Euroconference LEGAL
L'aggiornamento settimanale per l'Avvocato
TeamSystem LEGAL

Edizione di martedì 12 novembre 2019

Obbligazioni e contratti

La responsabilità precontrattuale
di **Martina Mazzei**

Procedimenti di cognizione e ADR

Patrocinio a spese dello Stato e liquidazione dei compensi in favore dell'avvocato: ammissibilità dell'istanza successivamente alla conclusione del giudizio
di **Lucia Di Paolantonio**

Esecuzione forzata

Opposizione agli atti esecutivi: la tardiva iscrizione a ruolo non rende improcedibile l'opposizione
di **Cecilia Vantaggiato**

Obbligazioni e contratti

Invalida per derivazione la clausola contrattuale che risulta legata funzionalmente ad altra nulla
di **Paolo Cagliari**

Proprietà e diritti reali

I limiti dell'accesso al fondo altrui per l'esecuzione di lavori condominiali
di **Saverio Luppino**

Diritto successorio e donazioni

Momento perfezionativo dell'accettazione di eredità da parte di minore
di **Matteo Ramponi**

Diritto e reati societari

Non è nullo l'atto solutorio che estingua il debito postergato in violazione dell'art. 2467 c.c.
di **Mario Cascavilla**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Credito prededucibile anche in caso di consecuzione di procedure concorsuali omologhe
di **Paolo Cagliari**

Diritto Bancario

Contratti d'investimento e uso selettivo della nullità di protezione: la decisione delle Sezioni Unite
di **Fabio Fiorucci**

Diritto del Lavoro

Periodo di comporto e licenziamento
di **Evangelista Basile**

Nuove tecnologie e Studio digitale

Saper creare una vision in studio: le regole della leadership in ambito legal
di **Mario Alberto Catarozzo - Business Coach e Formatore**

Obbligazioni e contratti

La responsabilità precontrattuale

di **Martina Mazzei**

Durante la fase delle trattative – o, comunque, nella fase che precede la conclusione del contratto – il comportamento doloso o colposo di una delle parti in danno dell'altra, violativo del precetto di buona fede e quindi lesivo dell'altrui libertà negoziale, determina l'insorgere della responsabilità precontrattuale. La *ratio* di tale responsabilità è quella di tutelare la libertà di autodeterminazione negoziale. Attraverso la previsione della responsabilità precontrattuale, infatti, l'ordinamento non tutela l'interesse del soggetto alla conclusione del contratto – in quanto fino al momento dell'effettiva conclusione le parti sono libere di non stipulare – ma, piuttosto, l'interesse a che la controparte, con cui si sta trattando, si comporti correttamente in modo da garantire la libera esplicazione dell'autonomia negoziale.

La giurisprudenza, affinché si configuri la responsabilità precontrattuale, richiede la sussistenza di alcuni requisiti. (Cass. civ. 15 aprile 2016 n. 7545; Cass. civ. 29 marzo 2007 n. 7768)

In primo luogo tra le parti devono essere in corso delle trattative e tali trattative devono essere giunte ad uno stadio tale da ingenerare, nella parte che invoca l'altrui responsabilità, il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto. Tali trattative, inoltre, devono essere state interrotte, senza giustificato motivo, dalla parte cui si addebita la responsabilità. E, infine, secondo l'ordinaria diligenza, non devono sussistere, per la parte che invoca la responsabilità, fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto.

Il fondamento codicistico della responsabilità precontrattuale risiede in due previsioni del codice civile: gli artt. 1337 e 1338.

L'art. 1337 c.c., in particolare, prevede che la violazione della regola di comportamento che impone alle parti il dovere di comportarsi secondo buona fede, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, determini l'insorgere della responsabilità precontrattuale. L'art. 1337 c.c. sancisce, quindi, il principio di buona fede oggettiva.

La buona fede in senso oggettivo viene in rilievo all'art. 1175 c.c. quale regola di condotta in forza della quale è imposto ai soggetti dell'obbligazione di modellare il reciproco comportamento, sulla scorta dei canoni di lealtà e correttezza, al fine di porre in essere una condotta che non si limiti a soddisfare gli interessi dei soggetti ma che realizzi, altresì, il fine di assicurare uno spostamento di ricchezza conforme a giustizia.

La buona fede oggettiva, quale sinonimo di correttezza, alla luce del dettato costituzionale di

cui all'art 2, è un canone di comportamento e, pur essendo una clausola elastica, è fonte di precisi obblighi comportamentali finalizzati alla salvaguardia della sfera giuridica della controparte.

In un primo momento gli interpreti hanno cercato di tipizzare questi obblighi al fine di individuare con precisione le regole comportamentali incombenti sulle parti nella fase che precede la formazione del contratto successivamente, invece, è emersa l'idea che qualunque comportamento sleale, tenuto nella fase precedente alla conclusione del contratto, possa essere fonte di responsabilità.

Sono emersi così – accanto all'obbligo fondamentale, tradizionalmente ricondotto nell'alveo dell'art. 1337 c.c., di non recedere ingiustificatamente dalle trattative volto a tutelare l'interesse della parte a non essere coinvolto in trattative inutili e a quello specifico tipizzato dall'art. 1338 c.c. – una serie di altri obblighi di varia natura (obblighi di informazione, di segretezza, di collaborazione, di chiarezza) la cui caratteristica principale rimane il carattere aperto cioè la possibilità di ampliarsi fino a comprendere qualsiasi comportamento tenuto in fase precontrattuale che sia contrario a buona fede e in grado, quindi, di danneggiare la libertà negoziale dell'altra parte.

Secondo quest'interpretazione estensiva, qualunque comportamento precontrattuale violativo della clausola generale di buona fede è fonte di responsabilità precontrattuale e allora la responsabilità precontrattuale, basandosi su una clausola generale, è una forma di responsabilità atipica ed elastica.

Indubbiamente il primo – e per lungo tempo il principale – obbligo precontrattuale discendente al dovere di buona fede è quello, ex art. 1337 c.c., di non recedere ingiustificatamente dalle trattative precontrattuali.

Il dovere di buona fede è posto a tutela dell'affidamento incolpevole della controparte che, in relazione alla durata e alla serietà delle trattative, è normalmente portata a fare progressivamente affidamento sull'esito positivo della contrattazione. Fino al momento della conclusione del contratto la parte è libera di non concludere ritirandosi dalle trattative ma deve farlo in modo da non pregiudicare ingiustificatamente le ragioni legittime della controparte pena il risarcimento del danno patito da quest'ultima per effetto del recesso.

Infatti i presupposti dell'obbligo risarcitorio in caso di recesso dalle trattative sono proprio la presenza di un affidamento incolpevole della controparte e l'assenza di un giustificato motivo di recesso.

Il danno che la controparte dovrà risarcire è apprezzabile nei limiti dell'interesse negativo e, quindi, nei limiti dell'interesse della parte ad essere riportata nella stessa condizione in cui si sarebbe trovata se non avesse intrapreso le trattative. (Cass. civ. 3 dicembre 2015 n. 24625; Cass. civ. 10 giugno 2005 n. 12313).

Nel caso dell'art. 1337 c.c. si parla, infatti, di responsabilità precontrattuale da mancata stipulazione del contratto.

Se la *ratio* della responsabilità precontrattuale è quella di tutela la libertà negoziale delle parti nel rispetto del canone di buona fede allora è fondamentale che tale libertà si fondi su una conoscenza adeguata di tutti gli elementi rilevanti ai fini della conclusione del contratto.

Ulteriori obblighi precontrattuali discendenti al dovere di buona fede sono, infatti, gli obblighi informativi ossia tutti quegli elementi in grado di incidere in modo oggettivo sulla prestazione dovuta e sulla soddisfazione che l'altra parte può ragionevolmente attendersi dal contratto.

Se, infatti, non c'è una fase di trattativa, come nei contratti che si concludono istantaneamente, il diritto di autodeterminazione può essere leso dalla violazione dell'obbligo informativo precontrattuale.

Questa ipotesi è contemplata dall'art. 1338 c.c. Ciascuna delle parti che si accinge a concludere il contratto ha, infatti, l'obbligo di verificare l'eventuale sussistenza di cause di invalidità che rientrino nel proprio ambito di controllo e, nel caso in cui le individui, di darne comunicazione alla controparte evitando di giungere alla stipulazione di un invalido. In mancanza di diligente controllo o di diligente informazione e, quindi, se il contratto invalido viene ugualmente stipulato, la parte che conosceva, e dunque poteva anche impedire la conclusione del contratto, è tenuta a risarcire all'altra parte i danni da questa patiti per la conclusione del contratto invalido nei limiti dell'interesse negativo.

La norma, quindi, ha lo scopo di tutelare la libertà negoziale dei soggetti che si accingono a concludere un contratto evitando che gli stessi siano coinvolti nella stipulazione di un contratto invalido. È il caso del *falsus procurator* ossia il contratto stipulato dal rappresentante senza potere: tale contratto è inefficace nei confronti del falso rappresentato per mancanza del potere rappresentativo e il contraente potrà agire nei confronti del *falsus procurator* proprio ai sensi dell'art. 1338 c.c.

Dal punto di vista soggettivo, la parte è tenuta al risarcimento se sussistono gli estremi del dolo cioè sia consapevole del difetto del contratto che si accinge a stipulare, o della colpa, cioè sia stata negligente, perché utilizzando l'ordinaria diligenza avrebbe potuto conoscere la causa di invalidità.

L'obbligo risarcitorio, infatti, incontra un limite nella normale diligenza dell'altro soggetto coinvolto nelle trattative per cui non sussiste alcuna responsabilità in caso di mancata comunicazione di elementi che l'altro soggetto doveva conoscere e la cui mancata conoscenza è imputabile a sua colpa. In queste ipotesi l'eventuale concorso di colpa del soggetto danneggiato porta a escludere la responsabilità del danneggiante.

L'art. 1338 c.c. individua, quindi, un modello di responsabilità precontrattuale da stipulazione invalida in cui la parte fa affidamento legittimo sulla validità, sull'efficacia e sull'utilità di quel

contratto che, invece, non può essere conseguita perché il contratto è invalido.

La responsabilità precontrattuale ex artt. 1337 e 1338 c.c., in definitiva, si colloca in una fase che precede la conclusione del contratto in cui ancora le parti non sono legate da alcun vincolo contrattuale ma al tempo stesso coinvolge dei soggetti che non possono ritenersi estranei essendo già entrati in contatto tra di loro nel corso delle trattative.

