *Rass. trib.*, 1984, II, p. 215 ss.: giustamente la stessa decisione aveva giudicato viceversa infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 53 Cost.; in senso analogo, v. pure Corte cost. 16 maggio 1984, n. 145, in *Giur. cost.*, 1984, I, p. 1009 ss. Tra le numerose ordinanze di rimessione, v. Trib. Milano ord., 21 giugno 1982, in *Fallimento*, 1983, p. 669 ss.; Id., ord., 20 maggio 1982, in *Giur. cost.*, 1983, II, p. 457 ss.; Trib. Genova, ord., 21 gennaio 1982, in *Giur. cost.*, 1983, II, p. 787 ss.; Trib. Udine, ord., 12 novembre 1981, in *Giur. cost.*, 1982, II, p. 769 ss.; Trib. Reggio Emilia, ord., 1° aprile 1981, in *Dir. prat. trib.*, 1982, II, p. 809 ss. Trib. Milano, ord., 16 ottobre 1980, in *Giur. cost.*, 1981, II, p. 488 ss.; Id., ord., 16 giugno 1980, in *Fallimento*, p. 764 ss.; Trib., Reggio Calabria, ord., 14 maggio 1980, in *Foro it.*, 1980, I, c. 3132 (s.m.); Pret. Reggio Emilia, ord., 14 maggio 1980, in *Riv. dott. comm.*, 1980, p. 1210 (s.m.); Trib. Reggio Emilia, ord., 14 maggio 1980, in *Giur. cost.*, 1980, II, p. 1577 ss.; Trib. Pisa, ord., 17 marzo 1980, in *Fallimento*, 1980, p. 527 ss.

l'interprete di pervenire a un risultato differente da quello al quale era pervenuta la giurisprudenza forense e parte consistente di quella dottrinale, giacché le norme stesse che se ne potevano ritrarre, seppure appunto inique, non erano contrastanti con il principio di eguaglianza.

Per questo sembra di dover escludere che la novellazione del 2017 costituisca norma d'interpretazione autentica, dovendosene per conseguenza negare il carattere retroattivo. Essa troverà quindi applicazione solamente ai crediti originati dopo la sua entrata in vigore e, ben inteso, limitatamente a quelli indicati nel nuovo testo dell'art. 2751 *bis*, n. 2. Con riferimento agli altri crediti assistiti dal privilegio «apparente» dell'art. 2758, comma 2°, c.c. – come quelli dei cessionari di beni consumabili o di energie – è facile immaginare che verranno quindi presto sollevate nuove questioni di legittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza. Crediamo che questa volta la Corte supererà la ritrosia da prima Repubblica – che aveva manifestato trent'anni fa, quando era stata chiamata a sindacare le scelte compiute in questa materia dal legislatore – e non esiterà ad accoglierle.