

Edizione di martedì 13 settembre 2016

Esecuzione forzata, ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORDATE

[Il "nuovo" ordine di liberazione dell'immobile pignorato, alla luce del d.l. n. 59 del 2016 convertito con legge n. 119 del 2016](#)

di Salvatore Leuzzi

Esecuzione forzata, ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORDATE

[Il "nuovo" ordine di liberazione dell'immobile pignorato, alla luce del d.l. n. 59 del 2016 convertito con legge n. 119 del 2016](#)

di Salvatore Leuzzi

GESTIONE DELLA PROFESSIONE E SOFTWARE, Processo civile telematico

[Conservazione digitale: strumenti, soggetti e servizi per gestirla](#)

di Redazione

Diritto Bancario

[La Cassazione su anatocismo e usura](#)

di Fabio Fiorucci

BACHECA, Diritto e reati societari

[La mancata esecuzione dei conferimenti da parte dei soci](#)

di Fabio Pauselli

Procedimenti di cognizione e ADR, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

[L'art. 18 Statuto dei Lavoratori tra impiego pubblico e privato](#)

di Ginevra Ammassari

Procedimenti di cognizione e ADR, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

L'art. 18 Statuto dei Lavoratori tra impiego pubblico e privato
di **Ginevra Ammassari**

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORDSUALI, Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Concordato preventivo c.d. "con riserva": natura del termine per il deposito della proposta e ammissibilità di nuove domande di concordato
di **Giuseppe Bertolino**

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORDSUALI, Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Concordato preventivo c.d. "con riserva": natura del termine per il deposito della proposta e ammissibilità di nuove domande di concordato
di **Giuseppe Bertolino**

Procedimenti di cognizione e ADR

Emendatio e mutatio libelli. Recenti orientamenti della Cassazione
di **Alessandro Benvegnù**

Procedimenti di cognizione e ADR

«Fascia oraria» obbligata anche per la notifica a mezzo PEC: h. 7:00 - 21:00
di **Andrea Ricuperati**

Impugnazioni

Querela di falso e copie fotostatiche
di **Lorenzo Di Giovanna**

GESTIONE DELLA PROFESSIONE E SOFTWARE, Processo civile telematico

Conservazione digitale: strumenti, soggetti e servizi per gestirla
di **Redazione**

BACHECA, Diritto e reati societari

La mancata esecuzione dei conferimenti da parte dei soci
di **Fabio Pauselli**

Esecuzione forzata, ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORSUALI

Il “nuovo” ordine di liberazione dell’immobile pignorato, alla luce del d.l. n. 59 del 2016 convertito con legge n. 119 del 2016

di **Salvatore Leuzzi**

La custodia e la liberazione dell’immobile pignorato

Già la “maxi-riforma” attuata con la legge n. 263 del 2005 aveva fissato due principi essenziali, stabilendo, per un verso, che perlomeno coevamente alla pronuncia dell’ordinanza di vendita del compendio pignorato, la custodia del bene dovesse essere affidata ad un terzo (ai sensi del comma 4 dell’art. 559 c.p.c., il professionista delegato alle operazioni di vendita o l’istituto vendite giudiziarie); per altro verso, che l’ordine di rilascio del bene dovesse essere emesso al più tardi al momento della sua aggiudicazione.

La nomina di un custode “professionale” in luogo del soggetto che subisce l’esecuzione si è legata, nel contesto riformatore del 2005, a chiari obiettivi di efficienza, trasparenza e apertura al mercato: la maggiore facilità dell’alienazione di un immobile sgombro rispetto ad uno abitato è di pronta intuizione. Nella medesima prospettiva la custodia si è funzionalmente correlata con l’adozione “necessaria” dell’ordine di liberazione, ossia di un provvedimento ordinatorio, volto a fornire proprio al custode un titolo per l’ottenimento del rilascio del bene da parte del debitore o di altri occasionali occupanti.

L’ordine ha rappresentato – e a tutt’oggi rappresenta – il “veicolo” indispensabile della custodia “attiva” dell’immobile: ciò che è libero e disponibile in capo alla procedura viene più comodamente gestito e valorizzato, quindi più proficuamente proposto alla platea dei potenziali interessati.

Emerge un dato eloquente: la “doverosità” della liberazione del cespite pignorato, che è assunta ad obbligo, il cui adempimento è talvolta procrastinabile, salvo divenire – alla lunga – ineludibile. Ed è in tal senso che, secondo prassi diffusa, la liberazione dell’immobile viene disposta, peraltro, contestualmente alla pronuncia dell’ordinanza di delega di cui all’art. 569 c.p.c. per la delega delle operazioni di vendita.

La nuova connotazione self-executing dell’ordine di liberazione

Se la liberazione ha assunto la connotazione di passaggio doveroso dell’esecuzione forzata, anticipato rispetto all’emissione del decreto di trasferimento e – in misura crescente – all’aggiudicazione, l’ultima rimarchevole “scommessa” legislativa sta nella deformalizzazione della relativa fase. La liberazione può (finalmente) avvenire “senza l’osservanza delle formalità

di cui agli articoli 605 e seguenti”.

Si coglie la portata formidabile della disposizione, sol che si consideri un pregresso dato notorio: il custode giudiziario, al fine di liberare il compendio pignorato, vuoi al momento dell’emanazione dell’ordinanza di delega delle operazioni di vendita, vuoi (al più tardi) al momento dell’aggiudicazione, era tenuto ad avviare fino a pochi mesi fa – per il tramite di un legale nominato dal giudice dietro sua richiesta – una autonoma procedura formale di rilascio, ai sensi degli artt. 605 e ss. c.p.c.. Egli era in tal senso onerato di notificare prima l’ordine quale titolo esecutivo, unitamente al precetto, poi il c.d. avviso di sloggio, quindi era costretto ad affidarsi all’attività di un soggetto altro da sé, nella persona dell’ufficiale giudiziario.

Il novellato art. 560, comma 4, c.p.c. consente adesso significativamente che l’ordine di liberazione, anziché mediante il ricorso al paradigma formale dell’esecuzione forzata per consegna e rilascio ex artt. 605 e ss. c.p.c., sia *sic et simpliciter* “attuato dal custode secondo le disposizioni del giudice dell’esecuzione immobiliare”.

Previsione più flessibile il legislatore non avrebbe potuto obiettivamente adottare: in tal guisa, sarà il giudice dell’esecuzione in corso a “dosare” gli strumenti della liberazione, se del caso, autorizzando il custode a far ricorso all’assistenza della forza pubblica o ad altri ausiliari per l’attuazione dell’ordine di liberazione.

Il principio che emerge dalla novella normativa è quello della realizzazione “non mediata”, ma “in presa diretta”, dell’ordinanza ex art. 560 c.p.c.. Ciascun giudice dell’esecuzione finalmente sovrintende all’attuazione efficace di uno degli obiettivi propri della procedura esecutiva della quale egli è titolare. L’esecuzione esogena cede il passo all’attuazione endogena del comando giudiziale, sicché il magistrato è abilitato ad assicurare, secondo le specificità del caso, la realizzazione dentro il “proprio” processo di un fine (ormai) consustanziale a detto processo. Lo farà fornendo al custode, che quelle specificità conosce, gli strumenti e le indicazioni più adeguate.

Si tratta di uno schema non ignoto all’ordinamento processualcivilistico, nella misura in cui, per un verso evoca il sistema di attuazione delle misure cautelari ex art. 669-*duodecies* c.p.c., per altro verso, segna un recupero di efficienza del processo esecutivo correlato al riconoscimento, in capo al medesimo soggetto – il custode – incaricato per pubblica funzione della liberazione, dell’opportunità di vederne scanditi i tempi e calibrati i mezzi, non in separata sede, ma nel medesimo procedimento in corso.

Le modalità di attuazione non sono, perciò, prestabilite, dovendo essere, volta per volta, elasticamente declinate, “secondo le disposizioni del giudice immobiliare”.

Ed è proprio il raccordo “operativo” pieno fra custode e giudice, in ultima analisi, ad assicurare la rispondenza dell’attuazione dell’ordine all’imparzialità e alla terzietà che sono proprie tanto del giudice quanto del suo ausiliario, con il corredo fisiologico delle connesse garanzie, che non appaiono né oblite, né ridimensionate.

L'opportunità di un "governo" endoesecutivo della fase di liberazione del bene, pur senza abdicazione alcuna alla protezione del diritto di difesa costituzionalmente scolpito (art. 24 Costituzione) serve a smarcare virtuosamente il processo dagli intralci e dai rallentamenti che non di rado derivavano dalla "esternalizzazione" dell'esecuzione dell'ordine ex art. 560 c.p.c., per di più attraverso le forme strutturate degli artt. 605 e ss. c.p.c.

L'"esonero" dalla primigenia necessità di intraprendere una formale azione di rilascio operato a vantaggio di una fase di liberazione "destrutturata" e "individualizzata" rappresenta *ab imis* una spinta ulteriore di efficienza e rapidità del processo, a garanzie per di più invariate.

E di estrema rilevanza, nel solco intrapreso, sono le disposizioni di dettaglio che a questo quadro si collegano, giovando a sancire coerenza e completezza del sistema.

In primo luogo, viene precisato che le spese sostenute dal custode per conseguire il rilascio restano, a carico della procedura, dal momento che l'art. 560, comma 3, c.p.c. opportunamente prevede oramai che la liberazione avvenga "*senza oneri per l'aggiudicatario o l'assegnatario o l'acquirente*".

Inoltre, è specificato utilmente che, laddove – come sovente accade – all'interno dell'immobile vi siano beni o documenti dell'occupante, esige intimerà a costui di portarli via entro un termine di almeno 30 giorni, abbreviabile in caso di urgenza (si pensi al caso di beni di rapida deperibilità). Se l'occupante rimane sordo rispetto all'intimazione, egli ne avrà fatto una implicita *derelictio*: i beni saranno eliminati, sempre a cura del custode, salve diverse indicazioni del giudice dell'esecuzione.

Efficacia ed impugnabilità dell'ordine di liberazione

L'ordine di liberazione, ancorché diretto all'esecutato, esplica la propria efficacia nei riguardi di chiunque occupi l'immobile, allorché sia sprovvisto di un titolo di detenzione avente data certa antecedente al pignoramento e, se del caso, come tale, opponibile alla procedura.

Segnatamente, l'opponibilità o meno del contratto di godimento alla procedura è specificata dall'art. 2923 c.c., dal che deriva che il rapporto con il terzo sarà opponibile al custode, come all'aggiudicatario, se contrassegnato da data certa anteriore al pignoramento (comma 1) ovvero allorché la detenzione dell'immobile, collegata ad un contratto di locazione, sia anteriore al pignoramento (comma 4). Del pari, i titolari di diritti reali di godimento, quali ad esempio gli usufruttuari, potranno opporre il titolo costitutivo dei rispettivi diritti, laddove l'abbiano trascritto anteriormente al pignoramento. La data certa anteriore deve ovviamente esser provata ai sensi dell'art. 2704 c.c.. La non impugnabilità dell'ordine di liberazione dell'immobile, prima prevista dal terzo comma dell'art. 560 c.p.c., è stata opportunamente rimossa dalla recente riforma del 2016. Rimane utilizzabile, pertanto, l'ordinario rimedio cognitivo di controllo dell'operato del giudice dell'esecuzione, vale a dire, dell'opposizione ex art. 617 c.p.c., come già evidenziato negli approdi più recenti della Corte di Cassazione (Cass. civ., Sez. VI, 17 dicembre 2010, n. 25654).

