

## Edizione di martedì 3 dicembre 2019

### Procedimenti cautelari e monitori

**Opposizione a decreto ingiuntivo e onere di attivazione del procedimento di mediazione obbligatoria: lo stato dell'arte**

di **Valentina Baroncini**

### Procedimenti di cognizione e ADR

**Patrocinio a spese dello Stato: good news per consulenti, ausiliari, notai e custodi da parte della Consulta**

di **Franco Stefanelli**

### Esecuzione forzata

**L'estinzione dell'ultimo di plurimi pignoramenti presso terzi del medesimo conto corrente non autorizza la banca terza pignorata a svincolarlo, ancorché in buona fede**

di **Valentina Scappini**

### Obbligazioni e contratti

**Decesso del locatore usufruttuario: la ripetizione delle somme versate in eccedenza dal conduttore spetta agli eredi**

di **Emanuela Ruffo**

### Proprietà e diritti reali

**L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni da parte del locatore: conseguenze penali e civili**

di **Ilaria Ottolina**

### Diritto e procedimento di famiglia

**Collocamento preferenziale al padre più educativo e presente**

di **Giuseppina Vassallo**

## **Diritto e reati societari**

**La morte di tutti i soci di una società in accomandita semplice, in assenza di sostituzione, non determina l'estinzione della società, ma il suo scioglimento**

di **Dario Zanotti**

## **Procedure concorsuali e Diritto fallimentare**

**Riflessioni sui rapporti di pregiudizialità e coordinamento tra la procedura prefallimentare e la procedura per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione ex art. 182bis L.F.**

di **Giulia Ferrari**

## **Diritto Bancario**

**La fideiussione e il contratto di leasing sono soggetti all'obbligo di mediazione ex art. 5 D.Lgs. n. 28/2010?**

di **Fabio Fiorucci**

## **Diritto del Lavoro**

**L'account riconducibile ad una persona identificata o identificabile deve essere rimosso al termine del rapporto lavorativo**

di **Evangelista Basile**

## **Nuove tecnologie e Studio digitale**

**Privacy e rapporto di lavoro: come gestire (e conservare) l'account di posta elettronica dell'ex dipendente**

di **Avvocato Gabriele Borghi**

## Procedimenti cautelari e monitori

---

# ***Opposizione a decreto ingiuntivo e onere di attivazione del procedimento di mediazione obbligatoria: lo stato dell'arte***

di **Valentina Baroncini**

*Il presente Focus è dedicato alla questione, assai sentita a livello di prassi, dell'individuazione del soggetto onerato dell'attivazione del procedimento di mediazione obbligatoria nell'ambito del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo che abbia ad oggetto una delle materie di cui all'art. 5, comma 1-bis del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28. Il dibattito attorno a tale questione, solo apparentemente risolto da un intervento della Suprema Corte del 2015, non è in realtà mai sopito, ma anzi ha visto il recente coinvolgimento delle Sezioni Unite della Cassazione.*

1. Come noto, l'art. 5, comma 1-*bis* del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, come modificato dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 98, prevede che chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a un determinato catalogo di materie – condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari – è tenuto, assistito dall'avvocato, a esperire preliminarmente il procedimento di mediazione, quale **condizione di procedibilità della domanda giudiziale**. In tali ipotesi, la procedura di mediazione viene generalmente definita come "obbligatoria": locuzione cui, per brevità, si farà sovente riferimento nel prosieguo del presente lavoro.

La norma prosegue ponendo la disciplina destinata a operare nel caso in cui una parte dia avvio a un giudizio senza aver previamente esperito il procedimento di mediazione obbligatoria. Il regime processuale destinato a operare è quello della improcedibilità del giudizio, improcedibilità che, a pena di decadenza, dev'essere eccepita dal convenuto o rilevata dal giudice *ex officio* non oltre la prima udienza. Più precisamente, laddove il giudice rilevi che la mediazione non è stata esperita, fissa la successiva udienza successivamente al termine previsto dal successivo art. 6 per l'esperimento della mediazione, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

