

Edizione di martedì 27 settembre 2016

BACHECA, Obbligazioni e contratti

Le palestre e la gestione di saune e solarium

di **Guido Martinelli**

GESTIONE DELLA PROFESSIONE E SOFTWARE, Processo civile telematico

Il nuovo CAD e la conservazione dei documenti informatici per l'avvocato

di **Giuseppe Vitrani**

BACHECA, Diritto e reati societari

Lo scioglimento della Srl: la procedura semplificata

di **Federica Furlani**

Procedimenti cautelari e monitori, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

L'accertamento tecnico preventivo ex art. 445 bis c.p.c.: un «filtro» obbligatorio nelle controversie previdenziali

di **Mara Adorno**

Procedimenti cautelari e monitori, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

L'accertamento tecnico preventivo ex art. 445 bis c.p.c.: un «filtro» obbligatorio nelle controversie previdenziali

di **Mara Adorno**

Procedimenti di cognizione e ADR

Nullità contrattuale e poteri del giudice: il giudice può «sostituire» d'ufficio la nullità dedotta dalla parte

di **Nicoletta Minafra**

Diritto Bancario

Strumenti derivati e responsabilità dell'intermediario

di **Fabio Fiorucci**

Impugnazioni

Inammissibilità del ricorso per Cassazione ex art. 360 bis n. 1 c.p.c.: questione nuovamente rimessa alle Sezioni Unite

di **Giorgia Vulpiani**

Procedimenti cautelari e monitori, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

Mediazione volontaria, mancata cooperazione e risarcimento del maggior danno

di **Giacinto Parisi**

Procedimenti cautelari e monitori, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

Mediazione volontaria, mancata cooperazione e risarcimento del maggior danno

di **Giacinto Parisi**

Esecuzione forzata, ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORDATE

Obbligazioni contratte dall'amministratore giudiziario nel procedimento per misure di prevenzione: quale tutela per i creditori?

di **Salvatore Ziino**

Esecuzione forzata, ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORDATE

Obbligazioni contratte dall'amministratore giudiziario nel procedimento per misure di prevenzione: quale tutela per i creditori?

di **Salvatore Ziino**

BACHECA, Obbligazioni e contratti

Le palestre e la gestione di saune e solarium

di **Guido Martinelli**

GESTIONE DELLA PROFESSIONE E SOFTWARE, Processo civile telematico

Il nuovo CAD e la conservazione dei documenti informatici per l'avvocato

di **Giuseppe Vitrani**

BACHECA, Diritto e reati societari

Lo scioglimento della Srl: la procedura semplificata

di **Federica Furlani**

BACHECA, Obbligazioni e contratti

Le palestre e la gestione di saune e solarium

di **Guido Martinelli**

Sono ormai sempre di più i centri sportivi che offrono, gratuitamente o dietro pagamento di un corrispettivo specifico, ai propri iscritti, la possibilità di utilizzare saune e solarium.

Se, sotto un profilo meramente fiscale, non vi è dubbio che l'incasso di somme a tale titolo, anche per quei centri gestiti da società o associazioni sportive dilettantistiche, costituisce sempre provento di natura commerciale, sia ai fini delle imposte dirette che dell'iva, trattandosi comunque di attività non conforme alle finalità istituzionali, si pone il problema se l'utilizzo di tali attrezzature costituisca attività di estetica, con gli adempimenti che da ciò ne conseguono. L'attività d'estetica, per definizione sia della legislazione nazionale che di quella regionale, comprende tutte le prestazioni professionali relative ai trattamenti eseguiti sulla superficie del corpo umano ed il cui scopo, prevalente o esclusivo, sia quello di mantenerlo in perfette condizioni, di migliorarne e proteggerne l'aspetto estetico modificandolo attraverso l'eliminazione o l'attenuazione degli inestetismi che sono presenti.

Il secondo comma dell'articolo 1 della legge 1/1990, che disciplina l'attività di estetica, prevede che tale attività "può essere svolta ... con l'utilizzazione degli apparecchi elettromeccanici per uso estetico, di cui all'elenco allegato alla presente legge...".

Tale elenco, oltre ad una lunga serie d'apparecchi che prevedono una partecipazione attiva dell'estetista riporta anche, oltre alle saune, le "lampade abbronzanti".

La legge nazionale citata riporta che l'attività d'estetica (che ha contenuto oggettivamente più ampio del mero utilizzo degli oggetti ricompresi nell'elenco allegato) può (non deve) essere svolta con tali apparecchi; in tal senso si esprimono anche tutte le leggi regionali di recepimento della normativa nazionale.

Il semplice utilizzo di solarium, pertanto, ad avviso dello scrivente, non può certamente essere equiparato all'esercizio di una prestazione di servizio professionale, in quanto l'operatore, nel caso di specie, è soggetto inattivo rispetto al fruitore della prestazione d'opera.

In altre parole, l'utilizzo di solarium non richiede alcun atto dispositivo sulla persona del terzo, l'eventuale estetista non interviene in modo diretto ed attivo sul corpo umano e non presta un servizio professionale, coinvolgendo la sua esperienza e capacità.

Ciò che si pone in essere è solo una "locazione" d'attrezzature, analogamente a quanto avviene per altre prestazioni di servizi quali il nolo di biciclette, auto o "mosconi" al mare. Giuridicamente, infatti, l'utilizzo di solarium rientra nella previsione dell'articolo 1571 cod. civ. che reca la nozione di locazione di cosa mobile.

Infatti, il consumatore corrisponde un prezzo per l'uso temporaneo di una macchina la cui prestazione tecnica prescinde dalla capacità professionale del titolare del centro, la cui obbligazione contrattuale è quella di locare in buone condizioni di manutenzione il mezzo elettromeccanico per il tempo concordato contro il pagamento di un corrispettivo (obbligazione del locatario).

A nulla rileva in tale rapporto obbligatorio la necessaria presenza di una estetista. È evidente la contraddizione in termini: la richiesta del diploma d'estetista (e quindi la presunzione di specifiche conoscenze tecnico-professionali) contrasta in maniera palese con la commercializzazione al dettaglio degli apparecchi, l'uso privato dei quali, pertanto, svolto da persona priva delle presunte conoscenze tecnico-professionali richieste dovrebbe, invece, essere vietato se la ratio generale della norma fosse quella dell'obbligatorietà della persona dell'estetista.

Le tesi sopraesposte, con particolare riferimento alla sauna, sono state accolte da parte della giurisprudenza. Il T.A.R. della Toscana, con diverse pronunce, vedi fra tutte la n. 332 del 22.04.1998, riconosceva che la semplice installazione di una sauna all'interno di un centro ginnico non costituiva attività d'estetica; il Vice Pretore di Rimini, con sentenza 23 maggio 1999 n. 507, testualmente: "Osserva che la suddetta norma si limita a prevedere che l'estetista possa anche utilizzare gli apparecchi per la propria attività professionale e non invece, cosa del tutto diversa, che non vi possa essere l'utilizzo di detti apparati senza l'assistenza di un estetista".

La tesi contraria trae origine da una risposta formulata al Comune di Vicenza dal Ministero dell'Industria in data 21.09.1994, che sostiene che: "L'uso d'apparecchiature abbronzanti e saune, anche senza effettuazione di prestazioni estetiche manuali sul corpo umano, sia da configurarsi come attività d'estetista e l'esercente tale attività sia sottoposto alle disposizioni previste dalla legge 1/1990. La norma, infatti, prevede espressamente che l'attività d'estetista possa essere svolta mediante l'utilizzazione d'alcuni apparecchi elettromeccanici per uso estetico, di cui all'elenco allegato alla medesima legge. Tra questi apparecchi vengono specificatamente comprese le lampade abbronzanti UV-A e le saune. Tale previsione è volta a garantire, in particolare, la tutela dell'utenza nella fruizione di una prestazione che deve essere svolta nel rispetto di necessari criteri di sicurezza e di tutela della salute".

Fermo su tale posizione appare il T.A.R. Veneto che, per ultimo, con quattro sentenze tutte depositate il 18 Agosto 1999 (n. 1380, 1381, 1382, 1383) con motivazioni similari, ripropone che anche il semplice utilizzo di lampade costituisca attività d'estetica e che il limite della presenza dell'estetista trova la sua ragione d'essere nella tutela della salubrità della collettività.

GESTIONE DELLA PROFESSIONE E SOFTWARE, Processo civile telematico

Il nuovo CAD e la conservazione dei documenti informatici per l'avvocato

di **Giuseppe Vitrani**

L'adozione del nuovo Codice dell'Amministrazione Digitale pare aver inciso profondamente sulla materia della conservazione dei documenti informatici, sicché con il presente articolo si intende approfondire quali riflessi le nuove norme possano avere anche nell'ambito dell'attività professionale degli avvocati.

Il punto di partenza è senza dubbio il nuovo comma 1 bis dell'art. 43 CAD, il quale dispone che *“se il documento informatico è conservato per legge da uno dei soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, cessa l'obbligo di conservazione a carico dei cittadini e delle imprese che possono in ogni momento richiedere accesso al documento stesso”*.

Il dichiarato obiettivo del legislatore è dunque quello di sollevare cittadini ed imprese dagli oneri di conservazione dei documenti informatici laddove i medesimi documenti informatici siano conservati per legge da una pubblica amministrazione.

A parte l'osservazione preliminare che tutti i documenti ricevuti da una pubblica amministrazione devono essere archiviati e conservati secondo le vigenti norme in materia, sicché la formulazione della norma non può certo dirsi felice, occorre valutare come, e se, tale disposizione potrà avere impatto sull'attività professionale degli avvocati.

A dire il vero la disposizione in esame trova un perfetto corrispondente nell'art. 14, ultimo comma, del provvedimento 16 aprile '14 del direttore dei sistemi informativi automatizzati del Ministero della Giustizia (provvedimento meglio noto come specifiche tecniche sul PCT), ove si prevede espressamente che *“la busta telematica è conservata nel sistema documentale di cui all'art. 11 comma 2”*, che è tenuto dal Ministero della Giustizia. Pare dunque che si concretizzi proprio l'ipotesi regolamentata dalla novella del CAD con conseguente esenzione per gli avvocati dall'obbligo di conservazione di un documento informatico fondamentale qual è la busta informatica inviata all'ufficio giudiziario in sede di deposito telematico.

Senonché tale ricostruzione normativa è destinata ad entrare in crisi nel momento in cui si passa ad esaminare l'art. 20, comma III, del d.m. 44/2011, il quale espressamente prevede che *“il soggetto abilitato esterno è tenuto a conservare, con ogni mezzo idoneo, le ricevute di avvenuta consegna dei messaggi trasmessi al dominio giustizia”*.

Com'è evidente, detta norma codifica un obbligo di conservazione a carico dell'avvocato.

Occorre poi tener presente che le cosiddette specifiche tecniche sul PCT sono state dettate con un atto che non ha natura normativa, essendo invece atto amministrativo che promana da una direzione generale del Ministero mentre il decreto ministeriale è, a tutti gli effetti, una fonte normativa.

Ad ulteriore aggiunta di quanto precede va altresì considerato che l'art. 2, ultimo comma, del Codice dell'Amministrazione Digitale prevede ora quanto segue: *“le disposizioni del presente Codice si applicano altresì al processo civile, penale, amministrativo, contabile e tributario, in quanto compatibili e salvo che non sia diversamente disposto dalle disposizioni in materia di processo telematico”*.

Si delinea pertanto un sistema di generale applicabilità del CAD anche al processo telematico, laddove però non vi siano norme speciali di settore che dispongano in deroga alla normativa generale.

Ebbene nel caso di specie pare proprio di trovarsi nell'ipotesi appena presa in considerazione, esistendo una norma speciale (l'art. 20, comma III, d.m. 44/2011) che deroga alla disciplina generale del CAD e dunque anche all'art. 1 bis dell'art 43 dello stesso Codice.

Possiamo pertanto affermare che, pur a seguito dell'entrata in vigore della novella del CAD non paiono essere cessati gli obblighi di conservazione imposti dal d.m. 44/2011, non potendo oltretutto questi essere tacitamente abrogati da una norma di rango inferiore quale dev'essere considerato l'art. 14, ultimo comma, delle specifiche tecniche sul PCT.

Se poi a ciò aggiungiamo che, ovviamente, gli obblighi di conservazione continuano a rimanere inalterati sia per quei documenti informatici che non sono destinati ad essere conservati all'interno del fascicolo informatico del processo (si pensi ad esempio ad un atto di precetto notificato a mezzo PEC) sia per le comunicazioni stragiudiziali la cui rilevanza ed efficacia processuale può anche essere differita nel tempo (ad esempio una comunicazione inviata a mezzo PEC con la quale si interrompono i termini di prescrizione), ci rendiamo conto di come in realtà la riforma del codice dell'amministrazione digitale abbia influito assai poco sull'attività professionale dell'avvocato.

BACHECA, Diritto e reati societari

Lo scioglimento della Srl: la procedura semplificata

di **Federica Furlani**

La **procedura di liquidazione** di una società a responsabilità limitata, disciplinata dagli artt. 2484-2496 del codice civile, può essere suddivisa in tre fasi:

- **accertamento del verificarsi di una causa di scioglimento** della società e relativa pubblicità;
- **procedimento di liquidazione**;
- **estinzione della società** a seguito della sua cancellazione dal Registro Imprese.