Esecuzione forzata, ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORSUALI

Il “nuovo” ordine di liberazione dell’immobile pignorato, alla luce del d.l. n. 59 del 2016 convertito con legge n. 119 del 2016

di **Salvatore Leuzzi**

La custodia e la liberazione dell’immobile pignorato

Già la “maxi-riforma” attuata con la legge n. 263 del 2005 aveva fissato due principi essenziali, stabilendo, per un verso, che perlomeno coevamente alla pronuncia dell’ordinanza di vendita del compendio pignorato, la custodia del bene dovesse essere affidata ad un terzo (ai sensi del comma 4 dell’art. 559 c.p.c., il professionista delegato alle operazioni di vendita o l’istituto vendite giudiziarie); per altro verso, che l’ordine di rilascio del bene dovesse essere emesso al più tardi al momento della sua aggiudicazione.

La nomina di un custode “professionale” in luogo del soggetto che subisce l’esecuzione si è legata, nel contesto riformatore del 2005, a chiari obiettivi di efficienza, trasparenza e apertura al mercato: la maggiore facilità dell’alienazione di un immobile sgombro rispetto ad uno abitato è di pronta intuizione. Nella medesima prospettiva la custodia si è funzionalmente correlata con l’adozione “necessaria” dell’ordine di liberazione, ossia di un provvedimento ordinatorio, volto a fornire proprio al custode un titolo per l’ottenimento del rilascio del bene da parte del debitore o di altri occasionali occupanti.

L’ordine ha rappresentato – e a tutt’oggi rappresenta – il “veicolo” indispensabile della custodia “attiva” dell’immobile: ciò che è libero e disponibile in capo alla procedura viene più comodamente gestito e valorizzato, quindi più proficuamente proposto alla platea dei potenziali interessati.

Emerge un dato eloquente: la “doverosità” della liberazione del cespite pignorato, che è assunta ad obbligo, il cui adempimento è talvolta procrastinabile, salvo divenire – alla lunga – ineludibile. Ed è in tal senso che, secondo prassi diffusa, la liberazione dell’immobile viene disposta, peraltro, contestualmente alla pronuncia dell’ordinanza di delega di cui all’art. 569 c.p.c. per la delega delle operazioni di vendita.

La nuova connotazione self-executing dell’ordine di liberazione

Se la liberazione ha assunto la connotazione di passaggio doveroso dell’esecuzione forzata, anticipato rispetto all’emissione del decreto di trasferimento e – in misura crescente – all’aggiudicazione, l’ultima rimarchevole “scommessa” legislativa sta nella deformalizzazione della relativa fase. La liberazione può (finalmente) avvenire “*senza l’osservanza delle formalità*”

di cui agli articoli 605 e seguenti”.

Si coglie la portata formidabile della disposizione, sol che si consideri un pregresso dato notorio: il custode giudiziario, al fine di liberare il compendio pignorato, vuoi al momento dell’emanazione dell’ordinanza di delega delle operazioni di vendita, vuoi (al più tardi) al momento dell’aggiudicazione, era tenuto ad avviare fino a pochi mesi fa – per il tramite di un legale nominato dal giudice dietro sua richiesta – una autonoma procedura formale di rilascio, ai sensi degli artt. 605 e ss. c.p.c.. Egli era in tal senso onerato di notificare prima l’ordine quale titolo esecutivo, unitamente al precetto, poi il c.d. avviso di sloggio, quindi era costretto ad affidarsi all’attività di un soggetto altro da sé, nella persona dell’ufficiale giudiziario.

Il novellato art. 560, comma 4, c.p.c. consente adesso significativamente che l’ordine di liberazione, anziché mediante il ricorso al paradigma formale dell’esecuzione forzata per consegna e rilascio ex artt. 605 e ss. c.p.c., sia *sic et simpliciter* “attuato dal custode secondo le disposizioni del giudice dell’esecuzione immobiliare”.

Previsione più flessibile il legislatore non avrebbe potuto obiettivamente adottare: in tal guisa, sarà il giudice dell’esecuzione in corso a “dosare” gli strumenti della liberazione, se del caso, autorizzando il custode a far ricorso all’assistenza della forza pubblica o ad altri ausiliari per l’attuazione dell’ordine di liberazione.

Il principio che emerge dalla novella normativa è quello della realizzazione “non mediata”, ma “in presa diretta”, dell’ordinanza ex art. 560 c.p.c.. Ciascun giudice dell’esecuzione finalmente sovrintende all’attuazione efficace di uno degli obiettivi propri della procedura esecutiva della quale egli è titolare. L’esecuzione esogena cede il passo all’attuazione endogena del comando giudiziale, sicché il magistrato è abilitato ad assicurare, secondo le specificità del caso, la realizzazione dentro il “proprio” processo di un fine (ormai) consustanziale a detto processo. Lo farà fornendo al custode, che quelle specificità conosce, gli strumenti e le indicazioni più adeguate.

Si tratta di uno schema non ignoto all’ordinamento processualcivilistico, nella misura in cui, per un verso evoca il sistema di attuazione delle misure cautelari ex art. 669-*duodecies* c.p.c., per altro verso, segna un recupero di efficienza del processo esecutivo correlato al riconoscimento, in capo al medesimo soggetto – il custode – incaricato per pubblica funzione della liberazione, dell’opportunità di vederne scanditi i tempi e calibrati i mezzi, non in separata sede, ma nel medesimo procedimento in corso.

Le modalità di attuazione non sono, perciò, prestabilite, dovendo essere, volta per volta, elasticamente declinate, “secondo le disposizioni del giudice immobiliare”.

Ed è proprio il raccordo “operativo” pieno fra custode e giudice, in ultima analisi, ad assicurare la rispondenza dell’attuazione dell’ordine all’imparzialità e alla terzietà che sono proprie tanto del giudice quanto del suo ausiliario, con il corredo fisiologico delle connesse garanzie, che non appaiono né oblite, né ridimensionate.

L'opportunità di un "governo" endoesecutivo della fase di liberazione del bene, pur senza abdicazione alcuna alla protezione del diritto di difesa costituzionalmente scolpito (art. 24 Costituzione) serve a smarcare virtuosamente il processo dagli intralci e dai rallentamenti che non di rado derivavano dalla "esternalizzazione" dell'esecuzione dell'ordine ex art. 560 c.p.c., per di più attraverso le forme strutturate degli artt. 605 e ss. c.p.c.

L'"esonero" dalla primigenia necessità di intraprendere una formale azione di rilascio operato a vantaggio di una fase di liberazione "destrutturata" e "individualizzata" rappresenta *ab imis* una spinta ulteriore di efficienza e rapidità del processo, a garanzie per di più invariate.

E di estrema rilevanza, nel solco intrapreso, sono le disposizioni di dettaglio che a questo quadro si collegano, giovando a sancire coerenza e completezza del sistema.

In primo luogo, viene precisato che le spese sostenute dal custode per conseguire il rilascio restano, a carico della procedura, dal momento che l'art. 560, comma 3, c.p.c. opportunamente prevede oramai che la liberazione avvenga "*senza oneri per l'aggiudicatario o l'assegnatario o l'acquirente*".

Inoltre, è specificato utilmente che, laddove – come sovente accade – all'interno dell'immobile vi siano beni o documenti dell'occupante, esige intimerà a costui di portarli via entro un termine di almeno 30 giorni, abbreviabile in caso di urgenza (si pensi al caso di beni di rapida deperibilità). Se l'occupante rimane sordo rispetto all'intimazione, egli ne avrà fatto una implicita *derelictio*: i beni saranno eliminati, sempre a cura del custode, salve diverse indicazioni del giudice dell'esecuzione.

Efficacia ed impugnabilità dell'ordine di liberazione

L'ordine di liberazione, ancorché diretto all'esecutato, esplica la propria efficacia nei riguardi di chiunque occupi l'immobile, allorché sia sprovvisto di un titolo di detenzione avente data certa antecedente al pignoramento e, se del caso, come tale, opponibile alla procedura.

Segnatamente, l'opponibilità o meno del contratto di godimento alla procedura è specificata dall'art. 2923 c.c., dal che deriva che il rapporto con il terzo sarà opponibile al custode, come all'aggiudicatario, se contrassegnato da data certa anteriore al pignoramento (comma 1) ovvero allorché la detenzione dell'immobile, collegata ad un contratto di locazione, sia anteriore al pignoramento (comma 4). Del pari, i titolari di diritti reali di godimento, quali ad esempio gli usufruttuari, potranno opporre il titolo costitutivo dei rispettivi diritti, laddove l'abbiano trascritto anteriormente al pignoramento. La data certa anteriore deve ovviamente esser provata ai sensi dell'art. 2704 c.c.. La non impugnabilità dell'ordine di liberazione dell'immobile, prima prevista dal terzo comma dell'art. 560 c.p.c., è stata opportunamente rimossa dalla recente riforma del 2016. Rimane utilizzabile, pertanto, l'ordinario rimedio cognitivo di controllo dell'operato del giudice dell'esecuzione, vale a dire, dell'opposizione ex art. 617 c.p.c., come già evidenziato negli approdi più recenti della Corte di Cassazione (Cass. civ., Sez. VI, 17 dicembre 2010, n. 25654).

GESTIONE DELLA PROFESSIONE E SOFTWARE, Processo civile telematico

Conservazione digitale: strumenti, soggetti e servizi per gestirla di Redazione

La conservazione digitale è un processo normato che consente di garantire autenticità, integrità, affidabilità, leggibilità e reperibilità dei documenti nel tempo.

Applicando la normativa di conservazione digitale si è in grado di sostituire l'originalità del cartaceo in documento digitale, mentre per i documenti elettronici è l'unico procedimento adatto per la loro conservazione ed esibizione nel tempo.

Attraverso quali strumenti?

La firma digitale rende autentico e immutabile un documento informatico, mentre la marca temporale permette di datare in modo certo il documento digitale prodotto.

I punti chiave della normativa

- Il decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 23/01/04 (G.U. n.27 del 3/2/2004) sulla conservazione digitale dei documenti fiscalmente rilevanti regola la Conservazione Digitale
- La circolare esplicativa dell'Agenzia delle Entrate n. 36/E per la conservazione digitale e le successive, descrivono e consolidano alcuni aspetti pratici e operativi della conservazione delle scritture contabili obbligatorie sia che siano documenti informatici o che, generati cartacei, siano stati convertiti successivamente in informatici
- Le nuove Regole Tecniche, DPCM del 3/12/2013, pubblicate nella Gazzetta Ufficiale del 12/03/2014, ed emanate in riferimento all'art. 71 del Codice dell'Amministrazione Digitale, definiscono un nuovo sistema di Conservazione Digitale
- Vengono definite le figure del produttore dei documenti, dell'utente e del responsabile della conservazione
- Necessario diventa il Manuale della conservazione in cui sono indicati il processo della conservazione e i formati degli documenti destinati alla conservazione
- DM 17 giugno 2014 definisce e specifica la gestione e conservazione dei documenti a valore tributari

I soggetti della Conservazione

Produttore

Produce il pacchetto di versamento e lo trasferisce nel sistema di conservazione

Responsabile della conservazione

Definisce e attua le politiche del sistema di conservazione e ne governa la gestione. Può avere uno o più delegati

Utente

Persona o Ente che interagisce con il sistema di conservazione sostitutiva per acquisire le informazioni di suo interesse (Guardia di Finanza e Agenzia delle Entrate in caso di verifica)

Vantaggi degli ultimi sviluppi normativi

TEMPISTICA

La Conservazione di TUTTI i documenti fiscali comprese le fatture elettroniche, deve essere effettuata entro tre mesi dal termine per la presentazione della dichiarazione annuale dei redditi.

IMPRONTA

Eliminazione della comunicazione dell'impronta da trasmettere all'agenzia delle Entrate (file XML), sostituita da comunicazione manifestata dalla dichiarazione dei redditi

IMPOSTA DI BOLLO

Eliminazione della comunicazione preventiva e assolvimento dell'imposta di bollo entro il 30 Aprile a consuntivo, è sempre dovuta ogni 2.500 registrazioni

Servizi di Conservazione Digitale in Cloud TeamSystem

TeamSystem offre a professionisti e studi legali un servizio di Conservazione in Cloud.