Ai fini dell'introduzione del tema oggetto del presente contributo, norma di primario interesse è rappresentata dal comma 4 dell'art. 5 in esame, la quale prevede alcune ipotesi in cui, pur se l'oggetto della controversia coinvolga una delle materie elencate al precedente comma 1-*bis*, l'esperimento della mediazione *non* costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Tra tali fattispecie, alla lett. *a*) si fa menzione ai **procedimenti di ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della**

**provvisoria esecuzione.** Detta in altri termini, nelle materie attratte all'area della mediazione obbligatoria, e suscettibili di essere veicolate nelle forme del rito monitorio, l'onere di promuovere il procedimento di mediazione scatta solamente una volta che, instaurato il giudizio di opposizione, il giudice si sia pronunciato sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione ex artt. 648 e 649 c.p.c. La *ratio* della previsione è stata rinvenuta, correttamente, nella incompatibilità dello svolgimento del procedimento di mediazione con le caratteristiche proprie del procedimento monitorio, come noto connotato da urgenza e rapidità: di talché, l'entrata in scena della condizione di procedibilità – per definizione destinata a ritardare lo svolgimento del giudizio – viene posticipata a un momento in cui tali connotati sono oramai venuti meno, ossia quando, per l'appunto, il giudice abbia *già* adottato i provvedimenti – considerati urgenti e *lato sensu* cautelari – sull'esecutività del decreto ingiuntivo emesso.

2. Se la disciplina sin qui vista appare piuttosto limpida, il principale interrogativo dalla stessa implicato è rappresentato dall'**identificazione della parte** – debitore opponente ovvero creditore opposto – che, una volta innescato l'onere di promuovere la mediazione, sia **concretamente onerata dell'avvio del procedimento**: tale parte, ovviamente, sarà pure quella portatrice dell'interesse a evitare gli effetti negativi derivanti dalla pronuncia di improcedibilità del giudizio che consegua all'omissione del procedimento di mediazione (sul tema si rinvia, in dottrina, a G. Balena, *Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione obbligatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2016; A. Tedoldi, *Mediazione obbligatoria e opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Giur. it.*, 2012).

Sul tema, come noto, è presente nel panorama giurisprudenziale, specialmente di merito, un acceso contrasto interpretativo, riassumibile in due contrapposte opinioni.

Un primo orientamento, in particolare, ritiene che, in caso di opposizione a decreto ingiuntivo in materia soggetta a mediazione obbligatoria, l'onere, a pena di improcedibilità del giudizio, di proporre l'istanza di mediazione nel termine assegnato da giudice gravi sul **creditore opposto**. In questo caso, evidentemente, l'azione minacciata dalla sanzione dell'improcedibilità sarebbe quella originariamente proposta dal creditore ricorrente per ingiunzione sicché, fatalmente, al mancato tempestivo esperimento della mediazione conseguirebbe la perdita di efficacia del decreto ingiuntivo precedentemente ottenuto. Sono tuttora numerose, peraltro, le pronunce della giurisprudenza di merito che si sono espresse in tal senso, anche in epoca successiva alla pronuncia della Corte di Cassazione del 2015, di cui subito si dirà (così, infatti, Trib. Grosseto, 7 giugno 2018 e Trib. Firenze, 16 febbraio 2016, entrambe consultabili in *www.iusexplorer.it*; Trib. Benevento, 25 gennaio 2016 e Trib. Pescara, 26 marzo 2015, entrambe reperibili in *www.ilcaso.it*; Trib. Ferrara, 7 gennaio 2015, in *Foro it.*, 2015, I, 3732; nell'ambito di tale filone si segnala, inoltre, la recentissima pronuncia di C. App. Bologna, 1° ottobre 2019, n. 1730).