L'**art. 2484** prevede che le società a responsabilità limitata si **sciogliono**:

1. per il decorso del termine;
2. per il conseguimento dell'oggetto sociale o per la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo, salvo che l'assemblea, all'uopo convocata senza indugio, non deliberi le opportune modifiche statutarie;
3. per l'impossibilità di funzionamento o per la continuata inattività dell'assemblea;
4. per la riduzione del capitale al disotto del minimo legale, salvo quanto è disposto dagli articoli 2447 e 2482-ter;
5. nelle ipotesi previste dagli articoli 2437-quater e 2473;
6. per deliberazione dell'assemblea;
7. per le altre cause previste dall'atto costitutivo o dallo statuto.

Nelle ipotesi previste dai **numeri 1), 2), 3), 4) e 5)**, che potremmo definire **cause legali**, gli **effetti dello scioglimento** decorrono dalla data dell'**iscrizione presso l'ufficio del Registro delle Imprese della dichiarazione con cui gli amministratori ne accertano la causa**; mentre nell'ipotesi prevista dal numero 6), alla data dell'iscrizione della relativa deliberazione a cura del notaio che ha redatto l'atto.

Quando l'atto costitutivo o lo statuto prevedono altre cause di scioglimento (numero 7) essi devono determinare la competenza a deciderle od accertarle, e ad effettuare gli adempimenti pubblicitari previsti.

La c.d. **procedura semplificata**, limitata alle ipotesi di scioglimento previste dalla legge (art. 2484 n. da 1 a 5) prevede che, **senza l'intervento del notaio**, l'organo amministrativo, accertata la causa di scioglimento ex art. 2484 c.c., deposita la constatazione al Registro Imprese e convoca l'assemblea per la nomina dei liquidatori.

Non è previsto un termine perentorio ai fini della constatazione della causa di scioglimento da parte degli amministratori, ma l'art. 2485 stabilisce che devono procedere **senza indugio**: in caso di ritardo od omissione sarebbero infatti personalmente e solidalmente responsabili per i danni subiti dalla società, dai creditori e dai terzi.

Contestualmente all'accertamento della causa di scioglimento, gli amministratori devono procedere alla **convocazione dell'assemblea dei soci** per deliberare in merito a:

- il numero dei liquidatori e le regole di funzionamento del collegio in caso di pluralità di liquidatori;
- la nomina dei liquidatori, con indicazione di quelli cui spetta la rappresentanza della società;
- i criteri in base ai quali deve svolgersi la liquidazione.

Con il **verbale di nomina dei liquidatori** si apre il procedimento di liquidazione affidato ai liquidatori, i quali si sostituiscono all'organo amministrativo e devono depositare le loro nomine al Registro Imprese.

Gli amministratori restano in carica fino all'avvenuta iscrizione nel detto Registro della nomina dei liquidatori; da quel momento *“gli amministratori cessano dalla carica e consegnano ai liquidatori i libri sociali, contabili e ogni altra documentazione amministrativa della società, una situazione dei conti alla data di effetto dello scioglimento ed un rendiconto sulla loro gestione relativo al periodo successivo all'ultimo bilancio approvato”*.

Le fasi operative della procedura semplificata sono pertanto:

1. l'accertamento da parte degli amministratori di una delle cause di scioglimento previste dall'art. 2484 c.c., dai numeri 1 a 5 del primo comma;
2. la convocazione dell'assemblea dei soci;
3. la deliberazione dell'assemblea dei soci, che prende atto della causa di scioglimento e nomina il/i liquidatore/i;
4. la procedura di liquidazione: realizzo dell'attivo ed estinzione del passivo;
5. l'approvazione del Bilancio finale di liquidazione, in modo tacito o espresso, e l'istanza di cancellazione dal Registro Imprese.

Ricordiamo che per le Spa invece, a differenza delle Srl, è sempre necessario l'intervento del notaio per la messa in liquidazione della società, in quanto la nomina del liquidatore deve essere effettuata necessariamente mediante assemblea straordinaria.

La liquidazione si esaurisce con la cancellazione della società dal Registro delle Imprese, che decreta la sua estinzione ex art. 2495 codice civile.

La società dovrà inoltre dare **comunicazione della cessazione all'Agenzia delle Entrate** e dovrà depositare i libri, ex art. 2496 codice civile, presso il Registro delle Imprese che dovrà

conservarli per 10 anni.

Procedimenti cautelari e monitori, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

L'accertamento tecnico preventivo ex art. 445 bis c.p.c.: un «filtro» obbligatorio nelle controversie previdenziali

di **Mara Adorno**

L'art. 38, d.l. 38/2011, convertito in l. 111/2011, ha introdotto nell'ambito delle controversie previdenziali e assistenziali l'art. 445 bis c.p.c. che delinea il procedimento di accertamento tecnico da realizzarsi in via preventiva rispetto all'azione giudiziaria. Il nuovo istituto consiste in una condizione di procedibilità della domanda giudiziale, in quanto obbliga le parti che intendano intraprendere un giudizio per il riconoscimento dei propri diritti in materia di invalidità civile ad espletare l'accertamento tecnico preventivo.

Presupposto per la sua operatività è un contrasto su una questione di fatto, ossia la sussistenza del requisito medico-sanitario, che può essere verificato esclusivamente attraverso una consulenza tecnica. Malgrado la nuova procedura «sommatoria» sia nata con l'obiettivo di accelerare e contenere il contenzioso previdenziale, tuttavia, nel ripercorrere i tratti salienti della relativa disciplina, emergono vuoti normativi e questioni controverse a cui hanno cercato di sopperire le prassi applicative.

L'istituto rubricato all'art. 445 bis c.p.c. «Accertamento tecnico preventivo obbligatorio» – introdotto dall'art. 38, d.leg. 98/2011, convertito, con modificazioni, in l. 111/2011 – configura un nuovo filtro obbligatorio di procedibilità per l'accesso alla tutela giurisdizionale in materia previdenziale e assistenziale (cfr. D. Dalfino, *Il rito speciale del lavoro come modello processuale*, in Aa. Vv., a cura di D. Dalfino, *La nuova giustizia del lavoro*, Bari, 2011, 60).

Esso, infatti, impone a chi intenda avviare un contenzioso «in materia di invalidità civile, cecità civile, sordità civile, handicap e disabilità, nonché di pensione di inabilità e di assegno di invalidità, disciplinati dalla legge 12 giugno 1984, n. 222» l'obbligo di promuovere in via preventiva un accertamento tecnico delle condizioni sanitarie legittimanti la pretesa fatta valere.

Si tratta, dunque, di un procedimento ispirato al modello della consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c. (in virtù del richiamo espresso contenuto nell'art. 445 bis c.p.c., previa verifica di compatibilità), in quanto anch'esso è finalizzato a prevenire l'instaurazione di un processo ogniqualvolta il solo punto controverso consista nel requisito sanitario accertabile unicamente attraverso l'espletamento della consulenza tecnica. In tal caso, l'accertamento tecnico disposto in via preventiva consente alle parti in conflitto di formulare una previsione circa il probabile esito della causa e, di conseguenza, valutare l'opportunità di astenersi dal promuoverla.

Il nuovo art. 445 bis, 2° comma, c.p.c. introduce una condizione di procedibilità del successivo giudizio di merito volto a conseguire il definitivo riconoscimento del diritto, nel senso che ne subordina l'instaurazione al previo espletamento del procedimento di accertamento tecnico preventivo. L'improcedibilità deve essere rilevata, su istanza di parte o d'ufficio, nel termine decadenziale della prima udienza. Una volta dichiarata l'improcedibilità, il giudice assegna alle parti un termine di quindici giorni per soddisfare la condizione di procedibilità, sia ove il procedimento non sia iniziato, sia ove sia iniziato, ma non concluso: nel primo caso, il termine è fissato per la presentazione dell'istanza di accertamento tecnico; nel secondo, per il completamento del procedimento medesimo (tra i vari contributi sul nuovo istituto, v. V. Battaglia, *L'accertamento tecnico preventivo nelle controversie previdenziali e assistenziali connesse allo stato di invalidità*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 80 ss.; F. Cossignani, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445 bis c.p.c.*, *id.*, 2013, 629 ss.; G. Frabasile, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445 bis c.p.c.: questioni controverse e soluzioni possibili*, in *www.judicium.it*; L.S. Gentile, *In attesa dell'art. 445 bis c.p.c.: una cognizione trifasica per sfoltire il contenzioso previdenziale in materia di invalidità?*, in *Foro it.*, 2012, V, 17 ss.; *Id.*, *La giurisdizione imbrigliata nell'accertamento tecnico preventivo dell'invalidità previdenziale*, *id.*, 2013, V, 136 ss.; G. Ianniruberto, *Nuove regole (e nuovi problemi) per le controversie previdenziali ed assistenziali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, III, 57 ss.; P. Licci, *Il nuovo accertamento tecnico preventivo obbligatorio nelle controversie previdenziali: l'occasione mancata per l'ottenimento rapido di un titolo esecutivo?*, in *Riv. esec. forzata*, 89 ss.; A.M. Luna-M. Forziati, *Il nuovo processo previdenziale e assistenziale*, in *Giur. merito*, 2012, 1505 ss.).

Concluse le operazioni peritali, il giudice assegna un termine perentorio non superiore a trenta giorni, entro il quale le parti devono dichiarare se intendono contestare le risultanze peritali.

A questo punto il procedimento può sfociare in due differenti esiti:

– in caso di mancata contestazione – il che equivale ad accettazione implicita – il giudice nel termine su indicato «omologa l'accertamento del requisito sanitario secondo le risultanze probatorie indicate nella relazione del consulente tecnico dell'ufficio provvedendo sulle spese» con decreto qualificato non impugnabile né modificabile. Spetterà poi agli organi competenti, previa verifica della sussistenza degli altri requisiti previsti dalla legge, provvedere al pagamento delle prestazioni richieste.

– in caso di «mancato accordo», ossia ove la parte manifesti la volontà di contestare le conclusioni del consulente tecnico deve, nel predetto termine, formulare la propria dichiarazione di dissenso (che può consistere in una dichiarazione generica, priva della specificazione dei motivi del dissenso, v. Cass. 15 giugno 2015, n. 12332, *Foro it.*, 2015, I, 3892, con nota di S.L. Gentile, *La controversia sul requisito sanitario come seconda fase eventuale dell'accertamento tecnico preventivo (Atp) in materia di invalidità*), nonché, nei trenta giorni successivi alla manifestazione del dissenso, a pena di decadenza, depositare il ricorso introduttivo del relativo giudizio di merito, con l'indicazione specifica delle ragioni del dissenso, pena l'inammissibilità della domanda (nel senso che nel ricorso introduttivo del giudizio ex art. 445 bis, 6° comma, c.p.c., conseguente al «mancato accordo» in sede di

accertamento preventivo, devono essere specificati, a pena d'inammissibilità, i motivi della contestazione; pertanto, il ricorso che non metta in concreta evidenza carenze di indagine o vizi di carattere medico e/o logico-giuridico dell'accertamento tecnico preventivo esperito, non è ammissibile, v. Trib. Roma 9 maggio 2013, *id.*, Rep. 2013, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 212).

La sentenza che definisce il giudizio viene dichiarata inappellabile (art. 445 *bis*, 7° comma, c.p.c., inserito dalla l. 12 novembre 2011, n. 183, c.d. Legge di stabilità).

Il nuovo procedimento «sommario» rappresenta il frutto di una discutibile scelta legislativa che, a dispetto del dichiarato obiettivo di voler deflazionare il contenzioso in materia previdenziale e contenere in tempi ragionevoli la durata dei processi, ha determinato un aggravamento, in termini di tempo e di attività, del carico degli uffici giudiziari, considerato, peraltro, che la disciplina introdotta risulta in diversi passaggi oscura e lacunosa.

Tanto più che Trib. Roma 18 gennaio 2013, *id.*, *Le banche dati*, archivio *Merito ed extra*, ha sollevato dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 445 *bis* c.p.c. riguardo a diversi profili. La Corte costituzionale, tuttavia, ha disatteso ciascuna delle singole censure, dichiarando l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale del nuovo «procedimento giurisdizionale sommario a carattere contenzioso». Il legislatore avrebbe, infatti, operato un «congruo bilanciamento» tra gli interessi generali sottesi all'introduzione dell'accertamento tecnico consistenti: a) nella riduzione del contenzioso previdenziale e assistenziale, b) nel contenimento della durata dei relativi processi, c) nel conseguimento della certezza giuridica in ordine all'accertamento del requisito medico-sanitario e l'interesse della parte a far valere la sua pretesa assistenziale e previdenziale, basata sullo stato di invalidità (Corte cost. 28 ottobre 2014, n. 243, *id.*, 2015, I, 358, con nota di S.L. Gentile, *La gestione dell'accertamento tecnico preventivo (Atp) previdenziale tra principî costituzionali e riproposizioni infrannuali*, *Giur. costit.*, 2014, 4015, con nota di R. Donzelli, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445 bis c.p.c. al vaglio della corte costituzionale*, *Mass. giur. lav.*, 2015, 514, con nota di E. Boghetich, *Approdi giurisprudenziali sull'accertamento tecnico preventivo*, nonché *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 733, con nota di M. Scalamogna, *L'art. 445 bis c.p.c. supera il vaglio di legittimità costituzionale: un monito mancato*).

D'altra parte, a distanza di alcuni anni dalla sua entrata in vigore, l'intervento chiarificatore della Suprema corte insieme alla sperimentazione degli operatori hanno cercato di appianare alcuni dubbi interpretativi cui ha dato vita l'applicazione della norma.