Con il Servizio di Conservazione in Cloud di TeamSystem è possibile **delegare tutte le fasi del processo di conservazione**, comprese quelle di firma digitale e apposizione della marca temporale.

Il Servizio permette di:

- Conservare digitalmente i documenti
- Ricercare i documenti e consultarli in archivio
- Esibirli in originale seguendo i dettami della normativa
- Esibire e scaricare il Manuale della Conservazione
- Essere sicuri di seguire un processo aggiornato e sempre a norma di legge

TeamSystem è inoltre **conservatore accreditato presso Agenzia per L'Italia digitale** (Circolare AgID n. 65/2014). La certificazione AgID, ottenuta da un numero molto limitato di provider, garantisce i migliori standard di qualità e sicurezza oggi disponibili.

Un conservatore accreditato deve infatti:

- dimostrare **l'affidabilità organizzativa**, tecnica e finanziaria necessaria per svolgere l'attività di conservazione
- **utilizzare personale con conoscenze specifiche**, con esperienza e competenze necessarie per i servizi forniti
- applicare procedure e **metodi** amministrativi e di gestione **adeguati e conformi**
- utilizzare **sistemi** di conservazione di documenti informatici **affidabili e sicuri**
- adottare **adeguate misure di protezione dei documenti** idonee a garantire la riservatezza, l'autenticità, la non modificabilità, l'integrità e la fruibilità dei documenti informatici oggetto di conservazione, come descritte nel manuale di conservazione, parte integrante del contratto/convenzione di servizio.



Conservazione Cloud TeamSystem

Scopri l'offerta!

Diritto Bancario

La Cassazione su anatocismo e usura

di **Fabio Fiorucci**

Si segnala una interessante decisione della Cassazione del 17.8.2016, n. 17150, che ha stabilito due importanti principi di diritto, di immediato impatto sul contenzioso bancario in materia di anatocismo e usura:

1) In tema di controversie relative ai rapporti tra la banca ed il cliente correntista, il quale lamenta la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo ad un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente e negoziato dalle parti in data anteriore al 22 aprile 2000, una volta che il giudice abbia dichiarato la nullità della detta clausola egli non può applicare la capitalizzazione annuale degli interessi, perché questi, in conseguenza di quella declaratoria, si sottraggono a qualunque tipo di calcolo capitalizzato.

2) In tema di interessi usurari, le norme che prevedono la nullità dei patti contrattuali che determinano la misura degli interessi in tassi così elevati da raggiungere la soglia dell'usura (introdotte, rispettivamente, con l'art. 4 della legge 17 febbraio 1992, n. 154, poi trasfuso nell'art. 117 del d.lgs. 1° settembre 1983, n. 385, e con l'art. 4 della legge 7 marzo 1996, n. 108), pur non essendo retroattive, in relazione ai contratti conclusi prima della loro entrata in vigore, comportano la inefficacia ex nunc delle clausole dei contratti stessi, sulla base del semplice rilievo – operabile anche d'ufficio dal giudice – che il rapporto giuridico non si sia esaurito prima ancora dell'entrata in vigore di tali norme e che il credito della banca si sia anch'esso cristallizzato precedentemente.

La decisione si segnala, altresì, per aver chiarito che “relativamente ad un rapporto contrattuale di durata, l'intervento nel corso di esso, di una nuova disposizione di legge diretta a porre, rispetto al possibile contenuto del regolamento contrattuale, una nuova norma imperativa condizionante l'autonomia contrattuale delle parti nel regolamento del contratto, in assenza di una norma transitoria che preveda l'ultrattività della previgente disciplina normativa non contenente la norma imperativa nuova, comporta che la contrarietà a quest'ultima del regolamento contrattuale non consente più alla clausola di operare, nel senso di giustificare effetti del regolamento contrattuale che non si siano già prodotti, in quanto, ai sensi dell'art. 1339 cod. civ., il contratto, per quanto concerne la sua efficacia normativa successiva all'entrata in vigore della norma nuova, deve ritenersi assoggettato all'efficacia della clausola imperativa da detta norma imposta, la quale sostituisce o integra per l'avvenire (cioè per la residua durata del contratto) la clausola difforme, relativamente agli effetti che il contratto dovrà produrre e non ha ancora prodotto”.

BACHECA, Diritto e reati societari

La mancata esecuzione dei conferimenti da parte dei soci

di Fabio Pauselli

Quando un socio di una s.r.l. **non esegue il conferimento** cui è obbligato nei termini indicati dagli Amministratori, questi devono attivare un procedimento disciplinato dall'articolo 2466 cod. civ. il quale prevede una diffida fino a culminare nella **vendita o esclusione del socio moroso**.

Il socio è considerato in mora nei versamenti quando scadono i **termini previsti per il versamento** di quanto conferito ma non ancora liberato oppure, in presenza di conferimento di opere o servizi, da quando la **polizza assicurativa o garanzia fideiussoria** è scaduta o divenuta inefficace. In quest'ultimo caso il socio può sempre sostituire la polizza o la fideiussione con un versamento di un corrispondente importo in denaro. La messa in mora del socio comporta per quest'ultimo **l'impossibilità ad esercitare il suo diritto di voto** nell'ambito delle decisioni assembleari. Parte della dottrina ritiene ammissibile un suo intervento in assemblea e il **computo ai fini del quorum costitutivo**. È evidente, tuttavia, che in alcuni casi, accogliere questa tesi potrebbe comportare una **totale impasse a livello societario**. Si pensi, ad esempio, al caso di una s.r.l. con 3 soci di cui uno titolare di una quota al 61%, uno al 20% ed uno al 19%, in cui il socio portatore del 61% del capitale sia moroso per l'intera partecipazione. In questi casi il socio moroso potrebbe benissimo impedire la costituzione dell'assemblea e che siano adottati gli opportuni provvedimenti in base al disposto del dettato normativo. Vista la delicatezza della questione potrebbe essere opportuno **inserire un'apposita clausola statutaria** volta a disciplinare la materia.

Gli amministratori, a pena di nullità degli atti successivi di vendita o esclusione, **devono inviare una diffida** al socio moroso ad eseguire i versamenti **entro un termine di almeno 30 giorni**; tale termine può essere ampliato, mai ridotto. Decorso inutilmente il termine indicato nella diffida, gli amministratori, ai sensi del comma 2 dell'articolo 2466 cod. civ., potranno scegliere se **promuovere un'azione legale** per ottenere l'esecuzione dei conferimenti oppure procedere con la **vendita coattiva della quota** del socio moroso.

Nel caso in cui gli amministratori scelgano di vendere la quota, tale vendita avrà per oggetto l'intera partecipazione e non una sua parte, il cui valore dovrà essere pari a quello risultante dall'ultimo bilancio approvato. La vendita sarà a rischio e pericolo del socio moroso, intendendosi con questa espressione il fatto che il socio sarà comunque tenuto a rimborsare la società dell'eventuale differenza tra quanto da questa recuperato e l'importo originario del debito. Gli amministratori **devono offrire la quota prima agli altri soci** quali titolari di un diritto di prelazione sull'acquisto proporzionale alle rispettive partecipazioni, successivamente, in mancanza di opzione da parte dei soci o in presenza di offerte ad un prezzo inferiore al valore

minimo determinato, potranno **procedere con la vendita ai terzi**. Tale vendita avviene **all'incanto ai sensi dell'articolo 534 c.p.c.**, salvo che l'atto costitutivo non lo consenta. Il ricavato dalla vendita dovrà coprire tutte le spese, gli interessi moratori e la somma capitale del *quantum* dovuto dal socio moroso. Se la somma è insufficiente, gli amministratori potranno agire contro il socio per il pagamento della differenza mentre nel caso in cui la somma fosse superiore, questi dovranno restituire l'eccedenza al socio. Nella vendita all'incanto l'amministratore opera come **mandatario del socio moroso** e, quindi, dovrà operare nel suo interesse massimizzando, ove possibile, il ricavato della cessione. Si è discusso in dottrina della possibilità che gli amministratori, nel caso fossero anche soci, possano vendere a sé stessi. In senso positivo si è espressa anche la **massima I.I.8. del Triveneto** pur raccomandando la massima trasparenza nel porre in essere l'intero procedimento.

In presenza di un **aggiudicatario inadempiente**, si dovrà agire nei confronti di quest'ultimo per la risoluzione del contratto o per l'esecuzione dello stesso, fermo restando il risarcimento del danno derivante da quanto la società dovrà sostenere per procedere ad un nuovo incanto. Nel caso in cui la vendita non ha avuto luogo per mancanza di compratori, gli amministratori dovranno necessariamente **escludere il socio** trattenendo le somme riscosse e **riducendo il capitale sociale in misura corrispondente**. È evidente che il socio moroso può sanare la sua posizione **fintanto che la quota non viene venduta** o sia **pronunciata la sua esclusione**, versando gli importi dovuti, comprensivi degli interessi, delle spese e degli eventuali danni.

Procedimenti di cognizione e ADR, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

L'art. 18 Statuto dei Lavoratori tra impiego pubblico e privato

di **Ginevra Ammassari**

[Cass., sez. Lav., 9 giugno 2016, n. 11868](#)

Lavoro e previdenza (controversie in tema di) – Licenziamento nel pubblico impiego – Reintegrazione nel posto di lavoro – Applicabilità (L. 28 giugno 2012, n. 92, Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita, art. 1; l. 20 maggio 1970, n. 300, Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale, nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento, art. 18).

[1] *Ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni non si applica l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, come modificato dalla l. n. 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. legge Fornero), sicché, in caso di licenziamento illegittimo, si applica la formulazione della norma anteriore alla modifica.*

CASO

[1] Con la pronuncia in oggetto, occasionata dall'impugnazione del licenziamento intimato dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti nei confronti di un proprio dipendente, la Corte di cassazione rigetta il ricorso incidentale proposto da quest'ultimo e, nell'accogliere il ricorso principale promosso dal Ministero, cassa con rinvio la sentenza di secondo grado resa dalla Corte di Appello di Roma.

Questa, ritenuta l'illegittimità del licenziamento suddetto, dichiara l'intervenuta risoluzione del rapporto di lavoro intercorso tra le parti, condannando il Ministero a corrispondere al dipendente l'indennità risarcitoria onnicomprensiva prevista dal 6° comma dell'art. 18 St. Lav., così come modificato dalla l. n. 92/2012.

Avverso tale pronuncia hanno proposto ricorso entrambe le parti, articolando molteplici motivi di censura.

SOLUZIONE

[1] La Corte, nell'enunciare il principio di diritto ex art. 384, 2° comma, c.p.c., esclude l'applicabilità al pubblico impiego privatizzato delle modifiche apportate dalla l. n. 92/2012 all'art. 18 St. Lav., riconoscendo, dunque, l'ultravigenza della tutela prevista dall'originaria formulazione di quest'ultimo.

QUESTIONI

[1] La sentenza in commento si impone all'attenzione in quanto affronta la questione, lungamente dibattuta in dottrina in ragione di una formulazione normativa quantomeno ambigua, relativa all'applicabilità al pubblico impiego privatizzato, delle modifiche apportate dalla c.d. riforma Fornero all'art. 18 della l. n. 300/1970.