Queste caratteristiche della responsabilità precontrattuale sono alla base della disputa sulla sua natura giuridica. In dottrina e in giurisprudenza sono state avanzate varie teorie.

Secondo una prima tesi la responsabilità precontrattuale è una forma di responsabilità extracontrattuale: dal momento che il vincolo contrattuale non si è ancora formato e, pertanto, i soggetti non sono ancora tenuti al rispetto delle obbligazioni contrattuali, allora essi sono reciprocamente obbligati soltanto in virtù del canone generale del neminem laedere che vincola tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico. Secondo questo orientamento, la violazione del precetto di cui all'art. 1337 c.c. è un'ipotesi di responsabilità aquiliana che si ricollega ad una violazione di regole di condotta dirette *erga omnes* in termini di ingiusto danno *sub specie* di libera autodeterminazione in materia contrattuale degli individui. (Cass. Sez. Un. civ. 16 luglio 2001 n. 9645).

Secondo una tesi minoritaria, invece, la responsabilità precontrattuale configurerebbe un *tertium genus* di responsabilità. Tale teoria, tuttavia, si ritiene superata in quanto non affronta il problema dell'eventuale disciplina applicabile a questo genere di responsabilità dato che il codice civile prevede e regolamenta solo la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale.

Secondo un altro orientamento, invece, la responsabilità di cui all'art 1337 c.c. può essere intesa in termini di responsabilità da inadempimento e, quindi, come responsabilità contrattuale. (Cass. civ. 20 dicembre 2011 n. 27648)

Questa tesi valorizza il legame che si instaura fra le parti per via delle trattative i cui protagonisti non possono essere equiparati a soggetti completamente estranei, verso cui vige il generico dovere di *neminem laedere*, ma sono soggetti legati da un rapporto assimilabile a quello contrattuale seppur nascente dal contatto sociale.

Si tratta, infatti, di una violazione di un obbligo nascente da contatto sociale qualificato derivante dall'instaurazione delle trattative.

In altre parole, facendo applicazione della teoria del contratto sociale, si afferma che tra le parti di una trattativa si instaura un rapporto giuridicamente qualificato, perché preso in considerazione dall'art. 1337 c.c., da cui deriva un obbligo di comportamento, innanzitutto protezionistico, ex art. 1175 c.c.

In una recente pronuncia, infatti, si legge che la responsabilità precontrattuale, ai sensi degli

artt. 1337 e 1338 c.c., va inquadrata nella responsabilità di tipo contrattuale da contatto sociale qualificato inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell'art. 1173 c.c. e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell'art. 1174 c.c. bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi degli art. 1175 e 1375 c.c. (Cass. civ. 12 luglio 2016 n. 14188).

Procedimenti di cognizione e ADR

Patrocinio a spese dello Stato e liquidazione dei compensi in favore dell'avvocato: ammissibilità dell'istanza successivamente alla conclusione del giudizio

di **Lucia Di Paolantonio**

Cass., Sez. Seconda, Sent., ud. 04 aprile 2019, 09.09.2019, n. 22448-19.

Patrocinio a spese dello Stato – istanza di liquidazione – termini (d.P.R. n. 115/2002, art. 83)

[1] *Il D.P.R. n. 115 del 2002, art. 83, comma 3 bis, che ha previsto che il decreto di pagamento debba essere emesso dal giudice contestualmente alla pronuncia del provvedimento che chiude la fase cui si riferisce la relativa richiesta, relativamente ai compensi richiesti dal difensore della parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato, non prevede alcuna decadenza a carico del professionista che abbia depositato la relativa istanza dopo la pronuncia del detto provvedimento, né impedisce al giudice di potersi pronunciare sulla richiesta dopo che si sia pronunciato definitivamente sul merito, avendo in realtà la finalità in chiave acceleratoria, di raccomandare che la pronuncia del decreto di pagamento avvenga contestualmente alla pronuncia del provvedimento che chiude il giudizio.*

CASO

L'avv. M.C. aveva assistito B.M., ammesso al patrocinio a spese dello Stato, in una controversia che si concludeva con lettura del dispositivo in data 24.05.2016. Successivamente, in data 26.05.2016 l'Avvocato depositava istanza per la liquidazione del compenso professionale. Con decreto del 20.10.2016 il Tribunale rigettava l'istanza in quanto la stessa non era presentata nei termini di cui all'art. 83 comma 3-*bis* d.P.R. n. 115/2002, sostenendo che il decreto dovesse essere emanato contemporaneamente alla pronuncia definitiva sul merito della causa, aggiungendo che il difensore avrebbe potuto coltivare la propria domanda con autonomo procedimento.

L'avv. M.C., pertanto, in data 19.07.2017 proponeva ricorso *ex* art. 702-*bis* cod. proc. civ., nel quale attestava di aver già provveduto a chiedere la liquidazione dei compensi al Giudice del merito *ex* art. 82 d.P.R. n. 115/2002, chiedendo che il Ministero della Giustizia fosse condannato al pagamento dei propri compensi per la prestazione resa nei confronti del soggetto ammesso al patrocinio a spese dello Stato. Il ricorso era rigettato in quanto – secondo il Tribunale – non sussisteva legittimazione passiva in capo al Ministero della Giustizia e che, in ogni caso, il ricorrente avrebbe dovuto proporre reclamo avverso il provvedimento di rigetto sull'istanza di liquidazione del compenso emesso dal Giudice del merito della causa

patrocinata. Avverso il predetto provvedimento l'Avvocato ha proposto ricorso per Cassazione sulla base di due motivi: violazione e falsa applicazione degli artt. 50-*bis* e 50-*quater* cod. proc. civ. in relazione al d.lgs n. 150/2011, art. 14, in quanto la decisione gravata era stata adottata dal Tribunale in composizione monocratica anziché collegiale e violazione e falsa applicazione del d.P.R. n. 115/2002, artt. 131, 132 e 170 quanto alla legittimazione passiva del Ministero della Giustizia.

SOLUZIONE

La Seconda Sezione Civile della Corte di Cassazione, ha dichiarato inammissibile il ricorso ma ha ritenuto di dover provvedere all'enunciazione del principio di diritto ai sensi dell'art. 363 comma 3 cod. proc. civ. sull'interpretazione dell'art. 83 comma 3-*bis* d.P.R. n. 115/2002, attesa la rilevanza delle questioni emerse.

QUESTIONI

Quanto al primo motivo dedotto in ricorso, la Suprema Corte ha dichiarato l'inammissibilità dello stesso in quanto la ricorrente, avendo promosso un'azione in via ordinaria avvalendosi del procedimento sommario di cognizione al di fuori dei casi in cui ne è obbligatoria la proposizione ai sensi delle previsioni contenute nel d.lgs n. 150/2011, avrebbe dovuto eventualmente appellare la decisione presa dal Tribunale, risultando pertanto inammissibile il ricorso per *saltum*, come invece era avvenuto.

[1] Nonostante la pronuncia di inammissibilità, però, alla luce del secondo motivo, gli Ermellini hanno rilevato l'esistenza di questioni che richiedevano l'enunciazione del principio di diritto relativo all'interpretazione dell'art. 83 comma 3-*bis* d.P.R. n. 115/2002, in vigore dal 01.01.2016, il quale prevede che il decreto di pagamento sia emesso dal giudice contestualmente alla pronuncia del provvedimento che chiude la fase cui si riferisce la relativa richiesta.

La Suprema Corte, infatti, ha rilevato che presso i giudici di merito si erano venuti a creare tre diversi orientamenti: uno secondo cui la portata preclusiva della norma era idonea a spogliare il giudice del merito della *potestas decidendi*; uno secondo cui la norma in parola introduceva un termine decadenziale; uno secondo cui la norma enunciava un riferimento temporale meramente indicativo volto a razionalizzare il sistema e inidoneo a produrre effetti preclusivi.

Operata la valutazione sui singoli orientamenti richiamati, la Corte di Cassazione ha valorizzato l'ultima tesi sulla base delle seguenti argomentazioni:

1) dalla verifica della lettera normativa, emerge che la norma non prevede alcuna esplicita decadenza a differenza di quanto disposto espressamente – per una fattispecie diversa – dall'art. 71 dello stesso d.P.R., né appare plausibile sostenere l'introduzione implicita di un termine decadenziale e ciò attingendo ai canoni interpretativi di cui al disposto dell'art. 14 disp. prel. c.c.;

2) viste le disposizioni sulla materia e, in specie, quelle che regolano la liquidazione relativa ai compensi del patrocinio a sperse dello Stato nei giudizi di Cassazione e alla liquidazione delle spese per la fase precontenziosa, emerge come in alcuni casi la liquidazione non possa che avvenire quando la causa principale sia stata già decisa, non potendosi quindi ricollegare indefettibilmente alla decisione della causa anche il venir meno della *potestas iudicandi* sull'istanza di liquidazione;

3) una diversa soluzione contraddirebbe la giurisprudenza di legittimità che ha affermato che la liquidazione dei compensi al difensore debba avvenire con apposito decreto, senza che quindi possa essere effettuata in sentenza, così fattivamente trasformando tale decreto in un atto endoprocessuale legato alle tempistiche della causa cui si riferisce in ossequio all'autonomia che la legge ha inteso assicurare a tale statuizione rispetto a quella che investe il merito della controversia;

4) da un punto di vista strettamente pratico, infine, vi sono due sapetti da valutare: il meccanismo di liquidazione è destinato a concludersi senza l'aggravio di ulteriori spese a carico dello Stato, circostanza che non si realizzerebbe in caso di proposizione di separato giudizio, attesa l'operatività del principio di soccombenza *ex* art. 92 cod. proc. civ.; a fronte dell'istanza di liquidazione dei compensi potrebbero essere attivati i procedimenti accertativi relativi all'esistenza del diritto al patrocinio a spese dello Stato, per cui, in caso si optasse per la necessità di provvedere unitamente all'emissione del provvedimento conclusivo del giudizio, nel caso di verifiche, si dilungherebbero ingiustificatamente i tempi per addivenire alla decisione del merito della causa principale.

Pertanto, alla luce delle riassunte motivazione, la Suprema Corte ha affermato che il d.P.R. n. 115/2002, art. 83, comma 3-*bis*, non prevede alcuna decadenza a carico del professionista che abbia depositato la relativa istanza dopo la pronuncia del detto provvedimento, né impedisce al giudice di potersi pronunciare sulla richiesta dopo che si sia pronunciato definitivamente sul merito, avendo in realtà la finalità in chiave acceleratoria, di raccomandare che la pronuncia del decreto di pagamento avvenga contestualmente alla pronuncia del provvedimento che chiude il giudizio.