Riguardo al contenuto del ricorso introduttivo dell'accertamento preventivo nulla dispone l'art. art. 445 *bis* c.p.c.

Premesso che oggetto dell'accertamento è la verifica preventiva dei requisiti sanitari necessari al conseguimento della pretesa assistenziale e previdenziale, deve ritenersi senz'altro necessaria, ai fini della valutazione della sussistenza dell'interesse ad agire, l'indicazione del diritto al cui riconoscimento è preordinato l'accertamento preventivo (v., per ulteriori

indicazioni, F. Cossignani, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445 bis c.p.c.*, cit., 635 s.; L.S. Gentile, *In attesa dell'art. 445 bis c.p.c.: una cognizione trifasica per sfoltire il contenzioso previdenziale in materia di invalidità?*, cit., 21, nonché *Prime indicazioni sull'accertamento tecnico preventivo* del Tribunale di Lecce, 6 dicembre 2011, reperibile su www.ordineavvocatilecce.it).

Una criticità attiene al profilo dell'oggetto della cognizione del giudice adito in sede di accertamento preventivo, rispetto al quale si fronteggiano due opinioni contrastanti. Da un lato, l'orientamento più rigido ritiene che rientri nella valutazione giudiziale unicamente la sussistenza del requisito sanitario, essendo preclusa al giudice ogni verifica degli ulteriori requisiti socio-economici richiesti dalla legge per il conseguimento della pretesa, con la conseguenza che il giudice deve disporre la consulenza medico-legale anche se risultino ostacoli pregiudiziali o preliminari che precludono il diritto alla prestazione richiesta (Cass. 17 marzo 2014, n. 6085, *Foro it.*, 2014, I, 1499, con note critiche di S.L. Gentile, *Accertamento tecnico preventivo previdenziale, consulenze mediche inutili, spese superflue a carico dell'erario: è compito del giudice impedire l'abuso del procedimento*, e P. Morabito, *La Cassazione e l'accertamento tecnico preventivo in materia previdenziale: un arresto criticabile*); dall'altro lato, si attribuisce, invece, al giudice il dovere di compiere una serie di verifiche preliminari dei presupposti processuali della domanda nonché «una valutazione *prima facie*» degli altri requisiti diversi da quello sanitario costitutivi della prestazione che si vuole ottenere, sanzionate, in caso di esito negativo, con l'inammissibilità della domanda (Cass. 27 aprile 2015, n. 8533, *id.*, 2015, I, 2342, con nota di S.L. Gentile, *Altri tasselli e punti fermi nel mosaico dell'accertamento tecnico preventivo (Atp) previdenziale*).

Un'altra questione irrisolta investe l'oggetto dell'eventuale giudizio di merito, ex art. 445 bis, 6° comma, c.p.c., introdotto successivamente alla contestazione della consulenza tecnica, vale a dire, se l'oggetto si identifichi con quello dedotto in sede di accertamento preventivo ovvero se riguardi totalmente il diritto alla prestazione previdenziale o assistenziale. Le sporadiche indicazioni sul tema propendono per la prima alternativa, per cui nel giudizio di merito si realizza un «trascinamento» ed una esplicitazione dei motivi di dissenso manifestati dalla parte dissenziente (cfr. Cass. 17 marzo 2014, n. 6085 cit.; S.L. Gentile, *La controversia sul requisito sanitario come seconda fase eventuale dell'accertamento tecnico preventivo (Atp) in materia di invalidità*, cit., 3897).

Infine, il regime dei provvedimenti conclusivi del procedimento di accertamento preventivo (decreto di omologa in assenza di contestazione) e del successivo giudizio di merito (la sentenza che definisce il giudizio) ne esclude l'impugnabilità. Ciò posto, la Corte di cassazione se ha escluso l'ammissibilità del ricorso ex art. 111 Cost. avverso il decreto di omologa, dal momento che non può essere concesso il predetto rimedio impugnatorio «alla parte che, nel momento anteriore all'emissione del decreto di omologa, quando le era consentito di farlo, non ha mosso contestazioni alla possibilità di procedervi» (v. Cass. 4 maggio 2015, n. 8878, *id.*, 2015, I, 2342, con nota citata di S.L. Gentile); tuttavia, ha ammesso la ricorribilità in via ordinaria ai sensi dell'art. 360, 1° comma, c.p.c. (e non l'impugnabilità ai sensi dell'art. 111 Cost.) della sentenza conclusiva del giudizio, trattandosi di sentenza resa in un unico grado, in

quanto inappellabile (Cass. 15 giugno 2015, n. 12332, cit.).

Procedimenti cautelari e monitori, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

L'accertamento tecnico preventivo ex art. 445 bis c.p.c.: un «filtro» obbligatorio nelle controversie previdenziali

di **Mara Adorno**

L'art. 38, d.l. 38/2011, convertito in l. 111/2011, ha introdotto nell'ambito delle controversie previdenziali e assistenziali l'art. 445 bis c.p.c. che delinea il procedimento di accertamento tecnico da realizzarsi in via preventiva rispetto all'azione giudiziaria. Il nuovo istituto consiste in una condizione di procedibilità della domanda giudiziale, in quanto obbliga le parti che intendano intraprendere un giudizio per il riconoscimento dei propri diritti in materia di invalidità civile ad espletare l'accertamento tecnico preventivo.

Presupposto per la sua operatività è un contrasto su una questione di fatto, ossia la sussistenza del requisito medico-sanitario, che può essere verificato esclusivamente attraverso una consulenza tecnica. Malgrado la nuova procedura «sommatoria» sia nata con l'obiettivo di accelerare e contenere il contenzioso previdenziale, tuttavia, nel ripercorrere i tratti salienti della relativa disciplina, emergono vuoti normativi e questioni controverse a cui hanno cercato di sopperire le prassi applicative.

L'istituto rubricato all'art. 445 bis c.p.c. «Accertamento tecnico preventivo obbligatorio» – introdotto dall'art. 38, d.leg. 98/2011, convertito, con modificazioni, in l. 111/2011 – configura un nuovo filtro obbligatorio di procedibilità per l'accesso alla tutela giurisdizionale in materia previdenziale e assistenziale (cfr. D. Dalfino, *Il rito speciale del lavoro come modello processuale*, in Aa. Vv., a cura di D. Dalfino, *La nuova giustizia del lavoro*, Bari, 2011, 60).

Esso, infatti, impone a chi intenda avviare un contenzioso «in materia di invalidità civile, cecità civile, sordità civile, handicap e disabilità, nonché di pensione di inabilità e di assegno di invalidità, disciplinati dalla legge 12 giugno 1984, n. 222» l'obbligo di promuovere in via preventiva un accertamento tecnico delle condizioni sanitarie legittimanti la pretesa fatta valere.

Si tratta, dunque, di un procedimento ispirato al modello della consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c. (in virtù del richiamo espresso contenuto nell'art. 445 bis c.p.c., previa verifica di compatibilità), in quanto anch'esso è finalizzato a prevenire l'instaurazione di un processo ogniqualvolta il solo punto controverso consista nel requisito sanitario accertabile unicamente attraverso l'espletamento della consulenza tecnica. In tal caso, l'accertamento tecnico disposto in via preventiva consente alle parti in conflitto di formulare una previsione circa il probabile esito della causa e, di conseguenza, valutare l'opportunità di astenersi dal promuoverla.

Il nuovo art. 445 bis, 2° comma, c.p.c. introduce una condizione di procedibilità del successivo giudizio di merito volto a conseguire il definitivo riconoscimento del diritto, nel senso che ne subordina l'instaurazione al previo espletamento del procedimento di accertamento tecnico preventivo. L'improcedibilità deve essere rilevata, su istanza di parte o d'ufficio, nel termine decadenziale della prima udienza. Una volta dichiarata l'improcedibilità, il giudice assegna alle parti un termine di quindici giorni per soddisfare la condizione di procedibilità, sia ove il procedimento non sia iniziato, sia ove sia iniziato, ma non concluso: nel primo caso, il termine è fissato per la presentazione dell'istanza di accertamento tecnico; nel secondo, per il completamento del procedimento medesimo (tra i vari contributi sul nuovo istituto, v. V. Battaglia, *L'accertamento tecnico preventivo nelle controversie previdenziali e assistenziali connesse allo stato di invalidità*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 80 ss.; F. Cossignani, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445 bis c.p.c.*, *id.*, 2013, 629 ss.; G. Frabasile, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445 bis c.p.c.: questioni controverse e soluzioni possibili*, in *www.judicium.it*; L.S. Gentile, *In attesa dell'art. 445 bis c.p.c.: una cognizione trifasica per sfoltire il contenzioso previdenziale in materia di invalidità?*, in *Foro it.*, 2012, V, 17 ss.; *Id.*, *La giurisdizione imbrigliata nell'accertamento tecnico preventivo dell'invalidità previdenziale*, *id.*, 2013, V, 136 ss.; G. Ianniruberto, *Nuove regole (e nuovi problemi) per le controversie previdenziali ed assistenziali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, III, 57 ss.; P. Licci, *Il nuovo accertamento tecnico preventivo obbligatorio nelle controversie previdenziali: l'occasione mancata per l'ottenimento rapido di un titolo esecutivo?*, in *Riv. esec. forzata*, 89 ss.; A.M. Luna-M. Forziati, *Il nuovo processo previdenziale e assistenziale*, in *Giur. merito*, 2012, 1505 ss.).

Concluse le operazioni peritali, il giudice assegna un termine perentorio non superiore a trenta giorni, entro il quale le parti devono dichiarare se intendono contestare le risultanze peritali.

A questo punto il procedimento può sfociare in due differenti esiti:

– in caso di mancata contestazione – il che equivale ad accettazione implicita – il giudice nel termine su indicato «omologa l'accertamento del requisito sanitario secondo le risultanze probatorie indicate nella relazione del consulente tecnico dell'ufficio provvedendo sulle spese» con decreto qualificato non impugnabile né modificabile. Spetterà poi agli organi competenti, previa verifica della sussistenza degli altri requisiti previsti dalla legge, provvedere al pagamento delle prestazioni richieste.

– in caso di «mancato accordo», ossia ove la parte manifesti la volontà di contestare le conclusioni del consulente tecnico deve, nel predetto termine, formulare la propria dichiarazione di dissenso (che può consistere in una dichiarazione generica, priva della specificazione dei motivi del dissenso, v. Cass. 15 giugno 2015, n. 12332, *Foro it.*, 2015, I, 3892, con nota di S.L. Gentile, *La controversia sul requisito sanitario come seconda fase eventuale dell'accertamento tecnico preventivo (Atp) in materia di invalidità*), nonché, nei trenta giorni successivi alla manifestazione del dissenso, a pena di decadenza, depositare il ricorso introduttivo del relativo giudizio di merito, con l'indicazione specifica delle ragioni del dissenso, pena l'inammissibilità della domanda (nel senso che nel ricorso introduttivo del giudizio ex art. 445 bis, 6° comma, c.p.c., conseguente al «mancato accordo» in sede di

accertamento preventivo, devono essere specificati, a pena d'inammissibilità, i motivi della contestazione; pertanto, il ricorso che non metta in concreta evidenza carenze di indagine o vizi di carattere medico e/o logico-giuridico dell'accertamento tecnico preventivo esperito, non è ammissibile, v. Trib. Roma 9 maggio 2013, *id.*, Rep. 2013, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 212).

La sentenza che definisce il giudizio viene dichiarata inappellabile (art. 445 *bis*, 7° comma, c.p.c., inserito dalla l. 12 novembre 2011, n. 183, c.d. Legge di stabilità).

Il nuovo procedimento «sommario» rappresenta il frutto di una discutibile scelta legislativa che, a dispetto del dichiarato obiettivo di voler deflazionare il contenzioso in materia previdenziale e contenere in tempi ragionevoli la durata dei processi, ha determinato un aggravamento, in termini di tempo e di attività, del carico degli uffici giudiziari, considerato, peraltro, che la disciplina introdotta risulta in diversi passaggi oscura e lacunosa.

Tanto più che Trib. Roma 18 gennaio 2013, *id.*, *Le banche dati*, archivio *Merito ed extra*, ha sollevato dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 445 *bis* c.p.c. riguardo a diversi profili. La Corte costituzionale, tuttavia, ha disatteso ciascuna delle singole censure, dichiarando l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale del nuovo «procedimento giurisdizionale sommario a carattere contenzioso». Il legislatore avrebbe, infatti, operato un «congruo bilanciamento» tra gli interessi generali sottesi all'introduzione dell'accertamento tecnico consistenti: a) nella riduzione del contenzioso previdenziale e assistenziale, b) nel contenimento della durata dei relativi processi, c) nel conseguimento della certezza giuridica in ordine all'accertamento del requisito medico-sanitario e l'interesse della parte a far valere la sua pretesa assistenziale e previdenziale, basata sullo stato di invalidità (Corte cost. 28 ottobre 2014, n. 243, *id.*, 2015, I, 358, con nota di S.L. Gentile, *La gestione dell'accertamento tecnico preventivo (Atp) previdenziale tra principî costituzionali e riproposizioni infrannuali*, *Giur. costit.*, 2014, 4015, con nota di R. Donzelli, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445 bis c.p.c. al vaglio della corte costituzionale*, *Mass. giur. lav.*, 2015, 514, con nota di E. Boghetich, *Approdi giurisprudenziali sull'accertamento tecnico preventivo*, nonché *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 733, con nota di M. Scalamogna, *L'art. 445 bis c.p.c. supera il vaglio di legittimità costituzionale: un monito mancato*).