A sostegno della propria decisione, la Corte, pur riconoscendo la singolarità della norma risultante dal combinato disposto dei co. 7 e 8 dell'art. 1 della l. n. 92/2012, rileva nel rinvio alla successiva opera di armonizzazione demandata al Ministro della Funzione Pubblica un argomento dirimente ai fini della pacifica applicabilità della riforma Fornero al solo settore privato, sino all'intervento normativo suddetto. Detta conclusione, derivante dallo stesso tenore letterale della norma, trova ulteriore conferma alla stregua di numerose argomentazioni di carattere logico-sistematico; tra queste la definizione delle finalità della riforma, nonché l'oggetto della stessa (quale la flessibilità in uscita e in entrata), risultano formulati con esclusivo riferimento alle esigenze delle imprese private; la previsione di molteplici livelli di tutela avverso il licenziamento illegittimo, diversificati in base al vizio connotante quest'ultimo, nonché la disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, mal si conciliano con il sistema normativo inderogabile disciplinante gli illeciti nel pubblico impiego, il quale, previsto dal d.leg. n. 165/2001, risulta principalmente imperniato sulla figura del licenziamento disciplinare; infine, è necessario che alla suddetta gradazione delle tutele nel pubblico impiego preceda, ad opera del legislatore, un attento bilanciamento dei principi, costituzionalmente garantiti, del buon andamento e dell'imparzialità della Pubblica Amministrazione.

E' sulla base di tale ragioni che – conclude la Corte – l'operatività del rinvio contenuto nell'art. 51, comma 2, d.leg. n. 165/2001, atto a recepire gli interventi legislativi futuri, è preclusa dai commi 7 e 8 dell'art. 1, l. n. 92/2012, con i quali il legislatore, nell'inserire la riserva di armonizzazione, ha scientemente escluso tale meccanismo, altrimenti automatico, così rendendo detto rinvio fisso.

Si registra, dunque, una netta inversione di tendenza rispetto al processo di omologazione inaugurato negli anni '90 con la c.d. privatizzazione del pubblico impiego.

Per approfondimenti v., pur senza pretesa di esaustività, F. Carinci, *Art. 18 St. lav. Per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente* in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, II, 247; M. Miscione, *Il licenziamento e il rito del lavoro nelle pubbliche amministrazioni* in *Giur. it.*, 2014, II, 6; M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse* in M. Barbieri – D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Bari, 2013, 47; M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 178/2013; A. Boscati, *La difficile convivenza tra il nuovo art. 18 e il lavoro pubblico* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 170/2013; A. Tampieri, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano, 2012, 27; G. Gentile, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in M. Cinelli – G. Ferraro – O. Mazzotta (a cura di), *Il*

nuovo mercato del lavoro, Torino, 2013, 227; L. Cavallaro, *Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 St. lav.: "difficile convivenza" o coesistenza pacifica?* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 176/2013.

Procedimenti di cognizione e ADR, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

L'art. 18 Statuto dei Lavoratori tra impiego pubblico e privato

di Ginevra Ammassari

[Cass., sez. Lav., 9 giugno 2016, n. 11868](#)

Lavoro e previdenza (controversie in tema di) – Licenziamento nel pubblico impiego – Reintegrazione nel posto di lavoro – Applicabilità (L. 28 giugno 2012, n. 92, Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita, art. 1; l. 20 maggio 1970, n. 300, Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale, nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento, art. 18).

[1] *Ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni non si applica l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, come modificato dalla l. n. 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. legge Fornero), sicché, in caso di licenziamento illegittimo, si applica la formulazione della norma anteriore alla modifica.*

CASO

[1] Con la pronuncia in oggetto, occasionata dall'impugnazione del licenziamento intimato dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti nei confronti di un proprio dipendente, la Corte di cassazione rigetta il ricorso incidentale proposto da quest'ultimo e, nell'accogliere il ricorso principale promosso dal Ministero, cassa con rinvio la sentenza di secondo grado resa dalla Corte di Appello di Roma.

Questa, ritenuta l'illegittimità del licenziamento suddetto, dichiara l'intervenuta risoluzione del rapporto di lavoro intercorso tra le parti, condannando il Ministero a corrispondere al dipendente l'indennità risarcitoria onnicomprensiva prevista dal 6° comma dell'art. 18 St. Lav., così come modificato dalla l. n. 92/2012.

Avverso tale pronuncia hanno proposto ricorso entrambe le parti, articolando molteplici motivi di censura.

SOLUZIONE

[1] La Corte, nell'enunciare il principio di diritto ex art. 384, 2° comma, c.p.c., esclude l'applicabilità al pubblico impiego privatizzato delle modifiche apportate dalla l. n. 92/2012 all'art. 18 St. Lav., riconoscendo, dunque, l'ultravigenza della tutela prevista dall'originaria formulazione di quest'ultimo.

QUESTIONI

[1] La sentenza in commento si impone all'attenzione in quanto affronta la questione, lungamente dibattuta in dottrina in ragione di una formulazione normativa quantomeno ambigua, relativa all'applicabilità al pubblico impiego privatizzato, delle modifiche apportate dalla c.d. riforma Fornero all'art. 18 della l. n. 300/1970.

A sostegno della propria decisione, la Corte, pur riconoscendo la singolarità della norma risultante dal combinato disposto dei co. 7 e 8 dell'art. 1 della l. n. 92/2012, rileva nel rinvio alla successiva opera di armonizzazione demandata al Ministro della Funzione Pubblica un argomento dirimente ai fini della pacifica applicabilità della riforma Fornero al solo settore privato, sino all'intervento normativo suddetto. Detta conclusione, derivante dallo stesso tenore letterale della norma, trova ulteriore conferma alla stregua di numerose argomentazioni di carattere logico-sistematico; tra queste la definizione delle finalità della riforma, nonché l'oggetto della stessa (quale la flessibilità in uscita e in entrata), risultano formulati con esclusivo riferimento alle esigenze delle imprese private; la previsione di molteplici livelli di tutela avverso il licenziamento illegittimo, diversificati in base al vizio connotante quest'ultimo, nonché la disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, mal si conciliano con il sistema normativo inderogabile disciplinante gli illeciti nel pubblico impiego, il quale, previsto dal d.leg. n. 165/2001, risulta principalmente imperniato sulla figura del licenziamento disciplinare; infine, è necessario che alla suddetta gradazione delle tutele nel pubblico impiego preceda, ad opera del legislatore, un attento bilanciamento dei principi, costituzionalmente garantiti, del buon andamento e dell'imparzialità della Pubblica Amministrazione.

E' sulla base di tale ragioni che – conclude la Corte – l'operatività del rinvio contenuto nell'art. 51, comma 2, d.leg. n. 165/2001, atto a recepire gli interventi legislativi futuri, è preclusa dai commi 7 e 8 dell'art. 1, l. n. 92/2012, con i quali il legislatore, nell'inserire la riserva di armonizzazione, ha scientemente escluso tale meccanismo, altrimenti automatico, così rendendo detto rinvio fisso.

Si registra, dunque, una netta inversione di tendenza rispetto al processo di omologazione inaugurato negli anni '90 con la c.d. privatizzazione del pubblico impiego.

Per approfondimenti v., pur senza pretesa di esaustività, F. Carinci, *Art. 18 St. lav. Per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente* in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, II, 247; M. Miscione, *Il licenziamento e il rito del lavoro nelle pubbliche amministrazioni* in *Giur. it.*, 2014, II, 6; M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse* in M. Barbieri – D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Bari, 2013, 47; M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 178/2013; A. Boscati, *La difficile convivenza tra il nuovo art. 18 e il lavoro pubblico* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 170/2013; A. Tampieri, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano, 2012, 27; G. Gentile, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in M. Cinelli – G. Ferraro – O. Mazzotta (a cura di), *Il*

nuovo mercato del lavoro, Torino, 2013, 227; L. Cavallaro, *Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 St. lav.: "difficile convivenza" o coesistenza pacifica?* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 176/2013.

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORSUALI, Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Concordato preventivo c.d. “con riserva”: natura del termine per il deposito della proposta e ammissibilità di nuove domande di concordato

di Giuseppe Bertolino

[Cassazione civile, Sezione I, Sentenza, 31 marzo 2016, n. 6277](#)

Pres. Ceccherini – Rel. Cristiano – P.M. Soldi (conf.)

Concordato preventivo cd. “con riserva” – deposito documenti – termine perentorio -- deposito nuova domanda – ammissibilità – limiti (r.d. 16 marzo 1942 n. 267, legge fallimentare, art. 161, primo e sesto comma)

[1] La domanda di concordato preventivo c.d. “con riserva”, respinta l’istanza di proroga e scaduto il termine perentorio di cui all’art. 161, sesto comma, l. fall. per il deposito della proposta, va dichiarata inammissibile, ex art. 162 l. fall., salva la facoltà per il debitore, in pendenza dell’udienza fissata per tale declaratoria o per l’esame di eventuali istanze di fallimento, di depositare una nuova domanda, ex art. 161, primo comma l. fall., da cui si ricavi la rinuncia a quella con riserva e sempre che non si traduca in un abuso dello strumento concordatario.

CASO

[1] Il Tribunale di Napoli, con sentenza del 6 marzo 2013, dichiarava il fallimento della A. M. S.p.A. in liquidazione e, con decreto coevo, dichiarava inammissibile la domanda di concordato preventivo “con riserva” presentata dal debitore, ai sensi del sesto comma dell’art. 161 l. fall., il 28 settembre 2012, per mancata approvazione da parte dei creditori, di una precedente domanda di concordato depositata dal debitore nel gennaio 2011.

Con successivo decreto, del 25 marzo 2013, il Tribunale dichiarava improcedibile, atteso l’intervenuto fallimento della società, una seconda domanda di concordato, che era stata depositata il 19 febbraio 2013.

La società proponeva reclamo contro la sentenza e i due decreti.

La Corte di Appello confermava la dichiarazione di inammissibilità della domanda di concordato preventivo “con riserva”, rilevando il mancato deposito, entro il termine assegnato, del piano e della documentazione, così condividendo il giudizio del Tribunale che aveva

negato la proroga del termini in assenza di giustificati motivi.

La Corte, inoltre, statuiva che la ulteriore domanda di concordato preventivo, appariva strumentale e preordinata ad evitare l'esame del ricorso per l'accertamento dello stato di insolvenza della A. M. S.p.A. in liquidazione e la presentazione di tale domanda non impediva al Tribunale di dichiarare il fallimento della società debitrice.

La A. M. S.p.A. in liquidazione proponeva ricorso per cassazione avverso la sentenza di appello.

SOLUZIONE

[1] La Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso.

La Suprema Corte ha affermato che, in presenza di una domanda di concordato preventivo con riserva, il provvedimento del Tribunale che abbia rigettato l'istanza di proroga del termine per il deposito della proposta, del piano e della documentazione di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 161 l. fall., è insindacabile in sede di legittimità, se congruamente motivato.

Secondo la Suprema Corte, il termine in questione è perentorio e ed è prorogabile solo in presenza di giustificati motivi.

La Corte ha aggiunto che, ai sensi dell'art. 161, comma, l.fall., nel caso di concordato "con riserva", il debitore non può presentare un ulteriore concordato "con riserva" nei due anni successivi.

Tuttavia, in pendenza dell'udienza fissata per la dichiarazione di inammissibilità, ovvero anche per l'esame di eventuali istanze di fallimento, il debitore conserva la facoltà di depositare una nuova domanda di concordato, ai sensi del primo comma dell'art. 161 l. fall. (corredata della proposta, del piano e dei documenti), ma soltanto se rinuncia alla domanda di concordato "con riserva" e sempre che la nuova domanda non si traduca in un abuso dello strumento concordatario.

Nel caso sottoposto all'esame della Corte, però, il debitore non aveva rinunciato alla precedente domande di concordato "con riserva" e pertanto il Tribunale non era tenuto ad esaminare la successiva domanda di concordato prima di provvedere sulla istanza di fallimento.

QUESTIONI

[1] Il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, entrata in vigore in data 11 settembre 2012, prevede (art. 33, primo comma, lett. b, n. 4) l'aggiunta di due commi dopo il quinto dell'art. 161 l. fall., in virtù dei quali, rispettivamente, è consentito al debitore di depositare il solo ricorso, riservandosi di integrarlo, entro un termine fissato dal giudice tra i sessanta ed i centoventi giorni e prorogabile, al cospetto di giustificati

motivi, di non oltre sessanta giorni a meno che non penda il procedimento per la dichiarazione di fallimento, caso in cui il termine è di sessanta giorni, prorogabili, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni.