Esecuzione forzata

Opposizione agli atti esecutivi: la tardiva iscrizione a ruolo non rende improcedibile l'opposizione

di **Cecilia Vantaggiato**

Cass. civ. Sez. III, Sent., (ud. 25-06-2019) 30-09-2019, n. 24224

Nel giudizio di opposizione agli atti esecutivi il termine per la costituzione in giudizio della parte che introduca la fase di merito non subisce alcuna riduzione – essendo, pertanto, di dieci giorni dalla prima notificazione dell'atto di citazione. Tuttavia, la tardiva iscrizione a ruolo della causa non determina l'improcedibilità del giudizio, ma soltanto l'applicazione delle regole generali di cui agli artt. 171 e 307 c.p.c., assolvendo l'iscrizione a ruolo, mero adempimento amministrativo, la funzione di rimarcare l'autonomia della fase a cognizione piena rispetto a quella sommaria dell'opposizione.

CASO

La società B. s.n.c. promuoveva pignoramento presso terzi nei confronti della società assicurativa G.I. s.p.a quale *debitor debitoris*, nei cui confronti la debitrice esecutata B.C. s.r.l. vantava un credito scaturente da un contratto di assicurazione per la responsabilità civile. A seguito della dichiarazione resa dal *debitor debitoris,* il G.E. riteneva l'assicurazione non debitrice di B.C. s.r.l.

La società proponeva opposizione agli atti esecutivi ai sensi dell'art. 617 c.p.c; quest'ultima, tuttavia, veniva dichiarata improcedibile dal Tribunale sul presupposto che la costituzione nel giudizio di merito nonché la relativa iscrizione a ruolo della causa fossero avvenuti oltre il termine dell'art 165 c.p.c. ritenuto dal giudice di prime cure dimezzato in conseguenza della dimidiazione *ex lege* dei termini a comparire.

Avverso la sentenza B.C. s.r.l. proponeva ricorso per cassazione.

SOLUZIONE

La Suprema Corte ha statuito che nell'opposizione agli atti esecutivi il termine per la costituzione in giudizio della parte che introduca la fase di merito non subisce alcuna riduzione. Peraltro, la tardiva costituzione in giudizio non comporta l'improcedibilità della causa, ma rende applicabili gli artt. 171 e 307 c.p.c.: la causa è cancellata dal ruolo e può essere riassunta nel termine di tre mesi.

QUESTIONI

La questione sottoposta ai giudici di Cassazione attiene alla possibilità che nel giudizio di opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 c.p.c. il riferimento al dimezzamento dei termini a comparire previsto nell'art. 618 c.p.c. comporti anche il dimezzamento del termine per la costituzione in giudizio dell'attore e per la conseguente iscrizione a ruolo della causa.

Come noto, nel giudizio ordinario la costituzione dell'attore è disciplinata dall'art. 165 c.p.c. a norma del quale parte attrice deve costituirsi entro dieci giorni dalla notificazione della citazione al convenuto ovvero entro cinque giorni nel caso di abbreviazione fino alla metà dei termini a comparire, a norma del secondo comma dell'articolo 163-bis c.p.c. Nell'ambito del giudizio d'opposizione agli atti esecutivi, invece, l'art. 618 c.p.c. prevede che il G.E. fissi con decreto l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé e il termine perentorio per la notificazione del ricorso e del decreto nonché, in ogni caso, il termine (sempre perentorio) per l'introduzione del giudizio di merito, previa iscrizione a ruolo a cura della parte interessata, osservati i termini a comparire di cui all'articolo 163-bis, o altri se previsti, ridotti della metà.

Sull'interpretazione di tale ultima norma la giurisprudenza ha mostrato orientamenti altalenanti.

Un primo indirizzo ritiene che l'art. 618 c.p.c. preveda unicamente il termine per l'iscrizione a ruolo della causa e non anche per la costituzione in giudizio dell'opponente. Ne consegue non solo l'impossibilità di applicare il meccanismo dell'art 171 c.p.c. (secondo il principio espresso da Cass. n. 3626 del 2014) per sanare la tardiva costituzione dell'attore, ma anche l'improcedibilità dell'opposizione.

In tal caso, infatti, si tratterebbe di tardiva iscrizione della causa a ruolo con violazione di un termine espressamente indicato come perentorio, che avrebbe come conseguenza l'improcedibilità del giudizio. È consolidato il principio per cui i termini perentori non sono prorogabili, né soggetti a sospensione o interruzione, se non nei casi previsti dalla legge, sicché resta a carico di chi non lo rispetti il rischio delle conseguenze pregiudizievoli o della decadenza per il mancato rispetto del termine stesso (così Cass.,17-01-2018, n. 1058).

Altro orientamento, viceversa, assegna rilievo al fatto che il compimento delle formalità di iscrizione della causa a ruolo abbia la sola funzione di rimarcare la diversa cognizione, sommaria nella prima fase, piena nella seconda, tipica della struttura bifasica del giudizio di opposizione (*ex multis*, Cass. n. 19905 del 27/07/2018).

Gli argomenti addotti dalla Corte sono molteplici: l'art. 618 c.p.c. non prevede alcun dimezzamento del termine di costituzione in giudizio né la norma provvede ad indicare che ad essere ridotti siano i termini per l'iscrizione della causa a ruolo (prevedendo solo che siano ridotti della metà i termini a comparire dell'art 163 *bis* c.p.c.).

Ai fini della verifica del rispetto del termine decadenziale stabilito dal G.E. per l'introduzione

della fase di merito è del tutto irrilevante il compimento delle formalità inerenti all'iscrizione a ruolo della causa, dovendosi questo considerare come un atto distinto "*per natura e per effetti dalla costituzione in giudizio, sicché la mancanza o la tardività della prima non sortisce alcun effetto sulla procedibilità della domanda di opposizione*". La perentorietà del termine, quindi, deve riferirsi esclusivamente all'introduzione del giudizio di merito, che si compie con la notifica dell'atto di citazione (o col deposito del ricorso, ove si applichi il rito del lavoro).

Nemmeno potrebbe darsi rilevanza a un meccanismo che preveda l'automatico dimezzamento dei termini per l'iscrizione a ruolo a fronte del dimezzamento *ex lege* dei termini a comparire e ciò perché i termini a comparire sono stati ridotti ai sensi dell'art. 163 *bis* c.p.c. in virtù d'un provvedimento *ad hoc* del capo dell'ufficio giudiziario, su istanza di parte, e ricorrendo giusti motivi, non già *a priori* ed *ex lege*.

Emerge *ictu oculi*, pertanto, che l'art 618 c.p.c. non prevede alcuna fissazione del termine per l'iscrizione a ruolo, sussistendo di fatto una distinzione netta fra questo e i termini a comparire; lo scopo della norma, infatti, consiste nell'affermare la necessarietà dell'iscrizione a ruolo solo per ribadire l'eterogeneità delle fasi, l'una, a cognizione sommaria, e l'altra a cognizione piena, limitandosi quindi a fornire una disciplina del solo termine per l'introduzione della fase di merito e non anche di quello per l'iscrizione a ruolo.

Consegue da quanto detto che, ove il termine per l'iscrizione a ruolo non dovesse essere rispettato, troveranno applicazione le regole di cui agli artt. 171 e 307 c.p.c., comma 1 che ammette la possibilità di riassumere il giudizio entro tre mesi, se nessuna delle parti si sia costituita tempestivamente.

Obbligazioni e contratti

Invalida per derivazione la clausola contrattuale che risulta legata funzionalmente ad altra nulla

di **Paolo Cagliari**

Cass. civ., sez. III, 25 giugno 2019, n. 16907 – Pres. Travaglino – Rel. Cricenti

Parole chiave: Contratto di *leasing* – Clausola di adeguamento del canone – Rinvio a elementi esterni al contratto – Incertezza nell'individuazione del criterio di calcolo – Indeterminatezza dell'oggetto della clausola – Sussistenza – Nullità della clausola

[1] Massima: *La clausola del contratto di leasing avente per oggetto l'adeguamento del canone mediante rinvio a dati o criteri di calcolo esterni al contratto che non siano facilmente individuabili o che non conducano a un risultato univoco è nulla per indeterminatezza ovvero indeterminabilità dell'oggetto.*

Disposizioni applicate: cod. civ., art. 1346.

Parole chiave: Contratto – Clausola nulla per indeterminatezza dell'oggetto – Richiamo della clausola nulla da parte di altra clausola – Nullità derivata – Sussistenza

[2] Massima: *Quando il contenuto di una clausola contrattuale è determinato da quello di un'altra, in modo tale che la prima opera in funzione di quanto previsto dalla seconda, la nullità per indeterminatezza dell'oggetto di quest'ultima si comunica anche all'altra, che deve, quindi, essere dichiarata invalida.*

Disposizioni applicate: cod. civ., artt. 1346, 1418, 1419.

CASO

L'istituto di credito con cui una società aveva stipulato un contratto di *leasing* per finanziare l'acquisto di un immobile da edificare prevedente un piano di ammortamento composto da 96 rate mensili, veniva citato in giudizio perché fosse accertato che le due clausole di indicizzazione del canone (una prima legata al tasso di interesse cosiddetto *Libor*; una seconda legata al tasso di cambio tra euro e franco svizzero) costituissero, in realtà, strumenti derivati di investimento, incidenti sulla causa concreta del contratto, che il loro contenuto non era né determinato né determinabile e che il tasso di interesse risultante dalla loro applicazione era usurario.

La sentenza di primo grado – la quale, pur accogliendo la doglianza relativa alla natura di derivati delle due clausole, non ne aveva ravvisato l'invalidità – veniva ribaltata in appello, dal momento che il giudice di secondo grado riteneva nulle entrambe le clausole per indeterminatezza dell'oggetto.

La banca proponeva, quindi, ricorso per cassazione, svolgendo due motivi di censura: con il primo, veniva lamentata l'erroneità dell'affermazione secondo cui l'oggetto della prima clausola di indicizzazione del canone (che faceva riferimento al *Libor*) era indeterminato, mentre, con il secondo, veniva contestato il ragionamento che aveva indotto la corte di appello a ritenere nulla per invalidità derivata anche la seconda clausola di indicizzazione (legata al tasso di cambio tra euro e franco svizzero e applicabile una volta effettuato l'adeguamento del canone in base al *Libor*).