D'altra parte, a distanza di alcuni anni dalla sua entrata in vigore, l'intervento chiarificatore della Suprema corte insieme alla sperimentazione degli operatori hanno cercato di appianare alcuni dubbi interpretativi cui ha dato vita l'applicazione della norma.

Riguardo al contenuto del ricorso introduttivo dell'accertamento preventivo nulla dispone l'art. art. 445 *bis* c.p.c.

Premesso che oggetto dell'accertamento è la verifica preventiva dei requisiti sanitari necessari al conseguimento della pretesa assistenziale e previdenziale, deve ritenersi senz'altro necessaria, ai fini della valutazione della sussistenza dell'interesse ad agire, l'indicazione del diritto al cui riconoscimento è preordinato l'accertamento preventivo (v., per ulteriori

indicazioni, F. Cossignani, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445 bis c.p.c.*, cit., 635 s.; L.S. Gentile, *In attesa dell'art. 445 bis c.p.c.: una cognizione trifasica per sfoltire il contenzioso previdenziale in materia di invalidità?*, cit., 21, nonché *Prime indicazioni sull'accertamento tecnico preventivo* del Tribunale di Lecce, 6 dicembre 2011, reperibile su www.ordineavvocatilecce.it).

Una criticità attiene al profilo dell'oggetto della cognizione del giudice adito in sede di accertamento preventivo, rispetto al quale si fronteggiano due opinioni contrastanti. Da un lato, l'orientamento più rigido ritiene che rientri nella valutazione giudiziale unicamente la sussistenza del requisito sanitario, essendo preclusa al giudice ogni verifica degli ulteriori requisiti socio-economici richiesti dalla legge per il conseguimento della pretesa, con la conseguenza che il giudice deve disporre la consulenza medico-legale anche se risultino ostacoli pregiudiziali o preliminari che precludono il diritto alla prestazione richiesta (Cass. 17 marzo 2014, n. 6085, *Foro it.*, 2014, I, 1499, con note critiche di S.L. Gentile, *Accertamento tecnico preventivo previdenziale, consulenze mediche inutili, spese superflue a carico dell'erario: è compito del giudice impedire l'abuso del procedimento*, e P. Morabito, *La Cassazione e l'accertamento tecnico preventivo in materia previdenziale: un arresto criticabile*); dall'altro lato, si attribuisce, invece, al giudice il dovere di compiere una serie di verifiche preliminari dei presupposti processuali della domanda nonché «una valutazione *prima facie*» degli altri requisiti diversi da quello sanitario costitutivi della prestazione che si vuole ottenere, sanzionate, in caso di esito negativo, con l'inammissibilità della domanda (Cass. 27 aprile 2015, n. 8533, *id.*, 2015, I, 2342, con nota di S.L. Gentile, *Altri tasselli e punti fermi nel mosaico dell'accertamento tecnico preventivo (Atp) previdenziale*).

Un'altra questione irrisolta investe l'oggetto dell'eventuale giudizio di merito, ex art. 445 bis, 6° comma, c.p.c., introdotto successivamente alla contestazione della consulenza tecnica, vale a dire, se l'oggetto si identifichi con quello dedotto in sede di accertamento preventivo ovvero se riguardi totalmente il diritto alla prestazione previdenziale o assistenziale. Le sporadiche indicazioni sul tema propendono per la prima alternativa, per cui nel giudizio di merito si realizza un «trascinamento» ed una esplicitazione dei motivi di dissenso manifestati dalla parte dissenziente (cfr. Cass. 17 marzo 2014, n. 6085 cit.; S.L. Gentile, *La controversia sul requisito sanitario come seconda fase eventuale dell'accertamento tecnico preventivo (Atp) in materia di invalidità*, cit., 3897).

Infine, il regime dei provvedimenti conclusivi del procedimento di accertamento preventivo (decreto di omologa in assenza di contestazione) e del successivo giudizio di merito (la sentenza che definisce il giudizio) ne esclude l'impugnabilità. Ciò posto, la Corte di cassazione se ha escluso l'ammissibilità del ricorso ex art. 111 Cost. avverso il decreto di omologa, dal momento che non può essere concesso il predetto rimedio impugnatorio «alla parte che, nel momento anteriore all'emissione del decreto di omologa, quando le era consentito di farlo, non ha mosso contestazioni alla possibilità di procedervi» (v. Cass. 4 maggio 2015, n. 8878, *id.*, 2015, I, 2342, con nota citata di S.L. Gentile); tuttavia, ha ammesso la ricorribilità in via ordinaria ai sensi dell'art. 360, 1° comma, c.p.c. (e non l'impugnabilità ai sensi dell'art. 111 Cost.) della sentenza conclusiva del giudizio, trattandosi di sentenza resa in un unico grado, in

quanto inappellabile (Cass. 15 giugno 2015, n. 12332, cit.).

Procedimenti di cognizione e ADR

Nullità contrattuale e poteri del giudice: il giudice può «sostituire» d'ufficio la nullità dedotta dalla parte

di Nicoletta Minafra

[Cass. civ., sez. I, 26 luglio 2016, n. 15408](#)

Eccezione – nullità del contratto – Rilievo d'ufficio – Domanda autodeterminata (Cod. civ. 1421, 2909; Cod. proc. civ. 34, 112, 183)

[1] Il giudice davanti al quale sia stata dedotta (o eccepita) una nullità contrattuale, deve rilevare d'ufficio l'esistenza di cause di nullità diverse da quelle prospettate dalla parte ove ciò risulti dagli atti perché l'accertamento della nullità afferisce a un diritto autodeterminato e ciò comporta che un eventuale profilo diverso di nullità, indipendentemente dalla sua specifica deduzione, deve poter essere comunque esaminato. Pertanto, non sussiste la possibilità di decadere dalla eccezione per aver prospettato nuovi profili di nullità relativi alla stessa clausola contrattuale.

CASO

[1] Con il primo e il secondo motivo, il ricorrente in Cassazione impugna la decisione con la quale la Corte d'Appello, confermando la decisione del Tribunale, ha accolto l'eccezione di decadenza proposta dalla controparte, conseguente alla modifica delle originarie domande (compiuta in sede di riassunzione della causa dopo il mutamento di rito), considerando, in particolare, tardiva la deduzione di nuovi profili di nullità della clausola contrattuale del regolamento del prestito obbligazionario oggetto della controversia.

SOLUZIONE

[1] Con la decisione in commento, la Corte dichiara fondate le summenzionate doglianze chiarendo che il ricorrente aveva già eccepito la nullità della clausola in questione nei precedenti atti del giudizio. Non è, quindi, possibile decadere dalla relativa eccezione per aver proposto nuovi profili di nullità relativi alla medesima clausola contrattuale, alla luce dell'orientamento affermatosi con la sentenza delle sez. un. del 2014, n. 26242, secondo il quale il giudice ha l'obbligo di rilevare d'ufficio l'eventuale esistenza di cause di nullità diverse da quelle già dedotte dalle parti, poiché «l'accertamento della nullità afferisce a un diritto autodeterminato».

QUESTIONI

[1] Le su menzionate sezioni unite hanno chiarito che «il giudice, innanzi al quale sia proposta una domanda di accertamento della nullità negoziale, può rilevare *ex officio* l'esistenza di una qualsiasi causa di nullità, ancorché diversa da quella originariamente dedotta dalla parte con la domanda introduttiva» (Cass. sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, su cui v. anche in questo Notiziario, il Focus [Nullità del contratto e rilevabilità d'ufficio](#), a cura di D. Turroni).

La decisione appena citata ha superato il precedente principio di diritto enunciato nel 2012, che aveva affermato il potere del giudice di rilevare d'ufficio delle nullità del contratto, tranne quelle soggette a regime speciale (Cass. sez. un., 4 settembre 2012). Soprattutto ha chiarito che nelle azioni di impugnativa negoziale l'oggetto del giudizio non è il singolo diritto potestativo ma il negozio e il rapporto giuridico da questo prodotto, ovvero sia le situazioni soggettive sostanziali che sono originate dal contratto. Di talché, il giudice non deve decidere sulla singola pretesa modificativa ma sulla esistenza o inesistenza dell'intero vincolo contrattuale in esame. Inoltre, il vincolo derivante dalla decisione sulla validità/nullità del contratto, anche quando difetti della domanda di parte, «non si limiterà ai soli segmenti del rapporto sostanziale dedotto in giudizio in tempi diversi, ma si estenderà a tutti i successivi processi in cui si discuta di diritti scaturenti dal contratto dichiarato nullo». (v. M. Bove, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, 2015).

La Corte ha precisato, inoltre, che in tanto il giudice può decidere in ordine all'annullamento, risoluzione o rescissione di un contratto in quanto questo sia pienamente valido e produttivo di effetti *ab origine*, quindi non nullo. Ne deriva il potere-dovere dell'organo giudicante di rilevare d'ufficio la questione di nullità e di deciderla con efficacia di giudicato, senza di incorrere nel vizio di ultrapetizione, poiché tale questione è già immanente all'oggetto originario della domanda.

La Suprema Corte si è spinta poi ad affermare che l'azione di nullità non si identifica con il singolo motivo fatto valere dall'attore, perché si tratta di una domanda autodeterminata: come tale è individuata dal *petitum*, mentre il mutamento della *causa petendi* (qui consistenti nel far valere nuove ragioni di nullità) non vale a mutarne i connotati essenziali. Per tale ragione il giudice non ha solo il potere di rilevare d'ufficio le questioni di nullità, anche quando la domanda originariamente proposta si sostanzia in una impugnativa negoziale diversa, ma può, altresì, rilevare cause di nullità differenti rispetto a quelle dedotte dalla parte interessata – a patto che sia possibile desumerne l'esistenza da risultanze degli atti di causa.. Di conseguenza, la parte può valorizzare in corso di causa un diverso motivo di nullità, senza incorrere nel divieto di *mutatio libelli* (S. Menchini, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, 2015).

Diritto Bancario

Strumenti derivati e responsabilità dell'intermediario

di **Fabio Fiorucci**

La responsabilità del datore di lavoro per fatto del dipendente è prevista sia in sede contrattuale (art. 1228 c.c.) che in sede extracontrattuale (art. 2049 c.c.). A parte la diversa natura della responsabilità, entrambe le norme prevedono che colui che si avvale dell'opera di altri ne risponde, purché sussista – secondo quanto elaborato dalla giurisprudenza – il c.d. nesso di occasionalità necessaria, il quale si attegga quale nesso causale tra l'esercizio delle incombenze dell'ausiliario e il danno.

La disciplina si fonda sul fatto che l'agire del dipendente è uno degli strumenti dei quali l'intermediario si avvale nell'organizzazione della propria impresa, traendone benefici ai quali è ragionevole far corrispondere i rischi e sull'esigenza di offrire una adeguata garanzia all'investitore.

Si tratta dunque di una responsabilità che è espressione di un criterio di allocazione di rischi, per il quale i danni cagionati dal dipendente sono posti a carico dell'impresa bancaria, come componente dei costi di questa. In particolare, la responsabilità della banca nei confronti del cliente per il fatto del suo dipendente si inquadra nell'art. 1228 c.c., atteso il contratto che si instaura tra i medesimi.

La Corte di cassazione ha più volte affermato (da ultimo, Cass. 7 settembre 2016, n. 17681, cui si riferiscono le presenti note) che il nesso di occasionalità necessaria si riscontra ogni qual volta il fatto lesivo sia stato prodotto, o quanto meno agevolato, da un comportamento riconducibile allo svolgimento dell'attività lavorativa, anche se il dipendente abbia operato oltrepassando i limiti delle proprie mansioni o abbia agito all'insaputa del datore di lavoro (Cass. 6 marzo 2008, n. 6033; Cass. 17 maggio 2001, n. 6756).

Il nesso in questione è suscettibile di essere interrotto da alcune evenienze concrete: ad es., in presenza di elementi presuntivi, quali il numero o la ripetizione delle operazioni poste in essere con modalità irregolari, il valore complessivo delle operazioni, l'esperienza acquisita nell'investimento di prodotti finanziari, la conoscenza del complesso iter funzionale alla sottoscrizione di programmi di investimento e le complessive condizioni culturali e socio-economiche (Cass. 24 marzo 2011, n. 6829); o allorché l'investitore aveva intenzionalmente comunicato al promotore i codici di accesso al proprio conto corrente (Cass. 4 marzo 2014, n. 5020) o il consulente finanziario operava in borsa per conto dei propri clienti senza alcun vincolo di mandato (Cass. 13 dicembre 2013, n. 27925) o, ancora, per l'esistenza di un separato mandato conferito dall'investitore al promotore, con rapporto diretto ed esclusivo tra clienti ed il promotore medesimo (Cass. 10 novembre 2015, n. 22956).

La situazione predetta in capo all'investitore può essere provata con ogni mezzo, ivi comprese le presunzioni.

Impugnazioni

Inammissibilità del ricorso per Cassazione ex art. 360 bis n. 1 c.p.c.: questione nuovamente rimessa alle Sezioni Unite

di **Giorgia Vulpiani**

[Cass., Sez. VI, 26 luglio 2016, n. 15513](#)

Impugnazioni civili – Ricorso per Cassazione – Inammissibilità del ricorso – Manifesta infondatezza del ricorso – Dichiarazione di inammissibilità o rigetto nel merito – Rimessione alle Sezioni Unite

(Cod. proc. civ., art. 360 *bis*)

[1] *Sono rimessi gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite al fine di riesaminare il principio di diritto secondo cui il ricorso scrutinato ai sensi dell'art. 360 bis n. 1 c.p.c. deve essere rigettato per manifesta infondatezza e non dichiarato inammissibile.*

CASO

[1] Tizio, promissario acquirente di un fondo agricolo, conveniva in giudizio i promissari venditori al fine di sentir dichiarare l'acquisto della proprietà del fondo per usucapione speciale, avendo egli posseduto il fondo *uti dominus* fin dalla stipula del preliminare.