Con la sentenza in esame la Suprema Corte ha statuito che il termine fissato dal giudice al debitore, ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall., per la presentazione della proposta, del piano e dei documenti del c.d. concordato "con riserva" ha natura perentoria, la cui disciplina è mutuata da quella dell'art. 153 cod. proc. civ..

Il termine in questione non è prorogabile a mera richiesta della parte o d'ufficio se non in presenza di giustificati motivi, che devono essere allegati dal richiedente e verificati dal giudice, la cui decisione è insindacabile in sede di legittimità se congruamente motivata.

In ragione della natura decadenziale del menzionato termine, la sua inosservanza determina, così come chiarito dall'ultimo periodo del sesto comma dell'articolo 161 l. fall., l'inammissibilità della domanda concordataria.

La Corte, sulla scorta dell'affermato principio, ha valutato la diversa ipotesi di avvenuta presentazione, in pendenza dell'udienza fissata per la declaratoria di inammissibilità (per inosservanza del termine) o per l'esame di eventuali istanze di fallimento, di una nuova domanda di concordato, in particolare verificando se la dichiarazione di fallimento è subordinata alla preventiva delibazione della sua ammissibilità.

Sul punto le Sezioni Unite con le sentenze n. 9935 e n. 9936 del 2015 avevano affermato che, pur non potendosi ravvisare un rapporto di pregiudizialità tecnica tra il procedimento di concordato preventivo e quello di dichiarazione di fallimento, non può essere ammesso, durante la pendenza del primo, l'autonomo corso del secondo, che si concluda con la dichiarazione di fallimento, essendo maggiormente coerente con il sistema ritenere che il fallimento non possa intervenire finché la procedura di concordato non abbia avuto esito negativo.

Tuttavia secondo le citate Sezioni Unite è inammissibile una domanda di concordato preventivo presentata dal debitore non per regolare la crisi d'impresa, ma per procrastinare la dichiarazione di fallimento, poiché la domanda integrerebbe l'abuso del processo con violazione dei canoni generali di correttezza, buona fede e lealtà processuale (sugli argomenti trattati dalle Sezioni Unite si veda la nota di Cacciatore, *Concordato preventivo e fallimento: ordine di trattazione dei due procedimenti*, in *Eclegal* del 29 febbraio 2016).

Al debitore non ammesso al concordato c.d. "con riserva" è precluso unicamente, ai sensi del comma nove dell'art. 161 l. fall., di ripresentare nel biennio una nuova domanda di concordato "con riserva". *A contrario*, si ricava che il medesimo debitore può presentare una nuova domanda di concordato ai sensi del comma uno dell'articolo citato.

Va altresì considerato che il concordato non può che essere unico. Difatti, qualora la procedura

di concordato sia pendente non è configurabile un'ulteriore domanda di ammissione avente carattere di autonomia, salvo che da quest'ultima non si desuma l'inequivoca volontà del proponente di rinunciare a quella in precedenza depositata (cfr. Cass. civ., Sez. I, 14 gennaio 2015, n. 495).

Con la sentenza in commento i giudici di legittimità, sulla scorta dei principi già affermati in materia dalla Corte, hanno precisato che, nell'ipotesi in cui sia respinta l'istanza di proroga e sia scaduto il termine concesso ex art. 161 sesto comma l. fall., è fatta salva per il proponente la facoltà, in pendenza dell'udienza fissata per la dichiarazione di inammissibilità ovvero in caso di esame di eventuali istanze di fallimento, di depositare una nuova domanda di concordato, ai sensi dell'art. 161 l. fall.

Tuttavia, quest'ultima nuova domanda, corredata della proposta, del piano e dei documenti, deve caratterizzarsi per la rinuncia a quella con riserva precedentemente depositata e sempre che la nuova non si traduca in un abuso del processo dello strumento concordatario, utilizzato per finalità deviate rispetto a quelle per le quali l'ordinamento le ha predisposte.

La pronuncia è da condividere poiché il procedimento di concordato preventivo “*con riserva*”, sebbene concepito per il superamento dello stato di crisi dell'impresa, previa verifica della dell'attitudine della proposta presentata, non può realizzarsi in violazione dei principi del giusto processo di cui all'art. 111 Cost..

Le facoltà riconosciute dal legislatore con l'istituto della domanda di concordato preventivo “*con riserva*” devono, infatti, essere svolte con modalità tali da non determinare un sacrificio sproporzionato ed ingiustificato delle ragioni dei creditori dilatando in modo abnorme la durata del procedimento e gli effetti protettivi previsti dall'art. 168 l. fall. (c.d. *automatic stay*), così comportando uno sviamento abusivo dell'iter processuale e un prolungamento *sine die*.

Sulle innovazioni in materia di concordato preventivo “*in bianco*” e sui requisiti della domanda si veda il d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito in l. 6 agosto 2015, n. 132, ed in particolare sulla disciplina transitoria, v. Tribunale di Trento, decreto 15 ottobre 2015, in *Eclegal*, 9 dicembre 2015, con nota di Iovino, *La disciplina transitoria delle nuove disposizioni sul concordato in bianco: prevale la legge applicabile alla data del deposito della domanda*.

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCURSUALI, Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Concordato preventivo c.d. “con riserva”: natura del termine per il deposito della proposta e ammissibilità di nuove domande di concordato

di **Giuseppe Bertolino**

[Cassazione civile, Sezione I, Sentenza, 31 marzo 2016, n. 6277](#)

Pres. Ceccherini – Rel. Cristiano – P.M. Soldi (conf.)

Concordato preventivo cd. “con riserva” – deposito documenti – termine perentorio -- deposito nuova domanda – ammissibilità – limiti (r.d. 16 marzo 1942 n. 267, legge fallimentare, art. 161, primo e sesto comma)

[1] La domanda di concordato preventivo c.d. “con riserva”, respinta l’istanza di proroga e scaduto il termine perentorio di cui all’art. 161, sesto comma, l. fall. per il deposito della proposta, va dichiarata inammissibile, ex art. 162 l. fall., salva la facoltà per il debitore, in pendenza dell’udienza fissata per tale declaratoria o per l’esame di eventuali istanze di fallimento, di depositare una nuova domanda, ex art. 161, primo comma l. fall., da cui si ricavi la rinuncia a quella con riserva e sempre che non si traduca in un abuso dello strumento concordatario.

CASO

[1] Il Tribunale di Napoli, con sentenza del 6 marzo 2013, dichiarava il fallimento della A. M. S.p.A. in liquidazione e, con decreto coevo, dichiarava inammissibile la domanda di concordato preventivo “con riserva” presentata dal debitore, ai sensi del sesto comma dell’art. 161 l. fall., il 28 settembre 2012, per mancata approvazione da parte dei creditori, di una precedente domanda di concordato depositata dal debitore nel gennaio 2011.

Con successivo decreto, del 25 marzo 2013, il Tribunale dichiarava improcedibile, atteso l’intervenuto fallimento della società, una seconda domanda di concordato, che era stata depositata il 19 febbraio 2013.

La società proponeva reclamo contro la sentenza e i due decreti.

La Corte di Appello confermava la dichiarazione di inammissibilità della domanda di concordato preventivo “con riserva”, rilevando il mancato deposito, entro il termine assegnato, del piano e della documentazione, così condividendo il giudizio del Tribunale che aveva

negato la proroga del termini in assenza di giustificati motivi.

La Corte, inoltre, statuiva che la ulteriore domanda di concordato preventivo, appariva strumentale e preordinata ad evitare l'esame del ricorso per l'accertamento dello stato di insolvenza della A. M. S.p.A. in liquidazione e la presentazione di tale domanda non impediva al Tribunale di dichiarare il fallimento della società debitrice.

La A. M. S.p.A. in liquidazione proponeva ricorso per cassazione avverso la sentenza di appello.

SOLUZIONE

[1] La Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso.

La Suprema Corte ha affermato che, in presenza di una domanda di concordato preventivo con riserva, il provvedimento del Tribunale che abbia rigettato l'istanza di proroga del termine per il deposito della proposta, del piano e della documentazione di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 161 l. fall., è insindacabile in sede di legittimità, se congruamente motivato.

Secondo la Suprema Corte, il termine in questione è perentorio e ed è prorogabile solo in presenza di giustificati motivi.

La Corte ha aggiunto che, ai sensi dell'art. 161, comma, l.fall., nel caso di concordato "con riserva", il debitore non può presentare un ulteriore concordato "con riserva" nei due anni successivi.

Tuttavia, in pendenza dell'udienza fissata per la dichiarazione di inammissibilità, ovvero anche per l'esame di eventuali istanze di fallimento, il debitore conserva la facoltà di depositare una nuova domanda di concordato, ai sensi del primo comma dell'art. 161 l. fall. (corredata della proposta, del piano e dei documenti), ma soltanto se rinuncia alla domanda di concordato "con riserva" e sempre che la nuova domanda non si traduca in un abuso dello strumento concordatario.

Nel caso sottoposto all'esame della Corte, però, il debitore non aveva rinunciato alla precedente domande di concordato "con riserva" e pertanto il Tribunale non era tenuto ad esaminare la successiva domanda di concordato prima di provvedere sulla istanza di fallimento.

QUESTIONI

[1] Il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, entrata in vigore in data 11 settembre 2012, prevede (art. 33, primo comma, lett. b, n. 4) l'aggiunta di due commi dopo il quinto dell'art. 161 l. fall., in virtù dei quali, rispettivamente, è consentito al debitore di depositare il solo ricorso, riservandosi di integrarlo, entro un termine fissato dal giudice tra i sessanta ed i centoventi giorni e prorogabile, al cospetto di giustificati

motivi, di non oltre sessanta giorni a meno che non penda il procedimento per la dichiarazione di fallimento, caso in cui il termine è di sessanta giorni, prorogabili, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni.

Con la sentenza in esame la Suprema Corte ha statuito che il termine fissato dal giudice al debitore, ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall., per la presentazione della proposta, del piano e dei documenti del c.d. concordato "con riserva" ha natura perentoria, la cui disciplina è mutuata da quella dell'art. 153 cod. proc. civ..

Il termine in questione non è prorogabile a mera richiesta della parte o d'ufficio se non in presenza di giustificati motivi, che devono essere allegati dal richiedente e verificati dal giudice, la cui decisione è insindacabile in sede di legittimità se congruamente motivata.

In ragione della natura decadenziale del menzionato termine, la sua inosservanza determina, così come chiarito dall'ultimo periodo del sesto comma dell'articolo 161 l. fall., l'inammissibilità della domanda concordataria.

La Corte, sulla scorta dell'affermato principio, ha valutato la diversa ipotesi di avvenuta presentazione, in pendenza dell'udienza fissata per la declaratoria di inammissibilità (per inosservanza del termine) o per l'esame di eventuali istanze di fallimento, di una nuova domanda di concordato, in particolare verificando se la dichiarazione di fallimento è subordinata alla preventiva delibazione della sua ammissibilità.

Sul punto le Sezioni Unite con le sentenze n. 9935 e n. 9936 del 2015 avevano affermato che, pur non potendosi ravvisare un rapporto di pregiudizialità tecnica tra il procedimento di concordato preventivo e quello di dichiarazione di fallimento, non può essere ammesso, durante la pendenza del primo, l'autonomo corso del secondo, che si concluda con la dichiarazione di fallimento, essendo maggiormente coerente con il sistema ritenere che il fallimento non possa intervenire finché la procedura di concordato non abbia avuto esito negativo.