SOLUZIONE

[1] La Corte di cassazione ha respinto il ricorso, affermando che l'impossibilità di individuare in modo certo e univoco il tasso di interesse al quale faceva riferimento la prima clausola di indicizzazione del canone rendeva l'oggetto di quest'ultima indeterminato ovvero indeterminabile, sicché correttamente ne era stata dichiarata la nullità.

[2] I giudici di legittimità hanno pure ritenuto condivisibile l'affermazione per cui, una volta accertato che la seconda clausola di indicizzazione del canone era strettamente e funzionalmente collegata alla prima, la nullità di questa si comunicava anche all'altra.

QUESTIONI

[1] La sentenza che si annota ha risolto le questioni sottoposte al suo esame facendo esclusivo riferimento alla validità o meno delle clausole contrattuali denunciate sotto il profilo della determinatezza o determinabilità del loro oggetto; è rimasta sullo sfondo, invece, la problematica relativa alla loro natura effettiva di strumenti derivati di investimento (che pure era stata sollevata dalla società attrice in primo grado).

In effetti, l'ampia e apprezzabile ricostruzione del contenuto e del significato delle clausole del contratto di *leasing* operata dai giudici di legittimità avrebbe reso ancora più interessante un pronunciamento esplicito sul punto, anche se il passaggio motivazione secondo cui "*Le parti si danno atto però che tale clausola ha natura aleatoria, in quanto il guadagno dell'una o dell'altra dipende da elementi di incertezza che stanno alla base dei rapporti di cambio tra le due monete e che quei rapporti fanno variare imprevedibilmente. Si può intuire una conclusione, intanto: che pur essendo queste clausole formalmente qualificate come di adeguamento del canone, di fatto non lo sono, o lo sono solo in modo affatto particolare*", lascia in qualche maniera trasparire quale sarebbe stata la decisione.

Come detto, la prima clausola di indicizzazione era legata al *Libor*, nominato in franchi svizzeri e assunto a tre mesi, mentre la seconda era legata al tasso di cambio tra euro e franco

svizzero.

Come puntualizzato nella sentenza, il *Libor* (acronimo di London Interbank Offered Rate) è un tasso di interesse indicativo medio al quale alcune banche selezionate si concedono reciprocamente prestiti nel mercato londinese e che non si riferisce a transazioni effettive: intorno alle ore 11 di ogni giorno lavorativo, infatti, le banche interessate dichiarano a quale tasso prevedono di potere ottenere in un determinato periodo un prestito nel mercato monetario interbancario. Il *Libor* costituisce il tasso medio risultante sulla base di tali dichiarazioni e può essere nominato in cinque diverse valute correnti, nonché rilevato a periodicità diverse (per esempio, ogni giorno, settimanalmente, mensilmente e via dicendo).

La particolarità di questa prima clausola del contratto di *leasing* oggetto di contenzioso risiedeva nel fatto che le variazioni (in aumento o in diminuzione) del *Libor* non andavano a incrementare o a diminuire l'entità nominale del canone, ma venivano conteggiate a parte, mediante accredito o addebito sul conto dell'utilizzatore della somma corrispondente alla variazione.

In virtù di quanto previsto dalla seconda clausola di adeguamento del canone, invece, una volta effettuata l'indicizzazione con riferimento al *Libor*, veniva calcolato un ulteriore aggiornamento in aumento o in diminuzione, a seconda che il rapporto di cambio tra euro e franco svizzero fosse aumentato o diminuito rispetto a quello dichiarato e accettato in contratto; anche in questo caso, peraltro, tali variazioni non influivano sull'entità nominale del canone, ma venivano regolate in conto, analogamente a quanto visto in precedenza.

Fatta questa premessa, la Corte di cassazione ha condiviso l'assunto del giudice di appello (fondato sulle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio espletata in corso di causa) secondo cui, stante il contenuto della clausola contrattuale che richiamava il *Libor*, risultava obiettivamente difficile determinare il criterio di calcolo del tasso di riferimento per l'adeguamento del canone, essendo praticabili diverse formule per arrivare al risultato del calcolo, ciascuna delle quali portava a risultati differenti (indipendentemente dal fatto che gli scostamenti fossero consistenti oppure minimi, posto che ciò che interessa, ai fini della variabilità del criterio di calcolo e quindi della sua indeterminatezza, è che una differenza, sia pure contenuta, vi sia); tant'è vero che la stessa banca, dopo l'emissione di una serie di fatture, aveva ravvisato un errore nei calcoli effettuati (segno della non univocità del criterio di calcolo) ed emesso conseguenti note di credito a favore dell'utilizzatore.

Sulla scorta di ciò, i giudici di legittimità hanno dato continuità all'orientamento secondo cui, onde ritenere sussistente il requisito della determinabilità dell'oggetto del contratto ai sensi dell'art. 1346 c.c., il tasso di interesse applicabile deve essere desumibile dal testo negoziale, senza alcun margine di incertezza o di discrezionalità, anche quando venga individuato *per relationem*, ossia rinviando a dati esterni conoscibili a priori, dettati per eseguire un calcolo matematico il cui criterio di esecuzione risulti con esattezza dallo stesso contratto; ciò che conta, dunque, non è la facilità o la difficoltà del calcolo, ovvero la perizia necessaria per la sua esecuzione, ma la facile e certa individuabilità (in base a quanto previsto dalla clausola

contrattuale) dei dati e dei criteri necessari per effettuarlo (vengono richiamate, tra le altre, Cass. civ., sez. VI, 30 marzo 2018, n. 8028; Cass. civ., sez. III, 27 novembre 2014, n. 25205; Cass. civ., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2317; Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2005, n. 22898).

[2] Nell'affrontare il secondo motivo di censura, inerente all'invalidità della clausola di indicizzazione che faceva riferimento al rapporto di cambio tra euro e franco svizzero, la Corte di cassazione conferma la sussistenza di uno stretto collegamento tra essa e quella che, sempre in tema di adeguamento del canone, rimandava al *Libor*, dal momento che quest'ultimo adeguamento fungeva da presupposto e da condizione di operatività dell'altro.

Respingendo la tesi – propugnata dalla banca ricorrente – secondo cui il problema della determinabilità del contenuto di una clausola va risolto con esclusivo riferimento alla clausola stessa ovvero al suo interno, i giudici di legittimità rilevano che la prima clausola di indicizzazione determinava il contenuto della seconda, che presupponeva un calcolo previamente fatto sulla base del tasso *Libor* (la cui individuazione, come accertato, non era univoca), sicché tra le due clausole vi era un evidente rapporto di derivazione funzionale (non solo cronologico, ma logico).

L'affermazione si pone in perfetta coerenza con quanto evidenziato relativamente al primo motivo di ricorso: se una clausola contrattuale rinvia a un'altra clausola, ovvero la richiama o, comunque, implica o presuppone l'applicazione di quanto in essa previsto, l'invalidità della clausola richiamata non può che comunicarsi anche a quella richiamante, analogamente a quanto avviene allorquando una clausola negoziale rimandi a elementi esterni al contratto (essendo indifferente, a tali fini, che l'elemento di incertezza sia interno o esterno al contratto).

Sotto questo profilo, una conclusione diversa da quella fatta propria dalla sentenza che si annota non sarebbe predicabile invocando la regola dettata dall'art. 1419 c.c., secondo cui l'invalidità di singole clausole non importa la nullità dell'intero contratto se, anche in loro assenza, le parti lo avrebbero nondimeno concluso o se dette clausole sono sostituite di diritto da norme imperative, sia pure tenendo conto del fatto che il principio di conservazione del negozio giuridico affetto da nullità parziale è la regola, mentre l'estensione all'intero contratto della nullità che affligge una sua parte costituisce l'eccezione (Cass. civ., sez. I, 13 giugno 2008, n. 16017; Cass. civ., sez. II, 26 maggio 2008, n. 13561; Cass. civ., sez. III, 16 dicembre 2005, n. 27732; Cass. civ., sez. III, 27 gennaio 2003, n. 1189): nel caso esaminato dalla sentenza che si annota, infatti, non si trattava solo di espungere dal regolamento negoziale la clausola o le clausole affette da invalidità, ma del venire meno, per effetto della nullità per indeterminatezza della prima clausola di indicizzazione del canone, del substrato sostanziale che dava corpo e contenuto alla seconda (che veniva così privata di una parte senza la quale, secondo le previsioni delle parti, non poteva operare, visto il legame funzionale che univa le due clausole).

Master di specializzazione
REDAZIONE DEI CONTRATTI COMMERCIALI
Scopri le sedi in programmazione >

Proprietà e diritti reali

I limiti dell'accesso al fondo altrui per l'esecuzione di lavori condominiali

di **Saverio Luppino**

Corte Civile di Appello di Reggio Calabria, rep. 632/18 del 13.5.2019 (inedita)– Rel. Est. Dott. Laudadio

Art. 843 c.c.

"Il requisito della necessità dell'accesso o del passaggio, in quanto non caratterizzato da un ulteriore qualificazione di assolutezza, deve essere inteso nel senso che tali accesso e passaggio debbano essere consentiti osservandosi un equo contemperamento degli opposti interessi. Quindi adottando, tra più soluzioni possibili, quella che consenta di raggiungere lo scopo perseguito dalla norma (con l'imposizione di siffatta obbligatio propter rem) ***anche con il minor sacrificio di colui che chiede il passaggio o l'accesso".***

FATTO

Nella fattispecie sottoposta all'attenzione della Corte d'appello, tra le varie questioni, costituisce oggetto del commento quella sulla legittimità o meno, dell'occupazione di un terrazzo di proprietà di un terzo/ convenuto, per la realizzazione di lavori di manutenzione straordinaria su parti condominiali.

Il giudice di primo grado, infatti, aveva ritenuto l'insussistenza del requisito della necessità di cui all'articolo 843 cc., comma 1^ e conseguentemente aveva respinto la domanda proposta dal Condominio di potere occupare una parte del terrazzo privato, con i ponteggi dell'impresa esecutrice di lavori su parti condominiali.

In effetti, secondo il ragionamento del giudice di prime cure, la circostanza emersa in corso di CTU, che i lavori condominiali potessero eseguirsi utilizzando un "ponteggio sospeso", a prescindere dall'aggravio di spesa (cinque volte superiore) per l'esecuzione, comportava il venir meno del requisito di legge della "necessità" dell'occupazione e quindi impediva l'applicazione dell'articolo 843 c.c., potendo il terzo rifiutare il passaggio al Condominio.