Resisteva uno dei convenuti deducendo la risoluzione del preliminare per impossibilità sopravvenuta, l'insussistenza dei presupposti dell'acquisto per usucapione e proponendo, in via riconvenzionale, domande di arricchimento senza causa e di risarcimento del danno. Il Tribunale dichiarava inammissibile la domanda attorea e rigettava le riconvenzionali. L'attore proponeva appello che veniva rigettato nel merito in quanto, secondo il consolidato orientamento della Cassazione, la relazione con la cosa del promissario acquirente è qualificabile esclusivamente come detenzione qualificata e non come possesso utile *ad usucapionem*. Avverso tale sentenza Tizio proponeva ricorso per Cassazione.

SOLUZIONE

[1] La Corte rileva che, da un lato, la sentenza impugnata è conforme alla giurisprudenza della Cassazione e, dall'altro, il ricorrente non ha offerto argomenti per mutare l'indirizzo giurisprudenziale. Il Collegio ritiene, pertanto, che il ricorso sia da dichiarare inammissibile ex art. 360 *bis* n. 1 c.p.c., pur trovando tale declaratoria ostacolo nel principio di diritto enunciato dall'ordinanza delle Sezioni Unite 19051/2010, secondo cui il ricorso scrutinato ai sensi

dell'art. 360 *bis* n. 1 c.p.c. deve essere rigettato per manifesta infondatezza e non dichiarato inammissibile.

La Sez. VI rimette, dunque, gli atti al Primo Presidente *ex art.* 374, co. 2 e 3, c.p.c. per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite al fine di riesaminare la questione.

QUESTIONI

[1] Sull'interpretazione dell'art. 360 *bis* c.p.c., introdotto con l. 18 giugno 2009 n. 69, le Sezioni Unite sono già intervenute con l'ordinanza 6 settembre 2010 n. 19051 (seguita poi da Cass., sez. un., 19 aprile 2011 n. 8923; Cass., sez. un., 16 aprile 2012 n. 5941; Cass., sez. I, 18 marzo 2016, n. 5442) statuendo che «*il ricorso scrutinato ai sensi dell'art. 360 bis n. 1 deve essere rigettato per manifesta infondatezza e non dichiarato inammissibile, se la sentenza impugnata si presenta conforme alla giurisprudenza di legittimità e non vengono prospettati argomenti per modificarla, posto che, anche in mancanza, nel ricorso, di elementi idonei a superare la ragione di diritto cui si è attenuto il giudice del merito, il ricorso potrebbe trovare accoglimento ove, al momento della decisione della Corte, con riguardo alla quale deve essere verificata la corrispondenza tra la decisione impugnata e la giurisprudenza di legittimità, la prima risultasse non più conforme alla seconda nel frattempo mutata*». Secondo le Sezioni Unite, dunque, il giudizio di manifesta infondatezza deve essere formulato avendo riguardo allo stato della giurisprudenza della Corte al momento della decisione sul ricorso e non al momento della decisione di merito o al momento in cui il ricorso è proposto. Pertanto, la Corte dovrebbe in ogni caso esaminare nel merito il ricorso. Al contrario, l'inammissibilità non riguarderebbe il fondamento dei motivi di ricorso, bensì fattori esterni a tale fondamento (ad es. legittimazione della parte e del difensore, impugnabilità del provvedimento, difetto di conformità dei motivi di ricorso all'art. 360).

L'ordinanza in commento si discosta da tale interpretazione delle Sezioni Unite.

In particolare la Sez. VI non condivide l'assunto secondo cui l'inammissibilità dell'impugnazione potrebbe configurarsi solo con riguardo ad ostacoli di natura strettamente processuale e mai con riguardo alla fondatezza delle censure. A tal proposito richiama altre figure di inammissibilità, previste dall'ordinamento, che guardano al merito dell'impugnazione (art. 606, co. 3, c.p.p.; inammissibilità per manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale; art. 348 *bis* c.p.c.).

Inoltre, dall'analisi testuale dell'art. 360 *bis* n. 1 c.p.c. e dalla sua collocazione nel codice si ricaverebbe che la norma ha lo scopo di integrare l'art. 360 c.p.c., dettando una prescrizione relativa alle modalità di formulazione e al contenuto del motivo di ricorso.

Dunque, l'inammissibilità di cui all'art. 360 *bis* n. 1 c.p.c., riguardando il contenuto-forma dell'atto-ricorso, sarebbe di natura processuale: «*essa è conseguenza del mancato adempimento, da parte del ricorrente, dell'onere di formulare i motivi secondo le modalità prescritte dall'art. 360 bis n. 1 c.p.c. Si tratta di una figura di inammissibilità che – diversamente da quanto hanno ritenuto*

le Sezioni unite – prescinde dall'esame nel merito del ricorso e riguarda, invece, il profilo pregiudiziale della decidibilità nel merito del mezzo di impugnazione».

Inoltre, a tale interpretazione, contrariamente a quanto ritenuto dalle Sezioni Unite, non osterebbe l'eventualità che la giurisprudenza possa mutare nel corso del tempo, in quanto presupposto implicito dell'inammissibilità ex art. 360 bis n. 1 c.p.c. sarebbe la permanenza nel tempo della giurisprudenza applicata dal giudice del merito. Con la conseguenza che, ove questa venga *medio tempore* a mutare, non sarà più applicabile la fattispecie di cui all'art. 360 bis n. 1 c.p.c.

L'inammissibilità ex art. 360 bis c.p.c., secondo l'ordinanza in commento, ha natura strettamente processuale, quale sanzione per la violazione dei precetti relativi al contenuto-forma dell'atto-ricorso, rientrando così nella previsione di cui all'art. 375, n. 1, c.p.c.

Negare tale carattere processuale significherebbe svuotare la fattispecie normativa del suo contenuto precettivo e ripudiare il rafforzamento della funzione nomofilattica della Corte suprema, attuata tramite il pur timido ricorso al principio dello *stare decisis*, ragione ispiratrice dell'art. 360 bis c.p.c.

In contrasto con l'orientamento delle Sezioni Unite si è espressa anche Cass., sez. V, 18 novembre 2015 n. 23586 (seguita da Cass., Sez. I, 4 maggio 2016, n. 8804) secondo cui: *«l'attuale disciplina dell'art. 360 bis n. 1 c.p.c. si mantiene nel solco del filtro di accesso alla corte, come ribadito da Sez. un. 19051-10 sebbene nell'ambito di una decisione – assunta ai sensi dell'art. 363 c.p.c.- di rigetto nel merito del ricorso ivi proposto; un consimile esito tuttavia non può seguirsi in quanto motivato con certo qual grado di contraddizione logica rispetto alla riferita premessa, dal momento che il rigetto suppone una valutazione di pieno merito, e dal momento che non può esistere, invece, un filtro di merito. Se la corte fosse pur sempre costretta a rigettare il ricorso per motivi di merito, vano sarebbe discorrere di filtro di accesso al giudizio di legittimità [...] La categoria generale richiamata nella rubrica dell'art. 360-bis evoca un presupposto processuale (l'inammissibilità), a petto della valutazione del quale interessa l'argomentazione del ricorrente rispetto alla situazione presa a parametro. Nella fisionomia che governa la disposizione assume rilevanza il parametro rinveniente al momento in cui il ricorso è presentato, quale unità di misura di quell'onere argomentativo alla cui inosservanza consegue, dunque, l'inammissibilità».*

Rilevato, pertanto, il contrasto giurisprudenziale risulta opportuno un riesame della questione da parte delle Sezioni Unite.

In dottrina, si vedano, tra gli altri: Carratta, *L'art. 360 bis c.p.c. e la nomofilachia «creativa» dei giudici di cassazione*, 2011? Consolo, *Dal filtro in cassazione ad un temperato stare decisis: la prima ordinanza sull'art. 360 bis*, 2010? Luiso, *La prima pronuncia della cassazione sul c.d. filtro (art. 360 bis c.p.c.)*, 2010? Poli, *Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione*, 2010.

Procedimenti cautelari e monitori, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

Mediazione volontaria, mancata cooperazione e risarcimento del maggior danno

di Giacinto Parisi

[Trib. Milano, Sez. XI, 21 luglio 2016, n. 9205](#)

Mediazione volontaria – Mancata cooperazione – Soccombenza nel giudizio successivamente instaurato – InerENZA delle spese della mediazione al recupero del credito – Risarcimento del maggior danno – Sussiste (Cod. civ., art. 1218, 1224, comma 2; d.leg. 4 marzo 2010, n. 28, art. 2)

[1] *La mancanza di cooperazione nella procedura di mediazione volontaria, preventivamente esperita dal creditore al fine di evitare l'instaurazione della causa, comporta la condanna del debitore soccombente al pagamento delle spese della mediazione a titolo di maggior danno.*

CASO

[1] Prima di instaurare un giudizio per il pagamento dei corrispettivi dovuti in virtù di un contratto di somministrazione, «allo scopo di non gravare il Condominio di troppe spese di contenzioso», la parte creditrice aveva promosso una procedura di mediazione volontaria, la quale, tuttavia, non aveva sortito esito positivo, in ragione della mancata adesione del condominio debitore al tentativo di conciliazione.

Con la proposizione della domanda giudiziale, la creditrice aveva, quindi, chiesto al Tribunale di condannare il condominio anche al pagamento del maggior danno subito a causa dell'infruttuoso esperimento della procedura di mediazione.

SOLUZIONE

[1] Il Tribunale di Milano ha accolto la domanda promossa dalla creditrice sul presupposto che, pur non rientrando la controversia in questione tra quelle per cui è previsto l'obbligatorio esperimento del tentativo di mediazione ai sensi dell'art. 5, comma 1° *bis*, d.leg. 28/2010, la procedura avviata volontariamente dalla creditrice «era tuttavia maxime opportuna» in quanto il suo esito positivo avrebbe consentito ad ambo le parti di evitare i costi e i tempi del giudizio, contribuendo altresì al deflazionamento del carico giudiziario dell'Ufficio.

Pertanto, in applicazione del suesposto principio, il Tribunale ha ritenuto che gli esborsi sostenuti dalla creditrice per la preventiva instaurazione della procedura di mediazione,

essendo causalmente inerenti al recupero del credito vantato, dovessero essere posti a carico del condominio, debitore soccombente, a titolo di maggior danno, ex art. 1218 e 1224, comma 2°, c.c.

QUESTIONI

[1] La sentenza in epigrafe merita di essere segnalata poiché affronta per la prima volta – a quanto consta dai precedenti editi – la questione della condanna della parte soccombente nel giudizio al pagamento delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'avvio di una procedura di mediazione *volontaria*.

Occorre a tale proposito osservare che tale principio si è già attestato in giurisprudenza relativamente alle controversie rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 5, comma 1° *bis* (già comma 1°), d.leg. 28/2010, per le quali si ritiene che «stante la riconducibilità eziologica del procedimento di composizione della lite all'inadempimento del convenuto, in forza del principio di causalità le spese sostenute per l'obbligatoria mediazione sono recuperabili dal vincitore, in quanto esborsi (art. 91 c.p.c.)» (Trib. Modena 9 marzo 2012; in dottrina, M.A. Lupoi, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, 2012).

Invece, secondo attenta dottrina, le spese sostenute per l'avvio di una procedura di mediazione volontaria (ossia, non imposta dalla legge quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale) dalla parte vincitrice non possono essere poi addebitate in capo alla parte risultata soccombente all'esito del giudizio, in quanto non necessarie (e, dunque, non causalmente connesse) ai fini dell'introduzione della domanda giudiziale: in tale ipotesi, infatti, la parte istante assume consapevolmente l'*alea*, anche dal punto di vista degli oneri di procedura, di un esito negativo del tentativo di conciliazione (in tal senso, V. Amendolagine, *Spese di mediazione sempre a carico dell'attore quando il convenuto è contumace*, 2016; E. Guidoni, *Quale sorte per le spese di mediazione nel giudizio: breve riflessione sull'art. 13 D.Lgs. n. 28/2010*, 2012, § 3; in senso parzialmente difforme, A. Cerchia, *Nota in tema di ripetibilità delle spese di mediazione*, 2013).

La sentenza in commento, affermando per la prima volta un principio contrastante con l'orientamento attestatosi in dottrina, inquadra la questione sotto il profilo della liquidazione del maggior danno ex art. 1224, comma 2°, c.c. e, ai fini di dimostrare la sussistenza di un nesso causale tra gli esborsi sostenuti dalla creditrice per l'avvio della procedura di mediazione e l'inadempimento del debitore, in modo da motivare la condanna alle spese di quest'ultimo, sostiene che «la procedura di mediazione ... benché non obbligatoria per legge ... era tuttavia maxime opportuna, in quanto, in caso di espletamento con successo, avrebbe consentito ad ambo le parti, incluso lo stesso debitore, di evitare i costi ed i tempi del presente giudizio».