Tuttavia secondo le citate Sezioni Unite è inammissibile una domanda di concordato preventivo presentata dal debitore non per regolare la crisi d'impresa, ma per procrastinare la dichiarazione di fallimento, poiché la domanda integrerebbe l'abuso del processo con violazione dei canoni generali di correttezza, buona fede e lealtà processuale (sugli argomenti trattati dalle Sezioni Unite si veda la nota di Cacciatore, *Concordato preventivo e fallimento: ordine di trattazione dei due procedimenti*, in *Eclegal* del 29 febbraio 2016).

Al debitore non ammesso al concordato c.d. "con riserva" è precluso unicamente, ai sensi del comma nove dell'art. 161 l. fall., di ripresentare nel biennio una nuova domanda di concordato "con riserva". *A contrario*, si ricava che il medesimo debitore può presentare una nuova domanda di concordato ai sensi del comma uno dell'articolo citato.

Va altresì considerato che il concordato non può che essere unico. Difatti, qualora la procedura

di concordato sia pendente non è configurabile un'ulteriore domanda di ammissione avente carattere di autonomia, salvo che da quest'ultima non si desuma l'inequivoca volontà del proponente di rinunciare a quella in precedenza depositata (cfr. Cass. civ., Sez. I, 14 gennaio 2015, n. 495).

Con la sentenza in commento i giudici di legittimità, sulla scorta dei principi già affermati in materia dalla Corte, hanno precisato che, nell'ipotesi in cui sia respinta l'istanza di proroga e sia scaduto il termine concesso ex art. 161 sesto comma l. fall., è fatta salva per il proponente la facoltà, in pendenza dell'udienza fissata per la dichiarazione di inammissibilità ovvero in caso di esame di eventuali istanze di fallimento, di depositare una nuova domanda di concordato, ai sensi dell'art. 161 l. fall.

Tuttavia, quest'ultima nuova domanda, corredata della proposta, del piano e dei documenti, deve caratterizzarsi per la rinuncia a quella con riserva precedentemente depositata e sempre che la nuova non si traduca in un abuso del processo dello strumento concordatario, utilizzato per finalità deviate rispetto a quelle per le quali l'ordinamento le ha predisposte.

La pronuncia è da condividere poiché il procedimento di concordato preventivo “*con riserva*”, sebbene concepito per il superamento dello stato di crisi dell'impresa, previa verifica della dell'attitudine della proposta presentata, non può realizzarsi in violazione dei principi del giusto processo di cui all'art. 111 Cost..

Le facoltà riconosciute dal legislatore con l'istituto della domanda di concordato preventivo “*con riserva*” devono, infatti, essere svolte con modalità tali da non determinare un sacrificio sproporzionato ed ingiustificato delle ragioni dei creditori dilatando in modo abnorme la durata del procedimento e gli effetti protettivi previsti dall'art. 168 l. fall. (c.d. *automatic stay*), così comportando uno sviamento abusivo dell'iter processuale e un prolungamento *sine die*.

Sulle innovazioni in materia di concordato preventivo “*in bianco*” e sui requisiti della domanda si veda il d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito in l. 6 agosto 2015, n. 132, ed in particolare sulla disciplina transitoria, v. Tribunale di Trento, decreto 15 ottobre 2015, in *Eclegal*, 9 dicembre 2015, con nota di Iovino, *La disciplina transitoria delle nuove disposizioni sul concordato in bianco: prevale la legge applicabile alla data del deposito della domanda*.

Procedimenti di cognizione e ADR

Emendatio e mutatio libelli. Recenti orientamenti della Cassazione

di **Alessandro Benvegnù**

Uno dei dogmi consolidati del processo civile è il divieto di *mutatio libelli*, ossia l'impossibilità per una delle parti del giudizio di modificare in modo sostanziale la propria domanda e a maggior ragione di introdurre nuove domande in aggiunta a quelle già proposte.

Il divieto ha il suo fondamento normativo nelle preclusioni che maturano in primo grado per definire il *thema decidendum* del giudizio secondo le scadenze ricavabili dall'art. 167 e 183 c.p.c. (cui va unito anche l'art. 184 c.p.c. sull'assunzione delle prove dedotte dalle parti e ammesse dal Giudice), per poi trovare un ulteriore esplicito sbarramento nell'articolo 345 c.p.c. il quale, in maniera *tranchant*, vieta fermamente la proposizione di nuove domande in appello.

Non ogni singola modifica delle difese operata dalle parti del giudizio incorre nel divieto, ed è anzi fisiologica e ammissibile, nell'ambito del gioco del contraddittorio, purché si muova nell'ambito della c.d. *emendatio libelli*; quello che non va assolutamente superato, secondo una valutazione globale delle ragioni della domanda (*causa petendi*), provvedimento giudiziale richiesto (*petitum immediato*) e bene della vita che si vuole ottenere (*petitum mediato*), è il limite di una variazione significativa e rilevante della pretesa oggetto di lite.

Tale variazione significativa delle difese è identificata con due canoni:

- un'alterazione degli oneri probatori in capo alle parti
- l'introduzione di nuovi temi d'indagine per il giudice, con un cambiamento così radicale da disorientare la difesa avversaria

Vediamo il problema secondo una prima applicazione pratica in relazione a una nota norma che, in deroga ai principi generali, consente alla parte una *mutatio libelli*: l'art. 1453 c.c.

Secondo il disposto della norma in questione, la domanda di adempimento del contratto può essere mutata, in corso di causa, in quella di risoluzione e risarcimento del danno: l'attore inizia quindi la causa deducendo l'esistenza di un contratto e l'inadempimento avversario (*causa petendi*), chiedendo un provvedimento di condanna (*petitum immediato*) per ottenere la prestazione dovuta da controparte (*petitum mediato*).

Con il passaggio alla domanda di risoluzione lo schema si modifica come segue: l'attore deduce l'esistenza di un contratto e il grave inadempimento avversario (*causa petendi*), chiede

una pronuncia costitutiva di scioglimento del contratto (*petitum* immediato) e un provvedimento di condanna (*petitum* immediato) per ottenere la restituzione di quanto dato in forza del contratto e/o il risarcimento del danno (*petitum* mediato).

Se quindi l'onere della prova liberatoria per il convenuto non è mutato, deve cioè provare l'esatto adempimento della propria obbligazione, dall'altro si sono create nuove pretese in relazione ai beni della vita chiesti dall'attore, il quale ora vuole non la prestazione originaria, ma la restituzione della propria prestazione già resa a favore del convenuto e il risarcimento del danno dovuto all'inadempimento, che è suo specifico onere allegare e provare.

Ecco allora Cass., sez. un., 18 febbraio 1989, n. 962 precisare che se la domanda di risoluzione ex art. 1453 c.c. può anche essere proposta per la prima volta in grado di appello, vi è comunque l'onere per la parte che così procede alla propria *mutatio libelli* di non dedurre un distinto fatto costitutivo, cioè di un inadempimento diverso da quello posto a base della pretesa originaria.

Recentemente si è poi proceduto a precisare anche i rapporti tra la pronuncia costitutiva di risoluzione ex art. 1453 c.c. e le domande, rispettivamente accessoria e connessa, di condanna per restituzione e risarcimento del danno.

Cass., sez. un., 11 aprile 2014, n. 8510, ha distinto tra domanda di restituzione, accessoria a quella di risoluzione contrattuale e senz'altro proponibile con quest'ultima, e domanda autonoma di risarcimento del danno: sebbene la seconda sia ontologicamente differente dalla domanda di restituzione, in quanto il danno va allegato e provato dalla parte che lo lamenta, quando la parte, nell'esercizio dello *ius variandi*, passi dall'azione di adempimento a quella di risoluzione ex art. 1453 c.c., la domanda di risarcimento del danno, purché esplicita e contestuale, non incorre nel divieto di *mutatio libelli*.

Il tema dell'obbligo della contestualità della proposizione delle domande accessorie e connesse quando si proceda a chiedere la risoluzione contrattuale è stato anche ribadito dalla recentissima Cass., 26 luglio 2016, n. 15461, la quale, nel caso di specie, precisa che la richiesta restitutoria che accede a una domanda di risoluzione per inadempimento non può essere avanzata per la prima volta in appello, ma va obbligatoriamente proposta in primo grado quando si esercita la facoltà ex art. 1453 c.c.

Uscendo poi dai confini più ristretti del caso particolare dell'art. 1453 c.c. e nell'ottica generale di sistema, recentemente il *plenum* della Suprema Corte ha avuto modo di precisare e ridisegnare i confini dell'oggetto del processo e i limiti del mutamento delle domande proposte dalle parti.

Con un moto che potremmo dire «dall'alto verso il basso», le Sezioni Unite del 12 dicembre 2014 n. 26242 e 26243 hanno sancito il principio per cui, in caso di nullità del negozio giuridico oggetto di un qualunque giudizio diretto a farlo valere o viceversa a contrastarne l'efficacia o la validità, il Giudice può rilevare la questione di ufficio e consentire alle parti, in

base allo strumento dell'art. 101 c.p.c., di proporre apposita domanda di accertamento della nullità. Sul punto, v. [Nullità del contratto e rilevabilità d'ufficio](#), a cura di Turroni.

E' quindi un episodio di *mutatio libelli* che avviene su sollecitazione del Giudice, in relazione alla quale le parti si trovano in condizioni di parità, poiché il nuovo tema di indagine del processo è introdotto d'ufficio.

Quando invece la modificazione della domanda è attuata su iniziativa di una sola delle parti, ci muoviamo in un senso orizzontale, dove il destinatario della domanda oggetto di *ius variandi* si trova in una posizione di soggezione rispetto all'avversario.

Secondo i canoni che abbiamo enunciato in premessa, la *emendatio libelli* dovrebbe consistere in quelle variazioni che non mutano i connotati essenziali di una domanda trasformandola in una diversa. Questo criterio è stato tuttavia ridimensionato nel tempo.

Una più generale apertura si manifesta nell'orientamento che consente di sostituire domande tra loro alternative e fondate sui medesimi fatti costitutivi sull'assunto che si tratta di semplice *emendatio* e non di *mutatio libelli*. È questa la linea seguita da [Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310](#), pubblicato in questa *Rivista*, con nota di Nicita, secondo cui la domanda di accertamento dell'intervenuto acquisto della proprietà in forza di un contratto di vendita immobiliare può sostituirsi a quella originaria ex art. 2932 c.c., in quanto alternativa ad essa e fondata sullo stesso documento contrattuale. In questo caso, il fatto costitutivo posto alla base dell'atto di citazione, la stipula di un contratto tra le parti, è rimasto immutato; cambia la sua qualificazione come contratto di vendita, anziché come preliminare di vendita: la *causa petendi* è sempre il contratto intercorso tra le parti, il *petitum immediato* è passato da una pronuncia costitutiva a una domanda di accertamento, il *petitum mediato* è rimasto l'attribuzione del bene; l'onere della prova del convenuto è passato da un obbligo di provare una causa giustificativa dell'inadempimento a una diversa qualificazione dell'accordo, senza che via sia quindi una significativa alterazione dell'equilibrio dell'onere probatorio v. sul punto Consolo, *Le S. U. aprono alle domande "complanari": ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, in *Corr. Giur.* 2015, 968.

In dichiarata continuità con la descritta tendenza, la più recente Cass., 9 maggio 2016 n. 9333, ha stabilito che, a parità di *petitum mediato*, la sostituzione del titolo giuridico postovi a fondamento (nel caso di specie, l'alternativa era tra corrispettivo e rimborso spese) non determina un mutamento della domanda, perché non si altera l'onere probatorio: ferma la *causa petendi* fatta valere dall'attore e il *petitum immediato*, cioè un provvedimento di condanna, nonché l'importo richiesto, è sempre onere del convenuto provare l'insussistenza di un inadempimento ex art. 1218 c.c. per causa a sé non imputabile.