Il Condominio impugna in grado d'appello la decisione del giudice di prime cure, sostenendo che **l'analisi costi/benefici** e quindi l'aggravio di spesa previsto per il "ponteggio sospeso", rispetto a quella modesta, prevista per quello tradizionale, **integrerebbe comunque il requisito della necessità**, non avendo il Tribunale correttamente tenuto conto della: "*valutazione*

comparativa dei contrapposti interessi delle parti e la verifica che la soluzione prescelta sia l'unica possibile o quella che consenta il raggiungimento dello scopo con il minor sacrificio possibile sia di chi chiede il passaggio sia del proprietario del fondo che debba subirlo".

SOLUZIONE

La Corte d'appello accoglie il gravame e consente al Condominio di occupare il terrazzo di proprietà del terzo.

QUESTIONI

La questione coinvolta è di immediata evidenza pratica e si presenta e ripresenta correntemente nei rapporti tra confinanti.

L'articolo 843 c.c. è la norma che consente di regolamentare i possibili conflitti insorgenti tra proprietà vicine, attraverso un equo contemperamento delle specifiche esigenze in gioco: da una parte quella di costruzione riparazione di un "muro" e/o "un'opera del vicino o comune" e dall'altra l'accesso al fondo, che contrasta con il pieno ed esclusivo godimento sancito dall'art. 832 c.c. che non ammette limiti all'esercizio del diritto di proprietà, inteso quale diritto inviolabile, se non nei casi previsti dalla legge[1].

La Corte calabrese opportunamente specifica che il requisito afferente "**la necessità**" e di cui alla norma citata, deve essere riferito non all'opera da compiere, **ma all'acceso ed al passaggio,** richiamando pacifica giurisprudenza in argomento[2].

In ipotesi di scelta tra più soluzioni possibili per il raggiungimento dello scopo, deve essere preferita quella che consenta il minor sacrificio sia di chi chiede il passaggio che del proprietario del fondo che deve subirlo[3].

Pertanto, è compito del giudice del merito – rimando insindacabile tale giudizio, in sede di impugnazione in Cassazione – la valutazione circa la situazione dei luoghi ed il contemperamento degli interessi delle due parti coinvolte.

Attraverso l'applicazione dei ridetti principi, che costituiscono ius receptum in materia, riforma la sentenza di primo grado e facendo tesoro di quanto emerso in sede di CTU, rileva come la realizzazione di in ponteggio per così dire "tradizionale" a differenza di quello "sospeso", consenta un notevole risparmio di spesa al Condominio, non rilevando affatto che in ipotesi di ponteggio sospeso e, quindi, di maggior aggravio di costi, l'importo sia suscettibile di una ripartizione interna tra condomini pro quota e che quindi tale circostanza imponga la prevalenza della soluzione più onerosa, poiché comunque rimane una complessiva sproporzione tra i due esborsi che non giustifica il sacrificio ***di colui che chiede il passaggio o l'accesso***.

La corte censura il ragionamento fatto proprio dal giudice di primo grado, secondo cui non ha

alcuna rilevanza nella contemperazione degli interessi in gioco, anche il profilo di assicurare un risparmio di spesa, atteso che seppur suddivisa tra più condomini pro quota, la spesa per la costruzione di un ponteggio "sospeso", risultava cinque volte superiore, rispetto a quella del ponteggio tradizionale.

[1] La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma, il 4 novembre 1950 (Protocollo Addizionale)

[2] Ex plurimis: Cass. civ. sez. II, 28234/08; sez. II2274/1995.

[3] Cass. civ. sez. II 1801/07; 685/06; 3494/75.

Diritto successorio e donazioni

Momento perfezionativo dell'accettazione di eredità da parte di minore

di **Matteo Ramponi**

SUCCESSIONI "MORTIS CAUSA" – ACCETTAZIONE DELL'EREDITÀ CON BENEFICIO DI INVENTARIO – CASI OBBLIGATORI – EREDITÀ DEVOLUTE A MINORI O INTERDETTI – Mancata rinuncia all'eredità da parte del legale rappresentante del minore – Diritto del minore divenuto maggiorenne di rinunziare all'eredità – Esclusione – Fondamento.

L'art. 489 c.c. non attribuisce al minore, il cui legale rappresentante non abbia rinunciato all'eredità, il diritto di rinunciarvi al compimento della maggiore età, ma soltanto la facoltà di redigere l'inventario nel termine di un anno dal suo compimento così da garantire la sua responsabilità "intra vires hereditatis".

Disposizioni applicate

Cod. Civ.: artt. 471, 484, 485, 489

[1] Caia – all'epoca del giudizio di primo grado e dell'introduzione del gravame di appello minorenne – si vedeva condannata, in prime cure, al rilascio di un immobile ed al pagamento di canoni di locazione e indennità di occupazione; fattispecie relativamente alla quale ella aveva invocato la limitazione di responsabilità per aver accettato l'eredità con beneficio di inventario, sebbene non avesse redatto l'inventario stesso.

Anche innanzi alla corte d'appello, non vedeva accolte le proprie istanze.

Il giudice di secondo grado, a sostegno della decisione, considerava che, "*essendo all'emissione della sentenza di primo grado in corso il termine per l'inventario, la sentenza di condanna della minore quale erede da parte del tribunale fosse pienamente legittima, dovendo la stessa – in conseguenza dell'accettazione beneficiata – rispondere intra vires o ultra vires, rispettivamente a seconda dell'avere o non avere essa adempiuto all'onere di compiere l'inventario nel termine*".

La corte d'appello ha ritenuto infondato l'argomento dell'appellante secondo cui ex art. 489 c.c., non fosse possibile, pendente il termine dell'inventario, alcuna condanna dell'accettante beneficiata. Ha poi ritenuto che la rinuncia all'eredità successivamente operata dalla minore (nel frattempo divenuta maggiorenne) fosse *tamquam non esset*, essendo possibile la sola limitazione di responsabilità per chi avesse comunque accettato, se l'inventario fosse stato redatto nel termine.

Caia proponeva ricorso avanti la suprema corte, fondandolo su due motivi.

Con il primo lamentava violazione degli artt. 474 e 484 c.c. e ss., ritenendo che "*non sarebbe possibile, pendente il termine dell'inventario, alcuna condanna dell'accettante con beneficio, da considerarsi mera chiamata, acquistandosi la qualità di erede attraverso una fattispecie a formazione progressiva costituita dall'accettazione beneficiata seguita dall'inventario nel termine*".

Riteneva, poi (secondo motivo), che il giudizio di secondo grado fosse da riformare nella parte in cui si riteneva che la rinuncia all'eredità, operata dalla minore, fosse *tamquam non esset*. Secondo la ricorrente "*trattandosi di una fattispecie a formazione progressiva, l'accettazione non si sarebbe compiuta senza inventario, restando la minore semplice chiamata. L'art. 471 c.c., nel disporre che non si possono accettare eredità devolute ai minori e agli interdetti se non con il beneficio, lascerebbe aperta la possibilità che, qualora il legale rappresentante non abbia compiuto l'inventario, trovi applicazione l'art. 489 c.c., che stabilisce che i minori e gli altri incapaci non si intendono decaduti, se non al compimento di un anno dalla maggiore età o dal cessare dell'incapacità. Il minore per il quale sia stata operata accettazione beneficiata, secondo la ricorrente, qualora non compia l'inventario entro l'anno dalla maggiore età, non diverrebbe erede puro e semplice, in quanto ciò contravverrebbe alla ratio protettiva dell'art. 471 c.c.. Anche, dunque, a voler ritenere inefficace la rinuncia effettuata, la ricorrente resterebbe mera chiamata*".

[2] La Corte di Cassazione ha esaminato congiuntamente i motivi, ritenendoli infondati e rigettando il ricorso.

Nel percorso argomentativo a sostegno della propria decisione, gli Ermellini – dopo aver richiamato il beneficio di inventario quale unica modalità possibile di accettazione da parte di minori – affermano che "*qualora il genitore esercente la responsabilità sul figlio minore, chiamato all'eredità, o comunque il legale rappresentante, faccia l'accettazione prescritta dall'art. 471 c.c., a ciò autorizzato, ne deriva – diversamente da quanto opinato da parte ricorrente – l'acquisto da parte del minore della qualità di erede. Se il rappresentante non compie l'inventario – necessario per poter fruire della limitazione della responsabilità – si pone, per i minori e altri incapaci, una particolare ulteriore tutela: l'inapplicabilità della decadenza dal beneficio di inventario così come prevista in generale per i soggetti capaci, prevedendo la norma speciale dell'art. 489 c.c., che i minori, gli interdetti e gli inabilitati non si intendono decaduti dal beneficio d'inventario, se non al compimento di un anno dalla maggiore età o dal cessare dello stato d'interdizione o d'inabilitazione, qualora entro tale termine non si siano conformati alle norme della presente sezione*" richiamando ulteriori precedenti giurisprudenziali a sostegno della posizione assunta (Cass. n. 1267 del 27/02/1986; Cass. n. 21456 del 15/09/2017 e, soprattutto, Cass. n. 8832 del 23/08/1999 e Cass. n. 8034 del 19/07/1993 a giudizio della quale "*l'art. 489 c.c., non attribuisce al minore, il cui legale rappresentante non abbia rinunciato a suo nome all'eredità, il diritto di rinunciarvi al compimento della maggiore età, ma soltanto la facoltà di redigere l'inventario nel termine di un anno dal compimento della maggiore età, in guisa da garantire la sua responsabilità intra vires hereditatis*".

Secondo i giudici di legittimità, la tesi della ricorrente sarebbe viziata "*da una confusione circa*

il portato della nozione di fattispecie a formazione progressiva, riferita dalla dottrina e dalla giurisprudenza all'accettazione beneficiata (composta da dichiarazione e inventario, solo dopo la progressione verificandosi la limitazione di responsabilità) e non già all'acquisto della qualità di erede (fattispecie che si compie uno actu *con la dichiarazione di accettazione con beneficio).*"

[3] Si può concordare con la Suprema Corte circa la confusione che si rinviene in merito al ruolo occupato dalla redazione dell'inventario nell'accettazione beneficiata ed accogliersi con favore lo pronuncia epigrafata. Ma non può tacersi che la "confusione" in cui si afferma essere incorsa la ricorrente è probabilmente dovuta anche ai precedenti giurisprudenziali della Cassazione stessa.

E' proprio la Suprema Corta, nella pronuncia n. 9514 del 12 aprile 2017 ad affermare come "*nel caso che l'accettazione con beneficio d'inventario costituisce l'unico modo di accettazione previsto dalla legge, come nel caso in esame avente ad oggetto una eredità devoluta a persona giuridica, il mancato perfezionamento del modulo legale non può che importare il* ***non conseguimento dello agognato status di erede***" con ciò, evidentemente rigettando l'opinione che vede nella dichiarazione di accettazione il momento in cui si diviene eredi.