Tale statuizione, soprattutto considerata nella sua sostanziale apoditticità, appare problematica: infatti, portandola alle estreme conseguenze, si dovrebbe concludere nel senso che, a fronte della proposizione di una espressa domanda sul punto, il convenuto soccombente

sia sempre tenuto a risarcire all'attore le spese che quest'ultimo ha sostenuto per l'instaurazione della procedura di mediazione (ancorché facoltativa), venendosi dunque a determinare una sorta di responsabilità oggettiva non normativamente prevista.

Procedimenti cautelari e monitori, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

Mediazione volontaria, mancata cooperazione e risarcimento del maggior danno

di Giacinto Parisi

[Trib. Milano, Sez. XI, 21 luglio 2016, n. 9205](#)

Mediazione volontaria – Mancata cooperazione – Soccombenza nel giudizio successivamente instaurato – InerENZA delle spese della mediazione al recupero del credito – Risarcimento del maggior danno – Sussiste (Cod. civ., art. 1218, 1224, comma 2; d.leg. 4 marzo 2010, n. 28, art. 2)

[1] *La mancanza di cooperazione nella procedura di mediazione volontaria, preventivamente esperita dal creditore al fine di evitare l'instaurazione della causa, comporta la condanna del debitore soccombente al pagamento delle spese della mediazione a titolo di maggior danno.*

CASO

[1] Prima di instaurare un giudizio per il pagamento dei corrispettivi dovuti in virtù di un contratto di somministrazione, «allo scopo di non gravare il Condominio di troppe spese di contenzioso», la parte creditrice aveva promosso una procedura di mediazione volontaria, la quale, tuttavia, non aveva sortito esito positivo, in ragione della mancata adesione del condominio debitore al tentativo di conciliazione.

Con la proposizione della domanda giudiziale, la creditrice aveva, quindi, chiesto al Tribunale di condannare il condominio anche al pagamento del maggior danno subito a causa dell'infruttuoso esperimento della procedura di mediazione.

SOLUZIONE

[1] Il Tribunale di Milano ha accolto la domanda promossa dalla creditrice sul presupposto che, pur non rientrando la controversia in questione tra quelle per cui è previsto l'obbligatorio esperimento del tentativo di mediazione ai sensi dell'art. 5, comma 1° *bis*, d.leg. 28/2010, la procedura avviata volontariamente dalla creditrice «era tuttavia maxime opportuna» in quanto il suo esito positivo avrebbe consentito ad ambo le parti di evitare i costi e i tempi del giudizio, contribuendo altresì al deflazionamento del carico giudiziario dell'Ufficio.

Pertanto, in applicazione del suesposto principio, il Tribunale ha ritenuto che gli esborsi sostenuti dalla creditrice per la preventiva instaurazione della procedura di mediazione,

essendo causalmente inerenti al recupero del credito vantato, dovessero essere posti a carico del condominio, debitore soccombente, a titolo di maggior danno, ex art. 1218 e 1224, comma 2°, c.c.

QUESTIONI

[1] La sentenza in epigrafe merita di essere segnalata poiché affronta per la prima volta – a quanto consta dai precedenti editi – la questione della condanna della parte soccombente nel giudizio al pagamento delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'avvio di una procedura di mediazione *volontaria*.

Occorre a tale proposito osservare che tale principio si è già attestato in giurisprudenza relativamente alle controversie rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 5, comma 1° *bis* (già comma 1°), d.leg. 28/2010, per le quali si ritiene che «stante la riconducibilità eziologica del procedimento di composizione della lite all'inadempimento del convenuto, in forza del principio di causalità le spese sostenute per l'obbligatoria mediazione sono recuperabili dal vincitore, in quanto esborsi (art. 91 c.p.c.)» (Trib. Modena 9 marzo 2012; in dottrina, M.A. Lupoi, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, 2012).

Invece, secondo attenta dottrina, le spese sostenute per l'avvio di una procedura di mediazione volontaria (ossia, non imposta dalla legge quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale) dalla parte vincitrice non possono essere poi addebitate in capo alla parte risultata soccombente all'esito del giudizio, in quanto non necessarie (e, dunque, non causalmente connesse) ai fini dell'introduzione della domanda giudiziale: in tale ipotesi, infatti, la parte istante assume consapevolmente l'*alea*, anche dal punto di vista degli oneri di procedura, di un esito negativo del tentativo di conciliazione (in tal senso, V. Amendolagine, *Spese di mediazione sempre a carico dell'attore quando il convenuto è contumace*, 2016; E. Guidoni, *Quale sorte per le spese di mediazione nel giudizio: breve riflessione sull'art. 13 D.Lgs. n. 28/2010*, 2012, § 3; in senso parzialmente difforme, A. Cerchia, *Nota in tema di ripetibilità delle spese di mediazione*, 2013).

La sentenza in commento, affermando per la prima volta un principio contrastante con l'orientamento attestatosi in dottrina, inquadra la questione sotto il profilo della liquidazione del maggior danno ex art. 1224, comma 2°, c.c. e, ai fini di dimostrare la sussistenza di un nesso causale tra gli esborsi sostenuti dalla creditrice per l'avvio della procedura di mediazione e l'inadempimento del debitore, in modo da motivare la condanna alle spese di quest'ultimo, sostiene che «la procedura di mediazione ... benché non obbligatoria per legge ... era tuttavia maxime opportuna, in quanto, in caso di espletamento con successo, avrebbe consentito ad ambo le parti, incluso lo stesso debitore, di evitare i costi ed i tempi del presente giudizio».

Tale statuizione, soprattutto considerata nella sua sostanziale apoditticità, appare problematica: infatti, portandola alle estreme conseguenze, si dovrebbe concludere nel senso che, a fronte della proposizione di una espressa domanda sul punto, il convenuto soccombente

sia sempre tenuto a risarcire all'attore le spese che quest'ultimo ha sostenuto per l'instaurazione della procedura di mediazione (ancorché facoltativa), venendosi dunque a determinare una sorta di responsabilità oggettiva non normativamente prevista.

Esecuzione forzata, ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORDATE

Obbligazioni contratte dall'amministratore giudiziario nel procedimento per misure di prevenzione: quale tutela per i creditori?

di Salvatore Ziino

[Tribunale di Reggio Calabria; ordinanza 7 luglio 2015 dott.ssa Drago](#)

[1] Misure di prevenzione patrimoniali – obbligazioni contratte dall'amministratore giudiziario – azione esecutiva del creditore sui beni oggetto di sequestro – ammissibilità.

(Cod. civ., art. 2910; d.leg. 6 settembre 2011, n. 159, Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, art. 30, 45, 55, 56).

[1] *Il divieto di azioni esecutive sui beni oggetto di sequestro per misure di prevenzione non trova applicazione nel caso di debiti contratti dall'amministratore giudiziario per l'esercizio dell'impresa.*

CASO

[1] Un amministratore giudiziario prosegue l'esercizio dell'impresa oggetto di sequestro per misure di prevenzione, ma non paga i canoni di locazione di un immobile.

Il locatore ottiene un decreto ingiuntivo esecutivo e notifica il titolo unitamente all'atto di precetto.

L'amministratore giudiziario propone opposizione a precetto.

Il Tribunale di Reggio Calabria, con decreto *inaudita altera parte* del 24 aprile 2015, sospende l'efficacia esecutiva del titolo ai sensi dell'art. 615, primo comma c.p.c.,

Con successiva ordinanza, depositata il 7 luglio 2015, che si annota, il Tribunale revoca il decreto con cui aveva sospeso l'efficacia esecutiva del titolo, motivando che il creditore può agire esecutivamente sui beni oggetto di sequestro per misure di prevenzione, se si tratta di crediti contratti dall'Amministratore Giudiziario

SOLUZIONE

[1] Il Tribunale di Reggio Calabria, nell'ordinanza in esame, affronta il tema relativo al diritto del creditore di aggredire i beni oggetto di sequestro per misure di prevenzione e distingue

due categorie di crediti: i crediti sorti prima del sequestro e quelli sorti nel periodo successivo.

Secondo il Tribunale, il divieto di azioni esecutive sui beni sequestrati, stabilito dall'art. 55 del d.leg. 6 settembre 2011, n. 159, Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, trova applicazione soltanto per i crediti anteriori all'adozione della misura di prevenzione.

Per questi ultimi, infatti, vi è la necessità di accertare la buona fede dei creditori nelle forme stabilite dagli artt. 58 ss. dello stesso Codice.

Per quanto riguarda le obbligazioni contratte dall'amministratore giudiziario, il Tribunale osserva che il creditore non deve chiedere la verifica dei propri crediti e che, ai sensi dell'art. 54 del Codice delle leggi antimafia, l'amministratore giudiziario deve pagare i crediti prededucibili mediante prelievo sulle somme disponibili.

Il Tribunale esclude che l'amministratore giudiziario possa procrastinare *ad libitum* l'adempimento delle obbligazioni da lui contratte e, laddove l'attivo sia insufficiente per proseguire l'attività, l'amministratore deve attivarsi per mettere in liquidazione l'impresa.

Nella motivazione del provvedimento in esame, vengono pure in rilievo le esigenze di tutele dei complessi produttivi e dei livelli occupazionali.

In particolare, il divieto di azioni esecutive per la soddisfazione dei crediti contratti dall'amministratore giudiziario, lascerebbe i creditori nella assoluta incertezza sulla possibilità di soddisfare i propri crediti.

Pertanto i fornitori ed i lavoratori sarebbero indotti ad interrompere ogni rapporto con la azienda, che sarebbe destinata a chiudere.

In forza di tutte queste considerazioni, il Tribunale di Reggio Calabria privilegia la tutela del creditore, il cui credito sia sorto dopo l'esecuzione del sequestro, riconoscendo il diritto di procedere esecutivamente sui beni oggetto della misura di prevenzione.

QUESTIONI

[1] Il tema della tutela dei creditori nel procedimento per misure di prevenzione forma oggetto di un acceso dibattito.

Il Codice delle leggi antimafia ha introdotto un procedimento di verifica dei crediti e, nel contempo, ha sancito espressamente il divieto di azioni esecutive sui beni sequestrati.

Ha pure stabilito che la confisca comporta la acquisizione dei beni al patrimonio dello Stato "*liberi da oneri e pesi*" (cfr. art. 45, d.leg. n. 159 del 2011; sull'argomento v. Trisorio Liuzzi, *Misure di prevenzione patrimoniali e tutela dei terzi in buona fede*, in *Giusto proc. civ.*, 2014 pag. 13 ss.; nonché Ziino, *La tutela dei creditori nel caso di confisca quale misura di prevenzione: le*

novità introdotte dalla Legge di stabilità 2013, in Riv. es. forzata, 2013, 251 ss. ed ivi richiami).

Il Codice delle leggi antimafia tuttavia lascia il creditore privo di una tutela effettiva, in quanto non regola né le modalità, né i tempi per il pagamento dei creditori, i quali, anche se ammessi nello stato passivo, si ritrovano ad attendere, spesso *sine die*, le determinazioni dell'amministratore giudiziario ovvero le determinazioni dell'Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

Il Tribunale di Reggio Calabria, nel provvedimento in esame, ha colto in modo lucido e puntuale questa grave lacuna ed ha interpretato le norme vigenti nel rispetto dei principi costituzionali.

In particolare, in mancanza di una disposizione chiara ed esplicita che vieti le azioni esecutive anche nel caso di crediti che sono sorti dopo il sequestro per obbligazioni contratte dall'amministratore giudiziario, lo Stato, che opera attraverso l'amministratore giudiziario, ha il dovere di adempiere le proprie obbligazioni e, in caso di inadempimento, il creditore deve avere il diritto di avvalersi della tutela esecutiva.

L'ordinanza appare conforme alla giurisprudenza coeva della Corte Costituzionale, secondo la quale occorre garantire, almeno ad alcune categorie di creditori, l'accesso alla tutela giurisdizionale anche nel caso in cui il debitore viene assoggettato a misure di prevenzione patrimoniali (v. Corte Cost. 28 maggio 2015, n. 94, in *EClegal* 26 aprile 2016, che ha aperto anche ai lavoratori subordinati la possibilità di presentare istanza per il riconoscimento dei propri crediti nei procedimenti per misure di prevenzione iniziati prima della entrata in vigore del Codice delle leggi antimafia).

La decisione va condivisa anche perché afferma principi fondamentali dello Stato di diritto: lo Stato non può contrarre obbligazioni e poi sottrarsi all'adempimento.

Pure le considerazioni sulle conseguenze dell'inadempimento delle obbligazioni contratte dagli amministratori giudiziari colgono nel segno.

Troppo spesso, infatti, gli amministratori giudiziari "*scelgono*", in modo arbitrario o comunque poco trasparente, quali crediti soddisfare in predeuzione.

Pertanto i fornitori sono sempre più riluttanti ad intrattenere rapporti con le imprese sottoposte a misure di prevenzione; pure gli istituti di credito si ritrovano di fronte ad amministratori giudiziari, che dapprima utilizzano gli affidamenti loro concessi e in un secondo momento rifiutano di rimborsare le somme ricevute.

Questi comportamenti vengono legittimati dalla giurisprudenza, che, purtroppo, è allineata su posizioni ben diverse da quelle espresse dal Tribunale di Reggio Calabria nel provvedimento in esame.

Ed infatti la giurisprudenza è solita ritenere che il divieto di azioni esecutive riguardi tutti i crediti, anche quelli contratti dall'amministratore giudiziario (per tutte, Trib. Palermo, 6 aprile 2016, inedita).