Sul tema della alternatività tra diverse difese in diritto si era già espressa anche Cass., sez. un., 27 dicembre 2010, n. 26128, la quale aveva sancito l'ammissibilità della domanda di ingiustificato arricchimento in sostituzione di una domanda di adempimento contrattuale,

quale reazione e difesa in via riconvenzionale da parte del convenuto in sede di opposizione a decreto ingiuntivo. In questo caso la corte evidenzia come vi sia una sostanziale differenza di *causa petendi* (la presenza e l'entità del proprio impoverimento e dell'altrui locupletazione in luogo dell'esistenza di un contratto) e di mutamento del *petitum* mediato (non un corrispettivo contrattuale, ma un indennizzo, somma inferiore alla prima), ma giustifica il cambiamento della domanda originaria proposta nella fase monitoria sulla base di un nuovo tema di indagine introdotto dal debitore con l'atto di citazione in opposizione.

La scelta di una diversa linea difensiva è, invece mal tollerata e meno ammissibile nelle vertenze di diritto del lavoro, dove la giurisprudenza, anche più recente, rimane propensa alla cristallizzazione della domanda al momento della sua proposizione. V. ad es. Cass., 1 luglio 2014, n. 14950.

Cass., 10 maggio 2016 n. 9471, afferma appunto la non equivalenza tra i titoli giuridici alternativi astrattamente deducibili a fondamento della stessa domanda (nel caso concreto, quelli stabiliti dall'art. 69 primo e secondo comma, d.lgs 276/2003), specie quando a differenti ipotesi normative corrispondono diversi oneri probatori a carico del convenuto.

Nel caso oggetto di esame, solamente in note conclusive, dopo aver prospettato la natura effettivamente subordinata del rapporto di lavoro di collaborazione a progetto ai sensi dell'art. 69 secondo comma d.lgs. 276/2003, il lavoratore, per la prima volta, eccipisce la natura non specifica del progetto, ai sensi dell'art. 69 primo comma d.lgs. 276/2003.

In primo luogo vi è un dovere del giudice di ignorare le difese nuove che vengono avanzate per la prima volta in sede delle difese scritte prima della rimessione in decisione v. Cass., 7 gennaio 2016, n. 98, ma è evidente come in questo caso la parità delle parti, ai sensi dell'art. 2697 c.c., sia risultata alterata in favore del lavoratore.

A fronte di un medesimo *petitum* mediato (la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato) e immediato (azione di accertamento), viene stravolta la *causa petendi* e dei fatti costitutivi, con passaggio poi da un onere probatorio totalmente a carico del ricorrente (allegare e provare la natura effettivamente subordinata del proprio rapporto di lavoro) a uno a carico del convenuto (a fronte del progetto già versato in atti dimostrarne la analiticità e specificità ai sensi dell'art. 61 d.lgs. 276/2003)

Cass. 9471/2016 conclude quindi che viola l'art. 112 c.p.c. la sostituzione del titolo per cui il lavoratore ha originariamente chiesto la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato con un altro, che comporti anche alterazione dell'onere della prova in capo alle parti.

Questa alterità e inammissibilità tra diverse linee difensive è stata affermata anche nella fase più patologica e socialmente rilevante di crisi del rapporto di lavoro: l'impugnativa di licenziamento stabilizza i motivi di contestazione da parte del lavoratore, per cui, anche nella semplice fase di opposizione nel rito c.d. Fornero, non è consentito proporre nuovi profili di illegittimità dell'atto di cessazione del rapporto posto in essere dal datore di lavoro, passando

da insussistenza del giustificato motivo oggettivo, alla natura ritorsiva del recesso unilaterale di parte datoriale (Cass., 28 settembre 2015, n. 19142).

In chiusura si segnala come nell'ambito della tutela cautelare è vietata la modifica del provvedimento strumentale e urgente chiesto con il ricorso iniziale, tanto nei suoi elementi soggettivi che oggettivi, con sostanziale sostituzione del *petitum* immediato con un altro, in quanto si altera la funzionalità della tutela (così Trib. Firenze, 27 maggio 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 1863, con nota di Gambineri). Si ritiene invece possibile modificare la prospettazione della causa di merito, con esplicita ammissione, proprio, del passaggio dalla domanda di adempimento a quella di risoluzione ex art. 1453 c.c., in relazione alla quale, la richiesta di un sequestro conservativo, prima chiesta in relazione all'adempimento del pagamento di un corrispettivo, appare poi comunque funzionale alla domanda connessa di risarcimento del danno (Trib. Milano, 14 aprile 2011, in *Giur. it.*, 2012, 886, con nota critica di Scavello).

Procedimenti di cognizione e ADR

«Fascia oraria» obbligata anche per la notifica a mezzo PEC: h. 7:00 - 21:00

di **Andrea Ricuperati**

[Cass. Civ., Sez. Lav., 4 maggio 2016, n. 8886](#) – Pres. Napoletano – Rel. Spina

Atti giudiziari in materia civile – notificazione da parte dell'avvocato – a mezzo posta elettronica certificata – dopo le ore 21 – scissione degli effetti della notifica – inapplicabilità (D.L. 18.10.2012, n. 179 [conv. dalla L. 17.12.2012, n. 221], artt. 16-*quater*, primo comma, lettera d), e 16-*septies* – C.p.c., art. 147 – L. 21.1.1994, n. 53, art. 3-*bis*, comma 3 – D.P.R. 11.2.2005, n. 68, art. 6)

MASSIMA

[1] Il principio della scissione tra il momento del perfezionamento della notificazione via PEC per il notificante e per il destinatario non opera quando la notifica venga eseguita al di fuori dell'orario previsto dall'articolo 147 del codice di procedura civile.

CASO

[1] Gli eredi di Tizio proponevano ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte d'Appello di Messina che aveva – in riforma della decisione del Tribunale di Messina – respinto la domanda di rimborso (a titolo di prestazione di assistenza indiretta) delle spese sostenute dal *de cuius* per cure medico-chirurgiche (e correlate) a fronte di una patologia di natura oncologica.

Il termine di impugnazione scadeva il 27 novembre 2014 ed il ricorso veniva notificato tramite posta elettronica certificata nei confronti delle due parti intime, rispettivamente alle ore 23.31 e 23.35 di quello stesso giorno, come risulta dalle ricevute di accettazione di cui all'art. 6, comma 1, del D.P.R. n. 68/2005.

I controricorrenti eccepivano la tardività del gravame.

SOLUZIONE

[1] Il Supremo Collegio accoglie l'eccezione e dichiara inammissibile il ricorso, osservando che:

- ai sensi dell'art. 16-*septies* del D.L. 18.10.2012, n. 179 (introdotto dall'art. 45-*bis*, L. 11.08.2014, n. 114 di conversione del D.L. 24.06.2014, n. 90), anche alle notificazioni con modalità telematiche si applica il disposto dell'art. 147 c.p.c., che nel testo ora vigente vieta la notifica prima delle ore 7 e dopo le ore 21 (in quello previgente, secondo la Cassazione applicabile alla fattispecie, prima delle ore 7 e dopo le 19, dal 1° ottobre al 31 marzo, e prima delle 6 e dopo le 20, dal 1° aprile al 30 settembre);
- in base appunto al summenzionato art. 16-*septies* L. 18.10.2012, n. 179, “*Quando è eseguita dopo le ore 21, la notificazione si considera perfezionata alle ore 7 del giorno successivo*”;
- poiché la norma testé ricordata non contempla alcuna scissione di effetti per il notificante e per il destinatario (prevista ad altri fini dall'art. 16-*quater*, comma 1, lettera d), dello stesso D.L. n. 179, introduttivo dell'art. 3-*bis* all'interno della L. 21.1.1994, n. 53), nella vicenda in esame la notifica del ricorso per cassazione “*si considera ex lege perfezionata il 28 novembre 2014, a termine decorso*”.

QUESTIONI

[1] La Corte di Cassazione valorizza al massimo il criterio ermeneutico letterale (secondo il noto brocardo “*in claris non fit interpretatio*”), traendo dall'assolutezza dei verbi “*eseguita*” e “*perfezionata*” – presenti all'interno del disposto del più volte citato art. 16-*septies* D.L. 18.10.2012, n. 179 – il corollario dell'inapplicabilità del principio della scissione degli effetti della notifica per il notificante e per il destinatario: secondo l'insegnamento della sentenza in commento, insomma, l'*iter* notificatorio va cominciato entro le ore 21.00 dell'ultimo giorno del termine di impugnazione, sotto pena – in difetto – di decadenza.

Ad avviso di chi scrive, la questione della scindibilità – o meno – degli effetti della notifica era irrilevante per la soluzione della vicenda devoluta all'esame della Corte: nella fattispecie, invero, il procedimento notificatorio risulta essere comunque iniziato dopo le ore 21, determinando il differimento *ex lege* alle 7 del giorno successivo del momento perfezionativo della notifica anche per il notificante.

La ritenuta inscindibilità degli effetti della notificazione telematica fuori orario lascia aperto qualche dubbio, in quanto porta con sé la conseguenza che – così ragionando – la notifica telematica, la cui ricevuta di accettazione si collochi entro le ore 21 ma quella di avvenuta consegna sia posteriore, dovrebbe considerarsi perfezionata alle ore 7 del giorno seguente sia per il notificante sia per il destinatario.

Ora, una simile conclusione non fa una grinza se la *ratio* della norma sul tempo delle notificazioni fosse quella di imporre una sorta di “tregua” o *time-out* inderogabile del contenzioso, creando una fascia cronologica protetta. Poiché, però, l'estensione dell'operatività dell'art. 147 c.p.c. alle notifiche via PEC non impedisce che l'atto giudiziario entri nella sfera di conoscenza del destinatario, penetrando nel suo domicilio digitale, anche dopo le ore 21 e malgrado la volontà contraria dell'*accipiens*, sembra non peregrino sostenere che attraverso il disposto dell'art. 16-*septies* D.L. 18.10.2012, n. 179 il legislatore abbia voluto

semplicemente salvaguardare il diritto di difesa e contraddittorio del destinatario dell'atto: e, in tal caso, sarebbe lecito riferire (solo) a quest'ultimo il “*perfezionamento*” discendente dall'ultimazione dell'*iter* notificatorio, lasciando intatta la pregressa efficacia della notifica per il (solo) notificante prodotta dalla generazione della ricevuta di accettazione (la quale certifica la presa in carico del plico digitale da parte del gestore del servizio PEC del mittente), in coerenza col dettato del terzo comma dell'art. 3 L. 21.1.1994, n. 53.

Impugnazioni

Querela di falso e copie fotostatiche

di **Lorenzo Di Giovanna**

[App. Roma, 11 giugno 2016](#)

Impugnazioni civili – Appello – Querela di falso – Perizia grafologica eseguita su sottoscrizione apposta su copie fotostatiche di scrittura privata – Legittimità

Quando oggetto del procedimento di querela di falso sono esclusivamente le sottoscrizioni apposte su copie fotostatiche di una scrittura privata, la perizia grafologica è correttamente eseguita sui documenti in copia così come richiesto dal querelante.

CASO

Una società proponeva querela di falso in via incidentale per l'accertamento della falsità delle sottoscrizioni di Tizio presenti nella fotocopia di un contratto di sublocazione commerciale e nella fotocopia del correlativo deposito cauzionale.

Il Tribunale respingeva la querela di falso adducendo che le sottoscrizioni – secondo quanto emerso dalla perizia grafica – erano di pugno di Tizio.

La predetta società, pertanto, proponeva appello deducendo l'illegittimità della sentenza in quanto il Tribunale aveva disposto l'espletamento della perizia su copie fotostatiche e non sugli originali, di cui era stata asseritamente richiesta la produzione in corso di causa.

SOLUZIONE

La Corte ha giudicato infondato l'appello in quanto l'oggetto del procedimento di querela di falso verteva proprio sulla sottoscrizione apposta da Tizio sulle predette copie fotostatiche; fatto, tra le altre cose, espressamente prospettato dall'appellante nei propri scritti difensivi.