Ancora, più di recente, si è statuito che *"in tema di accettazione dell'eredità,* ***l'inefficacia giuridica della dichiarazione di accettazione beneficiata non seguita dalla tempestiva redazione dell'inventario****, non esclude che, entro il termine di prescrizione e salva la scadenza del termine fissato ai sensi dell'art. 481 c.c., l'ente chiamato all'eredità possa nuovamente dichiarare la sua accettazione con beneficio d'inventario*" (così, Cass. Civ., Ordinanza n. 14442 del 27/05/2019). Anche in tal caso, è di tutta evidenza che i giudici ritengano come non acquisita la qualità di erede (diversamente non sarebbe possibile una "nuova" accettazione).

Anche nella Suprema Corte, dunque, sembra rinvenibile la stessa confusione che viene "imputata" alla ricorrente[1].

A ben vedere, le questioni sorgono solo nelle ipotesi di eredità devolute a soggetti che non possono accettare se non con beneficio di inventario (minori, incapaci, persone giuridiche diverse dalle società…). Nelle ipotesi "ordinarie" al mancato compimento dell'inventario nei termini consegue la responsabilità illimitata per i debiti di un'eredità che, senza dubbio, si è già accettata.

Orbene, a giudizio dello scrivente, la previsione normativa che impone la procedura beneficiata ad alcuni soggetti, non può portare a riconoscere una diversa natura giuridica, a seconda dei casi, all'accettazione con beneficio di inventario, istituto tipico ed unico.

Si tratta sì di una fattispecie a formazione progressiva, ma solo relativamente al perfezionamento del beneficio, ossia al fine di ottenere l'effetto di segregazione patrimoniale tipico di esso.

Non possono non riconoscersi effetti autonomi – e indipendenti dalla successiva redazione

dell'inventario – alla dichiarazione di accettazione dell'eredità. A tale dichiarazione consegue, necessariamente, l'acquisizione della qualità di erede.

Ne deriva che, in caso di eredi incapaci, qualora l'accettazione con beneficio sia stata effettuata nei termini e secondo le modalità di legge, anche in assenza di redazione dell'inventario, costoro avranno acquisito la qualità di eredi e l'incapace sarà erede beneficiato e potrà adeguarsi, per non decadere, alle norme sul beneficio entro un anno dalla cessazione della causa di incapacità o dal compimento della maggiore età.

Ciò rileva, soprattutto, ai fini della prescrizione del diritto di accettare l'eredità. Se, infatti, la dichiarazione di accettazione dovesse ritenersi non sufficiente a far acquisire lo status di erede in capo al soggetto incapace, costui non potrebbe, qualora fossero passati più di dieci anni tra l'apertura di successione e la cessazione della causa di incapacità, accettare l'eredità – né con beneficio di inventario, né puramente e semplicemente – poiché il relativo diritto sarebbe prescritto (le norme che prevedono la non decadenza dal beneficio, di certo, non incidono sulla decorrenza del termine prescrizionale). Diversamente ragionando dovrebbe concludersi, come pure si è sostenuto, per l'impossibilità per il minore divenuto maggiorenne di acquistare l'eredità, con la tutela relegata ad un'azione di responsabilità nei confronti dei propri rappresentanti legali per non avere adeguatamente curato i suoi interessi.[2]

[1] Si veda, ancora, Cass. Civ., Sez. 2, sentenza n. 21456 del 15/09/2017: "*L'art. 471 c.c., disponendo che le eredità devolute ai minori e agli interdetti non si possono accettare se non con il beneficio di inventario, esclude che il rappresentante legale dell'incapace possa accettare l'eredità in modo diverso, sicché l'eventuale accettazione tacita, fatta dal rappresentante con il compimento di uno degli atti previsti dall'art. 476 c.c., non produce alcun effetto giuridico nei confronti dell'incapace. Tuttavia, se a seguito dell'inefficace accettazione dell'eredità per suo conto fatta dal legale rappresentante il soggetto già minore d'età non provvede- ai sensi dell'art. 489 c.c.- a conformarsi alle disposizioni degli artt. 484 e segg. c.c. entro l'anno dal raggiungimento della maggiore età, rimane ferma con pieni effetti l'accettazione pura e semplice già avvenuta nel suo interesse ed acquistano efficacia anche tutti gli atti inerenti all'eredità accettata posti in essere dal rappresentante legale del minore*".

[2] Sull'argomento si veda, anche, M. Ramponi "*L'accettazione di eredità ed il perfezionamento del beneficio di inventario*", in EC Legal del 3 maggio 2017, nota a Cass. Civ. Sezione II, sentenza n. 9514 del 12 aprile 2017

Diritto e reati societari

Non è nullo l'atto solutorio che estingua il debito postergato in violazione dell'art. 2467 c.c.

di **Mario Cascavilla**

Trib. Milano, Sez. spec. in materia di imprese, sentenza del 2 luglio 2019

Parole chiave: postergazione – finanziamento soci – vendita – *aliud pro alio* – risoluzione del contratto.

Massima: *"Dal dato letterale dell'articolo 2467 c.c., che pone un principio fondamentale in tema di assunzione in capo al socio del rischio di impresa, emerge che la scelta sistematica del legislatore è stata, nelle ipotesi in cui i soci effettuano finanziamenti alla società che versa in situazione di squilibrio finanziario e di crisi qualificata, di prevedere non la nullità dell'atto solutorio, ma un meccanismo che incide direttamente sugli effetti del negozio di finanziamento e sull'ordine di soddisfazione dei crediti, postergando, come effetto sostanziale automatico, il diritto alla restituzione dell'investito nella società sotto forma di capitale di debito e non capitale di rischio".*

Disposizioni applicate: art. 2467 c.c. – art. 1418 c.c. – art. 1453 c.c..

Con la pronuncia in commento il Tribunale di Milano chiarisce le conseguenze che debbono farsi derivare dalla violazione della disciplina sulla postergazione dei crediti dei soci, prevista all'art. 2467 c.c. Il tema ha, invero, costituito spesso oggetto di dibattito rispetto ad un altro profilo, ossia quello relativo a quali operazioni possano essere qualificate come "*finanziamento soci*", stante la formulazione della norma che, al comma 2°, parla di finanziamenti "*in qualsiasi forma effettuati*".

Come è noto, l'art. 2467 c.c. dispone che "*Il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito*". Rientrano nell'ambito di applicazione della previsione quei finanziamento effettuati in un momento in cui risulta ***(i)*** un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure ***(ii)*** una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento.

Nel caso in esame, parte attrice ha chiesto, *inter alia*, la declaratoria di nullità di due contratti collegati con i quali:

1. ha acquistato le partecipazioni detenute da una sua controllata in una terza società, ottenendone una partecipazione diretta (mentre in origine, la partecipazione

dell'attrice in detta terza società era mediata attraverso la catena di controllo di due società, tra cui la società cedente);
2. ha rinunciato a suoi crediti verso la cedente a fronte di una contestuale cessione di crediti da quest'ultima vantati per finanziamenti erogati a favore della terza società.

Ad avviso dell'attrice, la complessiva operazione negoziale – che, da un lato, ha portato all'estinzione di suoi crediti da finanziamento soci verso la controllata e, dall'altro, ad una **permuta degli stessi con finanziamenti di pari importo della cedente nella terza società –** avrebbe concretizzato un **sostanziale rimborso di finanziamento** anche alla luce del fatto che la cedente versasse in stato di insolvenza.

In questo scenario, l'operazione avrebbe determinando un risultato contrario alla norma imperativa di cui all'art. 2467 c.c..

Anzitutto, il Tribunale di Milano rileva la mancanza di allegazione da parte dell'attrice idonea a provare il "**momento**" nel quale i finanziamenti erogati a favore della società cedente sarebbero stati effettuati.

Questo dato deve essere allegato, poiché essenziale per dare la conseguente prova in ordine alla sussistenza, in tale momento, dei presupposti di crisi qualificata che comporta la qualificazione dei finanziamenti come postergati.

In secondo luogo, i Giudici chiariscono che anche volendo qualificare i finanziamenti erogati dall'attrice come soggetti alla disciplina della postergazione, non avrebbe potuto comunque condividersi la tesi relativa alla nullità dell'atto solutorio (che, nel caso di specie, era costituito dall'aver posto in essere l'attrice contestualmente una rinuncia ai crediti vantati verso la cedente e l'acquisto di crediti da quest'ultima vantati verso la terza società).

Secondo il Tribunale di Milano, infatti, "*dal dato letterale dell'art. 2467 c.c., che pone un principio fondamentale in tema di assunzione in capo al socio del rischio di impresa, emerge che **la scelta sistematica del legislatore è stata**, nelle ipotesi in cui i soci effettuano finanziamenti alla società che versa in situazione di squilibrio finanziario e di crisi qualificata, **di prevedere non la nullità dell'atto solutorio**, **ma un meccanismo che incide direttamente sugli effetti del negozio** di finanziamento e sull'ordine di soddisfazione dei crediti, **postergando**, come effetto sostanziale automatico, **il diritto alla restituzione dell'investimento nella società sotto forma di capitale di debito** e non capitale di rischio*".

Ne deriva che una operazione quale quella posta in essere tra le società, potrebbe tuttalpiù comportare ***(i)*** **responsabilità dell'organo amministrativo** laddove questo, posto di fronte alla richiesta di rimborso del prestito da parte del socio, in una situazione di perdurante crisi qualificata della società, non opponga l'eccezione di inesigibilità, oppure ***(ii)*** il diritto della società o della curatela alla restituzione se il pagamento è avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società.