Secondo un indirizzo sostanzialmente unanime, i titolari di crediti che vanno pagati in prededuzione sono esonerati dall'obbligo di presentare domanda per la verifica dei crediti soltanto se si tratta di crediti riconosciuti dall'amministratore giudiziario; essi, in ogni caso, non possono agire esecutivamente sui beni oggetto di sequestro. Al pari di quanto accade nelle procedure fallimentari, il creditore in prededuzione, in mancanza di un pagamento spontaneo, deve attendere il riparto (con la differenza, tuttavia, che nei procedimenti per misure di prevenzione non risulta che si sia mai proceduto ad un riparto, né sono previsti tempi per il riparto).

L'indirizzo dominante della giurisprudenza fa leva pure su esigenze di politica criminale e sulla natura della confisca: se i beni sequestrati sono oggetto acquisiti dallo Stato a titolo originario, gli stessi beni non possono essere soggetto di vendita forzata (e appare evidente che, in una simile incertezza normativa, la prosecuzione delle azioni esecutive comporterebbe gravissimi rischi per gli eventuali aggiudicatari: sul tema v. Farina, *Sulla tutela dei creditori ipotecari e dell'aggiudicatario nell'espropriazione dei beni confiscati*, in *Dir. Fall.*, 2008, II, 493).

In questo stato di cose sembra difficile che la giurisprudenza muti il proprio orientamento senza un intervento della Corte Costituzionale, che riconosca ai creditori in prededuzione la facoltà di agire esecutivamente.

Tuttavia sino ad oggi la giurisprudenza costituzionale è stata sempre troppo prudente e, con la sola eccezione costituita dalla sentenza 28 maggio 2015, n. 94 (che riguardava fattispecie ben circoscritta) ha sempre eluso la delicata materia dei rapporti tra tutela dei creditori e procedimento per misure di prevenzione, dichiarando inammissibili le relative questioni di legittimità costituzionale, in quanto materia che comporta scelte discrezionali, esclusive del legislatore (v. Corte Cost. maggio 1994, n. 190, in *Dir. fall.*, 1994, II, 689, con nota critica di Ragusa Maggiore, *Confisca penale di beni dai mafiosi e tutela dei terzi*; Corte Cost. 24 febbraio 2015, n. 101).

Esecuzione forzata, ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORDATE

Obbligazioni contratte dall'amministratore giudiziario nel procedimento per misure di prevenzione: quale tutela per i creditori?

di Salvatore Ziino

[Tribunale di Reggio Calabria; ordinanza 7 luglio 2015 dott.ssa Drago](#)

[1] Misure di prevenzione patrimoniali – obbligazioni contratte dall'amministratore giudiziario – azione esecutiva del creditore sui beni oggetto di sequestro – ammissibilità.

(Cod. civ., art. 2910; d.leg. 6 settembre 2011, n. 159, Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, art. 30, 45, 55, 56).

[1] *Il divieto di azioni esecutive sui beni oggetto di sequestro per misure di prevenzione non trova applicazione nel caso di debiti contratti dall'amministratore giudiziario per l'esercizio dell'impresa.*

CASO

[1] Un amministratore giudiziario prosegue l'esercizio dell'impresa oggetto di sequestro per misure di prevenzione, ma non paga i canoni di locazione di un immobile.

Il locatore ottiene un decreto ingiuntivo esecutivo e notifica il titolo unitamente all'atto di precetto.

L'amministratore giudiziario propone opposizione a precetto.

Il Tribunale di Reggio Calabria, con decreto *inaudita altera parte* del 24 aprile 2015, sospende l'efficacia esecutiva del titolo ai sensi dell'art. 615, primo comma c.p.c.,

Con successiva ordinanza, depositata il 7 luglio 2015, che si annota, il Tribunale revoca il decreto con cui aveva sospeso l'efficacia esecutiva del titolo, motivando che il creditore può agire esecutivamente sui beni oggetto di sequestro per misure di prevenzione, se si tratta di crediti contratti dall'Amministratore Giudiziario

SOLUZIONE

[1] Il Tribunale di Reggio Calabria, nell'ordinanza in esame, affronta il tema relativo al diritto del creditore di aggredire i beni oggetto di sequestro per misure di prevenzione e distingue

due categorie di crediti: i crediti sorti prima del sequestro e quelli sorti nel periodo successivo.

Secondo il Tribunale, il divieto di azioni esecutive sui beni sequestrati, stabilito dall'art. 55 del d.leg. 6 settembre 2011, n. 159, Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, trova applicazione soltanto per i crediti anteriori all'adozione della misura di prevenzione.

Per questi ultimi, infatti, vi è la necessità di accertare la buona fede dei creditori nelle forme stabilite dagli artt. 58 ss. dello stesso Codice.

Per quanto riguarda le obbligazioni contratte dall'amministratore giudiziario, il Tribunale osserva che il creditore non deve chiedere la verifica dei propri crediti e che, ai sensi dell'art. 54 del Codice delle leggi antimafia, l'amministratore giudiziario deve pagare i crediti prededucibili mediante prelievo sulle somme disponibili.

Il Tribunale esclude che l'amministratore giudiziario possa procrastinare *ad libitum* l'adempimento delle obbligazioni da lui contratte e, laddove l'attivo sia insufficiente per proseguire l'attività, l'amministratore deve attivarsi per mettere in liquidazione l'impresa.

Nella motivazione del provvedimento in esame, vengono pure in rilievo le esigenze di tutele dei complessi produttivi e dei livelli occupazionali.

In particolare, il divieto di azioni esecutive per la soddisfazione dei crediti contratti dall'amministratore giudiziario, lascerebbe i creditori nella assoluta incertezza sulla possibilità di soddisfare i propri crediti.

Pertanto i fornitori ed i lavoratori sarebbero indotti ad interrompere ogni rapporto con la azienda, che sarebbe destinata a chiudere.

In forza di tutte queste considerazioni, il Tribunale di Reggio Calabria privilegia la tutela del creditore, il cui credito sia sorto dopo l'esecuzione del sequestro, riconoscendo il diritto di procedere esecutivamente sui beni oggetto della misura di prevenzione.

QUESTIONI

[1] Il tema della tutela dei creditori nel procedimento per misure di prevenzione forma oggetto di un acceso dibattito.

Il Codice delle leggi antimafia ha introdotto un procedimento di verifica dei crediti e, nel contempo, ha sancito espressamente il divieto di azioni esecutive sui beni sequestrati.

Ha pure stabilito che la confisca comporta la acquisizione dei beni al patrimonio dello Stato "*liberi da oneri e pesi*" (cfr. art. 45, d.leg. n. 159 del 2011; sull'argomento v. Trisorio Liuzzi, *Misure di prevenzione patrimoniali e tutela dei terzi in buona fede*, in *Giusto proc. civ.*, 2014 pag. 13 ss.; nonché Ziino, *La tutela dei creditori nel caso di confisca quale misura di prevenzione: le*

novità introdotte dalla Legge di stabilità 2013, in Riv. es. forzata, 2013, 251 ss. ed ivi richiami).

Il Codice delle leggi antimafia tuttavia lascia il creditore privo di una tutela effettiva, in quanto non regola né le modalità, né i tempi per il pagamento dei creditori, i quali, anche se ammessi nello stato passivo, si ritrovano ad attendere, spesso *sine die*, le determinazioni dell'amministratore giudiziario ovvero le determinazioni dell'Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

Il Tribunale di Reggio Calabria, nel provvedimento in esame, ha colto in modo lucido e puntuale questa grave lacuna ed ha interpretato le norme vigenti nel rispetto dei principi costituzionali.

In particolare, in mancanza di una disposizione chiara ed esplicita che vieti le azioni esecutive anche nel caso di crediti che sono sorti dopo il sequestro per obbligazioni contratte dall'amministratore giudiziario, lo Stato, che opera attraverso l'amministratore giudiziario, ha il dovere di adempiere le proprie obbligazioni e, in caso di inadempimento, il creditore deve avere il diritto di avvalersi della tutela esecutiva.

L'ordinanza appare conforme alla giurisprudenza coeva della Corte Costituzionale, secondo la quale occorre garantire, almeno ad alcune categorie di creditori, l'accesso alla tutela giurisdizionale anche nel caso in cui il debitore viene assoggettato a misure di prevenzione patrimoniali (v. Corte Cost. 28 maggio 2015, n. 94, in *EClegal* 26 aprile 2016, che ha aperto anche ai lavoratori subordinati la possibilità di presentare istanza per il riconoscimento dei propri crediti nei procedimenti per misure di prevenzione iniziati prima della entrata in vigore del Codice delle leggi antimafia).

La decisione va condivisa anche perché afferma principi fondamentali dello Stato di diritto: lo Stato non può contrarre obbligazioni e poi sottrarsi all'adempimento.

Pure le considerazioni sulle conseguenze dell'inadempimento delle obbligazioni contratte dagli amministratori giudiziari colgono nel segno.

Troppo spesso, infatti, gli amministratori giudiziari "*scelgono*", in modo arbitrario o comunque poco trasparente, quali crediti soddisfare in predeuzione.

Pertanto i fornitori sono sempre più riluttanti ad intrattenere rapporti con le imprese sottoposte a misure di prevenzione; pure gli istituti di credito si ritrovano di fronte ad amministratori giudiziari, che dapprima utilizzano gli affidamenti loro concessi e in un secondo momento rifiutano di rimborsare le somme ricevute.

Questi comportamenti vengono legittimati dalla giurisprudenza, che, purtroppo, è allineata su posizioni ben diverse da quelle espresse dal Tribunale di Reggio Calabria nel provvedimento in esame.

Ed infatti la giurisprudenza è solita ritenere che il divieto di azioni esecutive riguardi tutti i crediti, anche quelli contratti dall'amministratore giudiziario (per tutte, Trib. Palermo, 6 aprile 2016, inedita).

Secondo un indirizzo sostanzialmente unanime, i titolari di crediti che vanno pagati in prededuzione sono esonerati dall'obbligo di presentare domanda per la verifica dei crediti soltanto se si tratta di crediti riconosciuti dall'amministratore giudiziario; essi, in ogni caso, non possono agire esecutivamente sui beni oggetto di sequestro. Al pari di quanto accade nelle procedure fallimentari, il creditore in prededuzione, in mancanza di un pagamento spontaneo, deve attendere il riparto (con la differenza, tuttavia, che nei procedimenti per misure di prevenzione non risulta che si sia mai proceduto ad un riparto, né sono previsti tempi per il riparto).

L'indirizzo dominante della giurisprudenza fa leva pure su esigenze di politica criminale e sulla natura della confisca: se i beni sequestrati sono oggetto acquisiti dallo Stato a titolo originario, gli stessi beni non possono essere soggetto di vendita forzata (e appare evidente che, in una simile incertezza normativa, la prosecuzione delle azioni esecutive comporterebbe gravissimi rischi per gli eventuali aggiudicatari: sul tema v. Farina, *Sulla tutela dei creditori ipotecari e dell'aggiudicatario nell'espropriazione dei beni confiscati*, in *Dir. Fall.*, 2008, II, 493).

In questo stato di cose sembra difficile che la giurisprudenza muti il proprio orientamento senza un intervento della Corte Costituzionale, che riconosca ai creditori in prededuzione la facoltà di agire esecutivamente.

Tuttavia sino ad oggi la giurisprudenza costituzionale è stata sempre troppo prudente e, con la sola eccezione costituita dalla sentenza 28 maggio 2015, n. 94 (che riguardava fattispecie ben circoscritta) ha sempre eluso la delicata materia dei rapporti tra tutela dei creditori e procedimento per misure di prevenzione, dichiarando inammissibili le relative questioni di legittimità costituzionale, in quanto materia che comporta scelte discrezionali, esclusive del legislatore (v. Corte Cost. maggio 1994, n. 190, in *Dir. fall.*, 1994, II, 689, con nota critica di Ragusa Maggiore, *Confisca penale di beni dai mafiosi e tutela dei terzi*; Corte Cost. 24 febbraio 2015, n. 101).

BACHECA, Obbligazioni e contratti

Le palestre e la gestione di saune e solarium

di **Guido Martinelli**

Sono ormai sempre di più i centri sportivi che offrono, gratuitamente o dietro pagamento di un corrispettivo specifico, ai propri iscritti, la possibilità di utilizzare saune e solarium.

Se, sotto un profilo meramente fiscale, non vi è dubbio che l'incasso di somme a tale titolo, anche per quei centri gestiti da società o associazioni sportive dilettantistiche, costituisce sempre provento di natura commerciale, sia ai fini delle imposte dirette che dell'iva, trattandosi comunque di attività non conforme alle finalità istituzionali, si pone il problema se l'utilizzo di tali attrezzature costituisca attività di estetica, con gli adempimenti che da ciò ne conseguono. L'attività d'estetica, per definizione sia della legislazione nazionale che di quella regionale, comprende tutte le prestazioni professionali relative ai trattamenti eseguiti sulla superficie del corpo umano ed il cui scopo, prevalente o esclusivo, sia quello di mantenerlo in perfette condizioni, di migliorarne e proteggerne l'aspetto estetico modificandolo attraverso l'eliminazione o l'attenuazione degli inestetismi che sono presenti.

Il secondo comma dell'articolo 1 della legge 1/1990, che disciplina l'attività di estetica, prevede che tale attività "può essere svolta ... con l'utilizzazione degli apparecchi elettromeccanici per uso estetico, di cui all'elenco allegato alla presente legge...".

Tale elenco, oltre ad una lunga serie d'apparecchi che prevedono una partecipazione attiva dell'estetista riporta anche, oltre alle saune, le "lampade abbronzanti".