QUESTIONI

La sentenza in epigrafe afferma l'idoneità della perizia grafologica avente ad oggetto la sottoscrizione dell'autore del documento apposta su copie fotostatiche dell'originale allo scopo di dimostrare la veridicità della stessa sottoscrizione.

Nel caso di specie, la differenza rispetto al caso di perizia grafologica eseguita su copie fotostatiche anziché sull'originale (v. Cass., 18 febbraio 2000, n. 1831 e, più di recente, Cass.,

29 settembre 2014, n. 20484) sta nel fatto che nelle copie fotostatiche oggetto di esame la sottoscrizione è stata apposta sulle stesse copie, che in tal modo sono venute praticamente a costituire un nuovo originale del documento: si tratta quindi di una fattispecie diversa rispetto a quella di perizia eseguita su fotocopie, nelle quali la sottoscrizione è a sua volta essa stessa fotocopiata.

Pertanto, è corretta la conclusione della Corte di validità della perizia grafologica, proprio perché, contrariamente a quanto affermato altre volte dalla giurisprudenza a proposito di perizia su fotocopie (v. da ultimo Cass., Sez. I, 26 gennaio 2016, n. 1366 con nota di Cossignani, [Disconoscimento della scrittura, produzione dell'originale ai fini della verifica e divieto di nuove prove in appello](#)), oggetto della perizia nel caso in esame non è stata la copia fotostatica, bensì la sottoscrizione originale apposta su di essa.

Ciò, come correttamente affermato dalla stessa Corte, rende sostanzialmente inutile l'ordine di esibizione dell'originale del documento: infatti, a parte la tardività della relativa richiesta istruttoria, l'esibizione dell'originale non consentirebbe di pervenire a risultati peritali diversi rispetto a quelli dell'accertamento condotto sulle fotocopie, dato che la sottoscrizione, in tutti i predetti documenti, è sempre una sottoscrizione originale.

In altre parole, non rileva che il testo sottoscritto sia fotocopia di un altro testo, perché punto essenziale è quello della sottoscrizione originale apposta sulla fotocopia: siccome è ben noto che la scrittura privata acquisisce la sua natura di mezzo di prova solo in forza della sottoscrizione, è proprio quest'ultima la chiave di volta di tutto il problema.

Una sottoscrizione originale, apposta sulla copia fotostatica di un documento, è lo strumento necessario e sufficiente perché il documento, ancorché copia fotostatica di un altro, assuma a sua volta il carattere di scrittura privata autentica.

GESTIONE DELLA PROFESSIONE E SOFTWARE, Processo civile telematico

Conservazione digitale: strumenti, soggetti e servizi per gestirla di Redazione

La conservazione digitale è un processo normato che consente di garantire autenticità, integrità, affidabilità, leggibilità e reperibilità dei documenti nel tempo.

Applicando la normativa di conservazione digitale si è in grado di sostituire l'originalità del cartaceo in documento digitale, mentre per i documenti elettronici è l'unico procedimento adatto per la loro conservazione ed esibizione nel tempo.

Attraverso quali strumenti?

La firma digitale rende autentico e imm modificabile un documento informatico, mentre la marca temporale permette di datare in modo certo il documento digitale prodotto.

I punti chiave della normativa

- Il decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 23/01/04 (G.U. n.27 del 3/2/2004) sulla conservazione digitale dei documenti fiscalmente rilevanti regola la Conservazione Digitale
- La circolare esplicativa dell'Agenzia delle Entrate n. 36/E per la conservazione digitale e le successive, descrivono e consolidano alcuni aspetti pratici e operativi della conservazione delle scritture contabili obbligatorie sia che siano documenti informatici o che, generati cartacei, siano stati convertiti successivamente in informatici
- Le nuove Regole Tecniche, DPCM del 3/12/2013, pubblicate nella Gazzetta Ufficiale del 12/03/2014, ed emanate in riferimento all'art. 71 del Codice dell'Amministrazione Digitale, definiscono un nuovo sistema di Conservazione Digitale
- Vengono definite le figure del produttore dei documenti, dell'utente e del responsabile della conservazione
- Necessario diventa il Manuale della conservazione in cui sono indicati il processo della conservazione e i formati degli documenti destinati alla conservazione
- DM 17 giugno 2014 definisce e specifica la gestione e conservazione dei documenti a valore tributari

I soggetti della Conservazione

Produttore

Produce il pacchetto di versamento e lo trasferisce nel sistema di conservazione

Responsabile della conservazione

Definisce e attua le politiche del sistema di conservazione e ne governa la gestione. Può avere uno o più delegati

Utente

Persona o Ente che interagisce con il sistema di conservazione sostitutiva per acquisire le informazioni di suo interesse (Guardia di Finanza e Agenzia delle Entrate in caso di verifica)

Vantaggi degli ultimi sviluppi normativi

TEMPISTICA

La Conservazione di TUTTI i documenti fiscali comprese le fatture elettroniche, deve essere effettuata entro tre mesi dal termine per la presentazione della dichiarazione annuale dei redditi.

IMPRONTA

Eliminazione della comunicazione dell'impronta da trasmettere all'agenzia delle Entrate (file XML), sostituita da comunicazione manifestata dalla dichiarazione dei redditi

IMPOSTA DI BOLLO

Eliminazione della comunicazione preventiva e assolvimento dell'imposta di bollo entro il 30 Aprile a consuntivo, è sempre dovuta ogni 2.500 registrazioni

Servizi di Conservazione Digitale in Cloud TeamSystem

TeamSystem offre a professionisti e studi legali un servizio di Conservazione in Cloud.

Con il Servizio di Conservazione in Cloud di TeamSystem è possibile **delegare tutte le fasi del processo di conservazione**, comprese quelle di firma digitale e apposizione della marca temporale.

Il Servizio permette di:

- Conservare digitalmente i documenti
- Ricercare i documenti e consultarli in archivio
- Esibirli in originale seguendo i dettami della normativa
- Esibire e scaricare il Manuale della Conservazione
- Essere sicuri di seguire un processo aggiornato e sempre a norma di legge

TeamSystem è inoltre **conservatore accreditato presso Agenzia per L'Italia digitale** (Circolare AgID n. 65/2014). La certificazione AgID, ottenuta da un numero molto limitato di provider, garantisce i migliori standard di qualità e sicurezza oggi disponibili.

Un conservatore accreditato deve infatti:

- dimostrare **l'affidabilità organizzativa**, tecnica e finanziaria necessaria per svolgere l'attività di conservazione
- **utilizzare personale con conoscenze specifiche**, con esperienza e competenze necessarie per i servizi forniti
- applicare procedure e **metodi** amministrativi e di gestione **adeguati e conformi**
- utilizzare **sistemi** di conservazione di documenti informatici **affidabili e sicuri**
- adottare **adeguate misure di protezione dei documenti** idonee a garantire la riservatezza, l'autenticità, la non modificabilità, l'integrità e la fruibilità dei documenti informatici oggetto di conservazione, come descritte nel manuale di conservazione, parte integrante del contratto/convenzione di servizio.



Conservazione Cloud TeamSystem

Scopri l'offerta!

BACHECA, Diritto e reati societari

La mancata esecuzione dei conferimenti da parte dei soci

di Fabio Pauselli

Quando un socio di una s.r.l. **non esegue il conferimento** cui è obbligato nei termini indicati dagli Amministratori, questi devono attivare un procedimento disciplinato dall'articolo 2466 cod. civ. il quale prevede una diffida fino a culminare nella **vendita o esclusione del socio moroso**.

Il socio è considerato in mora nei versamenti quando scadono i **termini previsti per il versamento** di quanto conferito ma non ancora liberato oppure, in presenza di conferimento di opere o servizi, da quando la **polizza assicurativa o garanzia fideiussoria** è scaduta o divenuta inefficace. In quest'ultimo caso il socio può sempre sostituire la polizza o la fideiussione con un versamento di un corrispondente importo in denaro. La messa in mora del socio comporta per quest'ultimo **l'impossibilità ad esercitare il suo diritto di voto** nell'ambito delle decisioni assembleari. Parte della dottrina ritiene ammissibile un suo intervento in assemblea e il **computo ai fini del quorum costitutivo**. È evidente, tuttavia, che in alcuni casi, accogliere questa tesi potrebbe comportare una **totale impasse a livello societario**. Si pensi, ad esempio, al caso di una s.r.l. con 3 soci di cui uno titolare di una quota al 61%, uno al 20% ed uno al 19%, in cui il socio portatore del 61% del capitale sia moroso per l'intera partecipazione. In questi casi il socio moroso potrebbe benissimo impedire la costituzione dell'assemblea e che siano adottati gli opportuni provvedimenti in base al disposto del dettato normativo. Vista la delicatezza della questione potrebbe essere opportuno **inserire un'apposita clausola statutaria** volta a disciplinare la materia.

Gli amministratori, a pena di nullità degli atti successivi di vendita o esclusione, **devono inviare una diffida** al socio moroso ad eseguire i versamenti **entro un termine di almeno 30 giorni**; tale termine può essere ampliato, mai ridotto. Decorso inutilmente il termine indicato nella diffida, gli amministratori, ai sensi del comma 2 dell'articolo 2466 cod. civ., potranno scegliere se **promuovere un'azione legale** per ottenere l'esecuzione dei conferimenti oppure procedere con la **vendita coattiva della quota** del socio moroso.

Nel caso in cui gli amministratori scelgano di vendere la quota, tale vendita avrà per oggetto l'intera partecipazione e non una sua parte, il cui valore dovrà essere pari a quello risultante dall'ultimo bilancio approvato. La vendita sarà a rischio e pericolo del socio moroso, intendendosi con questa espressione il fatto che il socio sarà comunque tenuto a rimborsare la società dell'eventuale differenza tra quanto da questa recuperato e l'importo originario del debito. Gli amministratori **devono offrire la quota prima agli altri soci** quali titolari di un diritto di prelazione sull'acquisto proporzionale alle rispettive partecipazioni, successivamente, in mancanza di opzione da parte dei soci o in presenza di offerte ad un prezzo inferiore al valore

minimo determinato, potranno **procedere con la vendita ai terzi**. Tale vendita avviene **all'incanto ai sensi dell'articolo 534 c.p.c.**, salvo che l'atto costitutivo non lo consenta. Il ricavato dalla vendita dovrà coprire tutte le spese, gli interessi moratori e la somma capitale del *quantum* dovuto dal socio moroso. Se la somma è insufficiente, gli amministratori potranno agire contro il socio per il pagamento della differenza mentre nel caso in cui la somma fosse superiore, questi dovranno restituire l'eccedenza al socio. Nella vendita all'incanto l'amministratore opera come **mandatario del socio moroso** e, quindi, dovrà operare nel suo interesse massimizzando, ove possibile, il ricavato della cessione. Si è discusso in dottrina della possibilità che gli amministratori, nel caso fossero anche soci, possano vendere a sé stessi. In senso positivo si è espressa anche la **massima I.I.8. del Triveneto** pur raccomandando la massima trasparenza nel porre in essere l'intero procedimento.

In presenza di un **aggiudicatario inadempiente**, si dovrà agire nei confronti di quest'ultimo per la risoluzione del contratto o per l'esecuzione dello stesso, fermo restando il risarcimento del danno derivante da quanto la società dovrà sostenere per procedere ad un nuovo incanto. Nel caso in cui la vendita non ha avuto luogo per mancanza di compratori, gli amministratori dovranno necessariamente **escludere il socio** trattenendo le somme riscosse e **riducendo il capitale sociale in misura corrispondente**. È evidente che il socio moroso può sanare la sua posizione **fintanto che la quota non viene venduta** o sia **pronunciata la sua esclusione**, versando gli importi dovuti, comprensivi degli interessi, delle spese e degli eventuali danni.