Seminari di specializzazione
VALUTAZIONE DELLE AZIONI IN CASO DI RECESSO
Scopri le sedi in programmazione >

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Credito prededucibile anche in caso di consecuzione di procedure concorsuali omologhe

di **Paolo Cagliari**

Cass. civ., sez. I, 11 giugno 2019, n. 15724 – Pres. Didone – Rel. Pazzi

Parole chiave: Fallimento – Prededuzione – Privilegio – Identità degli effetti – Non sussiste

[1] Massima: *La prededuzione, a differenza del privilegio, non attribuisce una causa di prelazione, ma una precedenza processuale, in ragione della strumentalità dell'attività da cui il credito consegue agli scopi della procedura, onde renderla più efficiente.*

Disposizioni applicate: r.d. 267/1942, art. 111; cod. civ., artt. 2741 e 2745

Parole chiave: Fallimento – Consecuzione di procedure concorsuali – Finalità di risolvere la medesima situazione di crisi economica – Accertamento – Traslazione della prededuzione da una procedura all'altra – Configurabilità

[2] Massima: *La consecuzione di procedure concorsuali è un fenomeno generalissimo, consistente nel collegamento fra procedure concorsuali di qualsiasi tipo volte a regolare una coincidente situazione di dissesto dell'impresa, che trova nell'art. 69-bis l.fall. una sua particolare disciplina, nel caso in cui esso si atteggi a consecuzione fra una o più procedure minori e un fallimento finale. Il fenomeno della consecuzione funge da elemento di congiunzione fra procedure distinte e consente di traslare da una all'altra procedura la precedenza procedimentale in cui consiste la prededuzione, facendo sì che la stessa valga non solo nell'ambito in cui è maturata, ma anche nell'altra procedura che alla prima sia conseguita.*

Disposizioni applicate: r.d. 267/1942, artt. 69-*bis* e 111

CASO

Una società proponeva ricorso per concordato preventivo, che veniva abbandonato allorquando tutte le società del gruppo cui apparteneva pure l'originaria ricorrente avviavano una seconda procedura concordataria.

Anche quest'ultima, tuttavia, veniva abbandonata, dal momento che le medesime società presentavano una terza domanda prenotativa di concordato ai sensi dell'art. 161, comma 6, l.fall. (che prevedeva – tra l'altro – l'integrale pagamento in prededuzione dei crediti sorti nel

corso delle precedenti procedure concordatarie), alla quale faceva seguito il decreto di omologa del Tribunale di La Spezia.

Detto provvedimento veniva revocato dalla Corte di Appello di Genova, che, in accoglimento dei reclami proposti da alcuni creditori dissenzienti, rilevava come nella proposta concordataria non potessero essere inseriti in prededuzione i crediti – verso professionisti e fornitori – sorti in conseguenza delle due procedure concordatarie poi abbandonate, attesa l'autonomia e la discontinuità dell'ultima (che era stata omologata) rispetto a esse.

Il giudice del reclamo osservava anche che a una diversa conclusione non poteva pervenirsi sulla base dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale in tema di consecuzione fra procedure concorsuali, né avvalendosi del disposto dell'art. 182-*quater* l.fall. (dato che i crediti in questione non avevano natura di crediti da finanziamento) o dell'art. 111 l.fall. (non potendosi ritenere che i crediti sorti nel corso di una procedura concorsuale estinta per rinuncia fossero sussumibili tra quelli sorti in occasione o in funzione di una successiva procedura).

Il decreto della Corte di Appello di Genova veniva quindi impugnato con ricorso per cassazione, con cui veniva lamentata l'erroneità della statuizione che aveva negato la natura prededucibile a crediti sorti in occasione di una precedente procedura di concordato poi revocata.

SOLUZIONE

[1] La Corte di cassazione ha accolto il ricorso, ponendo in risalto – in primo luogo – i differenti effetti associati, rispettivamente, alla prededuzione e al privilegio.

[2] La Corte di cassazione ha – in secondo luogo – affermato che la prededuzione maturata nell'ambito di una prima procedura concorsuale, a determinate condizioni, operi pure in quella successiva, indipendentemente dalla presenza di una dichiarazione finale di insolvenza, per cui la Corte di Appello di Genova aveva errato nel ravvisarne l'insussistenza nel caso sottoposto al suo esame e nel revocare, per questo motivo, il decreto di omologazione della domanda di concordato.

QUESTIONI

[1] Nell'affrontare i motivi di doglianza articolati con il ricorso per cassazione, i giudici di legittimità hanno innanzitutto posto in risalto la differenza che intercorre tra la prededuzione e le altre cause legittime di prelazione (che l'art. 2741, comma 2, c.c. individua nei privilegi, nel pegno e nell'ipoteca).

L'istituto della prededuzione (contemplato dall'art. 111 l.fall., che si occupa dell'ordine di distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo fallimentare e che si applica indistintamente a tutte le procedure concorsuali regolate dal r.d. 267/1942) attribuisce ai

creditori della massa il diritto di essere soddisfatti con precedenza assoluta rispetto ai creditori concorrenti (anche nel caso in cui i loro crediti siano assistiti da cause legittime di prelazione) e prima del riparto, sia pure nei limiti della capienza dell'attivo realizzato.

La prededuzione attribuisce al credito sorto in occasione ovvero in funzione della procedura concorsuale in cui è destinata a esplicare i propri effetti una precedenza processuale, che trova giustificazione nella strumentalità – rispetto agli scopi della procedura medesima – dell'attività che determina l'insorgenza di tale credito; la precedenza si concretizza nella separazione delle somme necessarie per soddisfare il credito prededucibile dal ricavato dell'espropriazione forzata dei beni del debitore, in modo che non confluiscano nel novero di quelle destinate al pagamento della massa dei creditori concorsuali.

Il privilegio, invece, accorda una prelazione (ovvero una preferenza) al credito in ragione della causa dello stesso (art. 2745 c.c.): in virtù della particolare qualità del credito, al suo titolare viene consentito di soddisfarsi, in caso di concorso con altri creditori nell'esecuzione forzata, con priorità rispetto a questi ultimi, in deroga alla *par condicio creditorum*.

A differenza della prededuzione, quindi, il privilegio ha natura sostanziale, in quanto nasce prima e al di fuori del processo esecutivo, riguarda certi beni (e non l'intero patrimonio del debitore) e segue sempre il credito con il quale si trova in rapporto di accessorietà (mentre la prededuzione nasce e si realizza nella procedura concorsuale in cui ha avuto origine e, di converso, viene meno con la sua cessazione).

La prededuzione, dunque, non attribuisce una causa legittima di prelazione, ma una precedenza processuale che, peraltro, ben può affiancarsi ovvero aggiungersi alle cause legittime di prelazione ai fini della regolamentazione dei rapporti interni tra creditori appartenenti alla medesima categoria (nel senso che, quando l'attivo realizzato fosse insufficiente per soddisfare tutti i crediti prededucibili, questi ultimi dovranno essere graduati tenendo conto del privilegio o della prelazione ipotecaria che dovesse assistere uno o alcuni di essi).

Va aggiunto, inoltre, che mentre il privilegio è istituto di applicazione generale, la prededuzione opera solo nei settori specifici nei quali è prevista e disciplinata (oltre alla legge fallimentare, si veda, per esempio, l'art. 61, comma 3, d.lgs. 159/2011, che qualifica come prededucibili i crediti sorti in occasione o in funzione del procedimento di prevenzione). Nell'espropriazione forzata ordinaria, invece, non vi è una norma che sancisca la natura prededucibile di determinati crediti: gli artt. 2755 (con riferimento all'esecuzione forzata avente per oggetto beni mobili) e 2770 (con riguardo all'espropriazione forzata di beni immobili) c.c., infatti, riconoscono a quelli originanti da spese di giustizia fatte nell'interesse comune del ceto creditorio un più limitato privilegio speciale sui beni assoggettati a esecuzione (che, a termini dell'art. 2777 c.c., determina la prevalenza dei relativi crediti rispetto a ogni altro, anche se pignoratizio o ipotecario, sempre e comunque limitatamente al ricavato della vendita forzata dei beni sui quali insiste il privilegio).

[2] I giudici di legittimità hanno accolto la tesi secondo cui la prededuzione, in deroga al principio per cui la sua operatività è limitata all'ambito processuale nel quale ha avuto origine, sopravvive all'estinzione della procedura e si propaga a quella successiva, anche laddove non vi sia una consecuzione strettamente cronologica tra le procedure e indipendentemente dalla loro eterogeneità, ovvero anche se alla domanda di concordato preventivo non succede la dichiarazione di fallimento.

D'altronde, la giurisprudenza riconosce da tempo che la consecuzione di procedure concorsuali si ha sia quando a una procedura minore (quale viene considerata il concordato preventivo) faccia seguito il fallimento o l'amministrazione straordinaria (vengono citate, in particolare, Cass. civ., Sez. I, 29 gennaio 2010, n. 2167; Cass. civ., Sez. I, 3 febbraio 2006, n. 2437; Cass. civ., Sez. I, 13 dicembre 2002, n. 17844; Cass. civ., Sez. I, 29 settembre 1999, n. 10792; Cass. civ., Sez. I, 14 dicembre 1998, n. 12536; Cass. civ., Sez. I, 1 ottobre 1997, n. 9581), sia nei casi di successione di sole procedure minori (nel caso esaminato da Cass. civ., Sez. I, 8 aprile 2013, n. 8534, ove all'amministrazione controllata aveva fatto seguito il concordato preventivo, è stato evidenziato che proprio la ricorrente affermazione per cui, nel vigore della precedente formulazione dell'art. 111 l.fall., la prededuzione andava riconosciuta anche nella procedura di concordato preventivo – sia ove fosse successivamente intervenuto il fallimento, sia con riguardo a debiti contratti nello svolgimento della gestione della stessa procedura concordataria – aveva indotto il legislatore a modificare la norma nel senso di riconoscere la prededuzione ai crediti sorti in occasione o in funzione di tutte le procedure concorsuali disciplinate dalla legge fallimentare).

Sulla scorta del tenore letterale dell'art. 111 l.fall. (che, facendo riferimento, in modo generale, alle "*procedure concorsuali di cui alla presente legge*", sottende la possibilità di accordare la prededuzione a fronte di procedure fra loro consecutive), nonché alla luce dell'art. 6 del nuovo Codice della crisi d'impresa di cui al d.lgs. 14/2019 (che, al comma 1, riconosce la natura prededucibile ai crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore, la continuazione dell'esercizio dell'impresa, il compenso degli organi preposti e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi, mentre al comma 2 stabilisce che la prededuzione permane anche nell'ambito delle successive procedure esecutive o concorsuali), la Corte di cassazione conclude che "*la* consecutio procedurarum *è un fenomeno generalissimo consistente nel collegamento sequenziale fra procedure concorsuali di qualsiasi tipo volte a regolare una coincidente situazione di dissesto dell'impresa (vuoi che essa si atteggi come crisi, vuoi che consista in una situazione di insolvenza, dato che stato di crisi e stato di insolvenza possono rappresentare una mera distinzione di grado della medesima crisi economica) e unite da un rapporto di continuità causale e unità concettuale piuttosto che di rigorosa successione cronologica*". Di conseguenza, ai fini della valutazione della sussistenza di una successione qualificata di procedure, diviene irrilevante la presenza di una finale dichiarazione di insolvenza (in funzione dell'avvio di una procedura fallimentare o di amministrazione straordinaria).