La legge nazionale citata riporta che l'attività d'estetica (che ha contenuto oggettivamente più ampio del mero utilizzo degli oggetti ricompresi nell'elenco allegato) può (non deve) essere svolta con tali apparecchi; in tal senso si esprimono anche tutte le leggi regionali di recepimento della normativa nazionale.

Il semplice utilizzo di solarium, pertanto, ad avviso dello scrivente, non può certamente essere equiparato all'esercizio di una prestazione di servizio professionale, in quanto l'operatore, nel caso di specie, è soggetto inattivo rispetto al fruitore della prestazione d'opera.

In altre parole, l'utilizzo di solarium non richiede alcun atto dispositivo sulla persona del terzo, l'eventuale estetista non interviene in modo diretto ed attivo sul corpo umano e non presta un servizio professionale, coinvolgendo la sua esperienza e capacità.

Ciò che si pone in essere è solo una "locazione" d'attrezzature, analogamente a quanto avviene per altre prestazioni di servizi quali il nolo di biciclette, auto o "mosconi" al mare. Giuridicamente, infatti, l'utilizzo di solarium rientra nella previsione dell'articolo 1571 cod. civ. che reca la nozione di locazione di cosa mobile.

Infatti, il consumatore corrisponde un prezzo per l'uso temporaneo di una macchina la cui prestazione tecnica prescinde dalla capacità professionale del titolare del centro, la cui obbligazione contrattuale è quella di locare in buone condizioni di manutenzione il mezzo elettromeccanico per il tempo concordato contro il pagamento di un corrispettivo (obbligazione del locatario).

A nulla rileva in tale rapporto obbligatorio la necessaria presenza di una estetista. È evidente la contraddizione in termini: la richiesta del diploma d'estetista (e quindi la presunzione di specifiche conoscenze tecnico-professionali) contrasta in maniera palese con la commercializzazione al dettaglio degli apparecchi, l'uso privato dei quali, pertanto, svolto da persona priva delle presunte conoscenze tecnico-professionali richieste dovrebbe, invece, essere vietato se la ratio generale della norma fosse quella dell'obbligatorietà della persona dell'estetista.

Le tesi sopraesposte, con particolare riferimento alla sauna, sono state accolte da parte della giurisprudenza. Il T.A.R. della Toscana, con diverse pronunce, vedi fra tutte la n. 332 del 22.04.1998, riconosceva che la semplice installazione di una sauna all'interno di un centro ginnico non costituiva attività d'estetica; il Vice Pretore di Rimini, con sentenza 23 maggio 1999 n. 507, testualmente: "Osserva che la suddetta norma si limita a prevedere che l'estetista possa anche utilizzare gli apparecchi per la propria attività professionale e non invece, cosa del tutto diversa, che non vi possa essere l'utilizzo di detti apparati senza l'assistenza di un estetista".

La tesi contraria trae origine da una risposta formulata al Comune di Vicenza dal Ministero dell'Industria in data 21.09.1994, che sostiene che: "L'uso d'apparecchiature abbronzanti e saune, anche senza effettuazione di prestazioni estetiche manuali sul corpo umano, sia da configurarsi come attività d'estetista e l'esercente tale attività sia sottoposto alle disposizioni previste dalla legge 1/1990. La norma, infatti, prevede espressamente che l'attività d'estetista possa essere svolta mediante l'utilizzazione d'alcuni apparecchi elettromeccanici per uso estetico, di cui all'elenco allegato alla medesima legge. Tra questi apparecchi vengono specificatamente comprese le lampade abbronzanti UV-A e le saune. Tale previsione è volta a garantire, in particolare, la tutela dell'utenza nella fruizione di una prestazione che deve essere svolta nel rispetto di necessari criteri di sicurezza e di tutela della salute".

Fermo su tale posizione appare il T.A.R. Veneto che, per ultimo, con quattro sentenze tutte depositate il 18 Agosto 1999 (n. 1380, 1381, 1382, 1383) con motivazioni similari, ripropone che anche il semplice utilizzo di lampade costituisca attività d'estetica e che il limite della presenza dell'estetista trova la sua ragione d'essere nella tutela della salubrità della collettività.

GESTIONE DELLA PROFESSIONE E SOFTWARE, Processo civile telematico

Il nuovo CAD e la conservazione dei documenti informatici per l'avvocato

di **Giuseppe Vitrani**

L'adozione del nuovo Codice dell'Amministrazione Digitale pare aver inciso profondamente sulla materia della conservazione dei documenti informatici, sicché con il presente articolo si intende approfondire quali riflessi le nuove norme possano avere anche nell'ambito dell'attività professionale degli avvocati.

Il punto di partenza è senza dubbio il nuovo comma 1 bis dell'art. 43 CAD, il quale dispone che *“se il documento informatico è conservato per legge da uno dei soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, cessa l'obbligo di conservazione a carico dei cittadini e delle imprese che possono in ogni momento richiedere accesso al documento stesso”*.

Il dichiarato obiettivo del legislatore è dunque quello di sollevare cittadini ed imprese dagli oneri di conservazione dei documenti informatici laddove i medesimi documenti informatici siano conservati per legge da una pubblica amministrazione.

A parte l'osservazione preliminare che tutti i documenti ricevuti da una pubblica amministrazione devono essere archiviati e conservati secondo le vigenti norme in materia, sicché la formulazione della norma non può certo dirsi felice, occorre valutare come, e se, tale disposizione potrà avere impatto sull'attività professionale degli avvocati.

A dire il vero la disposizione in esame trova un perfetto corrispondente nell'art. 14, ultimo comma, del provvedimento 16 aprile '14 del direttore dei sistemi informativi automatizzati del Ministero della Giustizia (provvedimento meglio noto come specifiche tecniche sul PCT), ove si prevede espressamente che *“la busta telematica è conservata nel sistema documentale di cui all'art. 11 comma 2”*, che è tenuto dal Ministero della Giustizia. Pare dunque che si concretizzi proprio l'ipotesi regolamentata dalla novella del CAD con conseguente esenzione per gli avvocati dall'obbligo di conservazione di un documento informatico fondamentale qual è la busta informatica inviata all'ufficio giudiziario in sede di deposito telematico.

Senonché tale ricostruzione normativa è destinata ad entrare in crisi nel momento in cui si passa ad esaminare l'art. 20, comma III, del d.m. 44/2011, il quale espressamente prevede che *“il soggetto abilitato esterno è tenuto a conservare, con ogni mezzo idoneo, le ricevute di avvenuta consegna dei messaggi trasmessi al dominio giustizia”*.

Com'è evidente, detta norma codifica un obbligo di conservazione a carico dell'avvocato.

Occorre poi tener presente che le cosiddette specifiche tecniche sul PCT sono state dettate con un atto che non ha natura normativa, essendo invece atto amministrativo che promana da una direzione generale del Ministero mentre il decreto ministeriale è, a tutti gli effetti, una fonte normativa.

Ad ulteriore aggiunta di quanto precede va altresì considerato che l'art. 2, ultimo comma, del Codice dell'Amministrazione Digitale prevede ora quanto segue: *“le disposizioni del presente Codice si applicano altresì al processo civile, penale, amministrativo, contabile e tributario, in quanto compatibili e salvo che non sia diversamente disposto dalle disposizioni in materia di processo telematico”*.

Si delinea pertanto un sistema di generale applicabilità del CAD anche al processo telematico, laddove però non vi siano norme speciali di settore che dispongano in deroga alla normativa generale.

Ebbene nel caso di specie pare proprio di trovarsi nell'ipotesi appena presa in considerazione, esistendo una norma speciale (l'art. 20, comma III, d.m. 44/2011) che deroga alla disciplina generale del CAD e dunque anche all'art. 1 bis dell'art 43 dello stesso Codice.

Possiamo pertanto affermare che, pur a seguito dell'entrata in vigore della novella del CAD non paiono essere cessati gli obblighi di conservazione imposti dal d.m. 44/2011, non potendo oltretutto questi essere tacitamente abrogati da una norma di rango inferiore quale dev'essere considerato l'art. 14, ultimo comma, delle specifiche tecniche sul PCT.

Se poi a ciò aggiungiamo che, ovviamente, gli obblighi di conservazione continuano a rimanere inalterati sia per quei documenti informatici che non sono destinati ad essere conservati all'interno del fascicolo informatico del processo (si pensi ad esempio ad un atto di precetto notificato a mezzo PEC) sia per le comunicazioni stragiudiziali la cui rilevanza ed efficacia processuale può anche essere differita nel tempo (ad esempio una comunicazione inviata a mezzo PEC con la quale si interrompono i termini di prescrizione), ci rendiamo conto di come in realtà la riforma del codice dell'amministrazione digitale abbia influito assai poco sull'attività professionale dell'avvocato.

BACHECA, Diritto e reati societari

Lo scioglimento della Srl: la procedura semplificata

di **Federica Furlani**

La **procedura di liquidazione** di una società a responsabilità limitata, disciplinata dagli artt. 2484-2496 del codice civile, può essere suddivisa in tre fasi:

- **accertamento del verificarsi di una causa di scioglimento** della società e relativa pubblicità;
- **procedimento di liquidazione**;
- **estinzione della società** a seguito della sua cancellazione dal Registro Imprese.

L'**art. 2484** prevede che le società a responsabilità limitata si **sciogliono**:

1. per il decorso del termine;
2. per il conseguimento dell'oggetto sociale o per la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo, salvo che l'assemblea, all'uopo convocata senza indugio, non deliberi le opportune modifiche statutarie;
3. per l'impossibilità di funzionamento o per la continuata inattività dell'assemblea;
4. per la riduzione del capitale al disotto del minimo legale, salvo quanto è disposto dagli articoli 2447 e 2482-ter;
5. nelle ipotesi previste dagli articoli 2437-quater e 2473;
6. per deliberazione dell'assemblea;
7. per le altre cause previste dall'atto costitutivo o dallo statuto.

Nelle ipotesi previste dai **numeri 1), 2), 3), 4) e 5)**, che potremmo definire **cause legali**, gli **effetti dello scioglimento** decorrono dalla data dell'**iscrizione presso l'ufficio del Registro delle Imprese della dichiarazione con cui gli amministratori ne accertano la causa**; mentre nell'ipotesi prevista dal numero 6), alla data dell'iscrizione della relativa deliberazione a cura del notaio che ha redatto l'atto.

Quando l'atto costitutivo o lo statuto prevedono altre cause di scioglimento (numero 7) essi devono determinare la competenza a deciderle od accertarle, e ad effettuare gli adempimenti pubblicitari previsti.

La c.d. **procedura semplificata**, limitata alle ipotesi di scioglimento previste dalla legge (art. 2484 n. da 1 a 5) prevede che, **senza l'intervento del notaio**, l'organo amministrativo, accertata la causa di scioglimento ex art. 2484 c.c., deposita la constatazione al Registro Imprese e convoca l'assemblea per la nomina dei liquidatori.

Non è previsto un termine perentorio ai fini della constatazione della causa di scioglimento da parte degli amministratori, ma l'art. 2485 stabilisce che devono procedere **senza indugio**: in caso di ritardo od omissione sarebbero infatti personalmente e solidalmente responsabili per i danni subiti dalla società, dai creditori e dai terzi.

Contestualmente all'accertamento della causa di scioglimento, gli amministratori devono procedere alla **convocazione dell'assemblea dei soci** per deliberare in merito a:

- il numero dei liquidatori e le regole di funzionamento del collegio in caso di pluralità di liquidatori;
- la nomina dei liquidatori, con indicazione di quelli cui spetta la rappresentanza della società;
- i criteri in base ai quali deve svolgersi la liquidazione.

Con il **verbale di nomina dei liquidatori** si apre il procedimento di liquidazione affidato ai liquidatori, i quali si sostituiscono all'organo amministrativo e devono depositare le loro nomine al Registro Imprese.

Gli amministratori restano in carica fino all'avvenuta iscrizione nel detto Registro della nomina dei liquidatori; da quel momento *“gli amministratori cessano dalla carica e consegnano ai liquidatori i libri sociali, contabili e ogni altra documentazione amministrativa della società, una situazione dei conti alla data di effetto dello scioglimento ed un rendiconto sulla loro gestione relativo al periodo successivo all'ultimo bilancio approvato”*.

Le fasi operative della procedura semplificata sono pertanto:

1. l'accertamento da parte degli amministratori di una delle cause di scioglimento previste dall'art. 2484 c.c., dai numeri 1 a 5 del primo comma;
2. la convocazione dell'assemblea dei soci;
3. la deliberazione dell'assemblea dei soci, che prende atto della causa di scioglimento e nomina il/i liquidatore/i;
4. la procedura di liquidazione: realizzo dell'attivo ed estinzione del passivo;
5. l'approvazione del Bilancio finale di liquidazione, in modo tacito o espresso, e l'istanza di cancellazione dal Registro Imprese.

Ricordiamo che per le Spa invece, a differenza delle Srl, è sempre necessario l'intervento del notaio per la messa in liquidazione della società, in quanto la nomina del liquidatore deve essere effettuata necessariamente mediante assemblea straordinaria.

La liquidazione si esaurisce con la cancellazione della società dal Registro delle Imprese, che decreta la sua estinzione ex art. 2495 codice civile.

La società dovrà inoltre dare **comunicazione della cessazione all'Agenzia delle Entrate** e dovrà depositare i libri, ex art. 2496 codice civile, presso il Registro delle Imprese che dovrà

conservarli per 10 anni.