L'attenzione, invece, deve appuntarsi sull'accertamento di un'effettiva consecutività dei procedimenti susseguitisi.

A tale riguardo, nella sentenza che si annota sono stati posti in risalto i seguenti elementi:

- la pluralità di domande di concordato preventivo non deve configurare un abuso (cioè deve essere volta alla regolazione della crisi dell'impresa attraverso un accordo con i suoi creditori e non a differire la dichiarazione di fallimento);
- nell'eventuale iato temporale fra le procedure susseguitesi tra loro, non deve essersi verificata, per effetto di un fattivo intervento dell'imprenditore posto in essere in esecuzione del tentativo di risanamento, una variazione sostanziale della consistenza economica dello stato di dissesto dell'impresa, tale da comportare una rilevante difformità rispetto alla situazione in precedenza apprezzata dagli organi giudiziari, dal momento che la consecuzione di procedure trova, da un lato, fondamento nella sovrapponibilità dei loro presupposti e, dall'altro lato, giustificazione nell'unica e comune finalità di dare soluzione alla medesima situazione di crisi economica (e non a una nuova, venutasi a determinare una volta che il precedente tentativo di risanamento abbia avuto buon esito).

In altre parole, il fenomeno della consecuzione funge da elemento di congiunzione fra procedure distinte ma dirette ad affrontare e risolvere la medesima situazione di crisi, evolventisi l'una nell'altra, sicché consente di traslare la prededuzione maturata nell'ambito della prima nella seconda (o nelle ulteriori che dovessero eventualmente succedere).

Da ultimo, atteso che l'art. 69-*bis* l.fall. prevede, al comma 2, che, nel caso in cui la domanda di concordato preventivo sia seguita dalla dichiarazione di fallimento, i termini rilevanti ai fini dell'inefficacia degli atti pregiudizievoli ai creditori e della loro revoca decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese, i giudici di legittimità hanno precisato che tale disposizione non ha carattere generale (sicché da essa non può evincersi che la consecuzione ricorre solamente quando alla procedura concorsuale minore segua il fallimento), essendo tesa a dettare una disciplina particolare – agli effetti considerati dalla norma – del fenomeno della consecuzione nel caso specifico in cui abbia per oggetto una o più procedure minori e un fallimento finale.

Diritto Bancario

Contratti d'investimento e uso selettivo della nullità di protezione: la decisione delle Sezioni Unite

di **Fabio Fiorucci**

È legittimo l'esercizio selettivo, da parte dell'investitore, di una azione di nullità "di protezione", ossia (opportunisticamente) diretta a colpire alcuni soltanto degli ordini di investimento eseguiti o tale esercizio può qualificarsi abusivo/contrario al canone, costituzionalmente fondato, della buona fede?

A tale quesito, di evidente impatto operativo, hanno risposto le Sezioni Unite con la recente sentenza del 4 novembre 2019 n. 28314.

L'uso selettivo del rilievo della nullità del contratto quadro, è osservato, non contrasta, in via generale, con lo statuto normativo delle nullità di protezione ma la sua operatività deve essere modulata e conformata dal principio di buona fede secondo un parametro da assumersi in modo univoco e coerente (ossia oggettivo). La nullità di protezione, infatti, dà concreta attuazione al principio (solidaristico e costituzionalmente fondato) di buona fede e correttezza contrattuale.

Per accertare se l'uso selettivo della nullità di protezione sia stato oggettivamente finalizzato ad arrecare un pregiudizio all'intermediario, si deve verificare l'esito degli ordini non colpiti dall'azione di nullità e, ove sia stato vantaggioso per l'investitore, porlo in correlazione con il *petitum* azionato in conseguenza della proposta azione di nullità.

Può verificarsi che gli ordini non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto un rendimento economico superiore al pregiudizio confluito nel *petitum*. In tale ipotesi, può essere opposta, ed al solo effetto di paralizzare gli effetti della dichiarazione di nullità degli ordini selezionati, l'eccezione di buona fede, al fine di non determinare un ingiustificato sacrificio economico in capo all'intermediario stesso. Può, tuttavia, accertarsi che un danno per l'investitore, anche al netto dei rendimenti degli investimenti relativi agli ordini non colpiti dall'azione di nullità, si sia comunque determinato. Entro il limite del pregiudizio per l'investitore accertato in giudizio, l'azione di nullità non contrasta con il principio di buona fede. Oltre tale limite, opera, ove sia oggetto di allegazione, l'effetto paralizzante dell'eccezione di buona fede.

Alla luce dei sintetici rilievi che precedono, le Sezioni Unite hanno enunciato il seguente principio di diritto: "*La nullità per difetto di forma scritta, contenuta nell'art. 23, comma 3, del d.lgs n. 58 del 1998, può essere fatta valere esclusivamente dall'investitore con la conseguenza che gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a suo vantaggio.*

L'intermediario, tuttavia, ove la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, può opporre l'eccezione di buona fede, se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno, alla luce della complessiva esecuzione degli ordini, conseguiti alla conclusione del contratto quadro".

Diritto del Lavoro

Periodo di comporto e licenziamento

di **Evangelista Basile**

Cassazione Civile, Sezione Lavoro, 13 settembre 2019, n. 22928

Recesso – licenziamento – superamento del periodo di comporto – fattispecie

Massima

In tema di licenziamento per superamento del periodo di comporto, devono essere inclusi nel calcolo del periodo, oltre ai giorni festivi, anche quelli di fatto non lavorati, che cadano durante il periodo di malattia indicato dal certificato medico, operando, in difetto di prova contraria (che è onere del lavoratore fornire), una presunzione di continuità, in quei giorni, dell'episodio morboso addotto dal lavoratore quale causa dell'assenza dal lavoro e del mancato adempimento della prestazione dovuta, con la precisazione che la prova idonea a smentire tale presunzione di continuità può essere costituita solo dalla dimostrazione dell'avvenuta ripresa dell'attività lavorativa.

Commento

Nel caso in esame la Corte di appello, in riforma della sentenza del Tribunale di primo grado, respingeva la domanda del lavoratore il quale aveva chiesto che venisse accertata l'illegittimità del licenziamento intimatogli dalla società per intervenuto superamento del periodo di comporto, che nel caso di specie era di 365 giorni. La Corte locale, a sostegno della propria decisione, aveva ritenuto che dal predetto periodo di comporto non potesse scomputarsi quello di congedo richiesto, ai sensi del d. lgs. n. 151/2001, per i giorni dal 2 al 27 dicembre 2014, al fine di assistere un familiare portatore di grave disabilità, posto che tale congedo era stato autorizzato dall'INPS ma la relativa istanza non era stata portata a conoscenza del datore di lavoro, in contrasto con le fonti regolatrici dell'istituto e, in particolare, con l'art. 4, comma 2, l. n. 53/2000 e con il Regolamento di attuazione emanato ai sensi del successivo comma 4 (decreto n. 278/2000 della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per gli affari Sociali). Anche la Corte di Cassazione, adita dal lavoratore, ne ha respinto il ricorso, precisando che il lavoratore che intenda fruire del congedo straordinario ha l'obbligo di presentare la relativa richiesta al proprio datore di lavoro. Secondo i giudici di legittimità tale obbligo emerge chiaramente dalle previsioni del D.M. n. 278/2000, laddove, in particolare, l'art. 2, comma 4, prevede che "il datore di lavoro è tenuto, entro dieci giorni dalla richiesta del congedo, a esprimersi sulla stessa e a comunicarne l'esito al dipendente". Si tratta di una esigenza di "contraddittorio tra il dipendente e il datore di lavoro", che permea l'intera normativa e che il Regolamento, al comma 3 dell'art. 2, pone quale limite essenziale

dell'autonomia collettiva, là dove prevede che i contratti collettivi possano disciplinare il procedimento per la richiesta e per la concessione o il diniego del congedo. Deriva da quanto detto sopra che l'istanza di congedo straordinario non solo deve essere trasmessa all'I.N.P.S. per le verifiche di competenza e in quanto soggetto che subisce l'onere finanziario del congedo, ma anche al datore di lavoro, per l'adozione delle misure organizzative e amministrative che la richiesta dovesse rendere necessarie. Inoltre, nel caso concreto, essendo pacifico in giudizio che il lavoratore aveva continuativamente "coperto" il periodo dal 2 al 27 dicembre 2014 con certificati di malattia, non vi è dubbio che un eventuale mutamento del titolo dell'assenza avrebbe richiesto un'istanza in tal senso rivolta al datore di lavoro.

Nuove tecnologie e Studio digitale

Saper creare una vision in studio: le regole della leadership in ambito legal

di **Mario Alberto Catarozzo - Business Coach e Formatore**

Il futuro sta arrivando più velocemente del previsto. Questo porta anche gli studi leali a doversi interrogare sui cambiamenti necessari per evitare di rimanere indietro. Molti concentrano l'attenzione sull'organizzazione di studio, altri sulla tecnologia, altri ancora sulla strutturazione del team. Tutto giusto e tutto utile. Va ricordato, però, che i veri cambiamenti, quelli duraturi, devono partire dall'alto e coinvolgere prima di tutto la mentalità di chi è al comando.

È così che la figura del dominus tradizionalmente intesa non è più sostenibile oggi. Non basta creare un gruppo di persone, per quanto organizzato, per avere una squadra. Non basta avere competenze giuridiche per essere performanti sul mercato e non basta fissare degli obiettivi per dire che si ha uno scopo comune.

DA GRUPPO A SQUADRA

Come nello sport, così in ogni altro settore, il passaggio da avere un gruppo di persone che lavorano sotto lo stesso tetto o con la stessa maglia avviene quando a quelle persone si da una vision comune, quindi molto di più di un obiettivo, una ragione per raggiungerlo.

Il gruppo lavora gomito a gomito, lavora vicino appunto, non è detto che lavori insieme.

Un buon gruppo ha regole comuni che ne scandiscono la vita e comincia a diventare un team nel momento in cui le persone sono dirette verso scopi comuni e sanno condividere il percorso per raggiungere tali scopi.

Il team così formato ha buone chanche di diventare una squadra se qualcuno al vertice saprà dare anima al team attraverso una vision, quindi degli scopi rivestiti di valore.

CONTINUA A LEGGERE

EVENTO GRATUITO
ORGANIZZAZIONE E FUTURO
DELLO STUDIO LEGALE
accedi al sito >