Il secondo orientamento, da ritenersi prevalente, riconduce viceversa l'onere della proposizione della mediazione in capo al **debitore opponente**: l'azione che andrebbe incontro alla sanzione dell'improcedibilità sarebbe, in questo caso, quella proposta dal debitore

ingiunto con l'atto di citazione in opposizione *ex art.* 645 c.p.c., con conseguente passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo opposto (in tal senso, tra le tante, Trib. Torino, 3 luglio 2019, in banca dati *Pluris*; Trib. Napoli Nord, 28 giugno 2018, Trib. Bologna, 8 marzo 2018, n. 769, Trib. Roma, 2 ottobre 2017, Trib. Verona, 28 settembre 2017, tutte reperibili in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); Trib. Padova, 18 aprile 2018, Trib. Torino, 4 ottobre 2017 e Trib. Vasto, 30 maggio 2016, reperibili in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)). In tal senso, come già si è avuto modo di anticipare, si è espressa anche **Cass., 3 dicembre 2015 n. 24629**, la quale ha precisato come sia l'opponente ad avere il potere e l'interesse a introdurre il giudizio di merito, «cioè la soluzione più dispendiosa, osteggiata dal legislatore. È dunque sull'opponente che deve gravare l'onere della mediazione obbligatoria perché è l'opponente che intendere precludere la via breve per percorrere la via lunga». Tale posizione, peraltro, non è rimasta priva di conferme in sede di legittimità, ma anzi è stata recentemente ribadita da Cass., 16 settembre 2019, n. 23003.

La seconda soluzione proposta vanta, inoltre, il vantaggio della **compatibilità con la finalità deflattiva propria dell'istituto della mediazione obbligatoria**: l'adesione all'opposto orientamento, infatti – lungi dal favorire un deflazionamento effettivo – condurrebbe alla moltiplicazione dei processi, in quanto il creditore rimasto privo di soddisfazione nel processo dichiarato improcedibile (con conseguente perdita di efficacia del decreto ingiuntivo precedentemente ottenuto) potrebbe sempre riproporre la medesima domanda; all'opposto, la soluzione interpretativa ora suggerita, avendo quale conseguenza dell'improcedibilità il formarsi del giudicato sul decreto ingiuntivo, precluderebbe eventuali riproposizioni della domanda medesima.

3. Si diceva, nelle precedenti battute del presente contributo, che nel 2015 la Corte di Cassazione è effettivamente intervenuta sulla questione che ci occupa sposando la seconda delle soluzioni interpretative poco sopra ricordate, e dunque addossando in capo al debitore opponente l'onere di avviare il procedimento di mediazione obbligatoria nell'ambito dell'instaurato giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo. Si è anche visto, tuttavia, che tale intervento non si è rivelato dirimente, essendo tuttora presenti, tra le corti di merito, opinioni orientate nel primo senso descritto, e dunque favorevoli a identificare il soggetto gravato dell'onere *de quo* nel creditore opposto. A fronte del persistente contrasto interpretativo, la Terza Sezione della Corte di Cassazione, con **ordinanza interlocutoria n. 18741 del 12 luglio 2019**, ha rimesso gli atti al Primo Presidente affinché valuti l'opportunità di **interpellare le Sezioni Unite** sul tema, ritenendo sussistente il presupposto della questione di massima di particolare importanza che, ai sensi dell'art. 374, comma 2, c.p.c., legittima appunto la richiesta di intervento del massimo organo di nomofilachia.

Sembra superfluo rilevare come, dato l'attuale stato dell'arte, così come brevemente riassunto, l'intervento delle Sezioni Unite appare decisamente opportuno, con l'auspicio che la questione in esame, di grandissimo impatto nella dimensione pratica, possa finalmente trovare una soluzione definitiva. Si anticipa sin d'ora, peraltro, che dell'esito della vicenda si darà senz'altro conto sul presente *Portale*, dove un apposito commento verrà dedicato all'emananda pronuncia delle Sezioni Unite.

 E-learning

Seminario on-line di 3 ore

# PROCEDIMENTO DI INGIUNZIONE

[Accedi al sito >](#)

Matura 2 CFP

## Procedimenti di cognizione e ADR

---

# ***Patrocinio a spese dello Stato: good news per consulenti, ausiliari, notai e custodi da parte della Consulta***

di Franco Stefanelli

Corte Cost., Sent., ud. 5 giugno 2019, 1 ottobre 2019, n. 217, Pres. Lattanzi – Est. Carosi.

### **[1] Spese di giustizia – Onorari ed indennità – Anticipazione dell'Erario – Prenotazione a debito – Illegittimità costituzionale (Cost., art. 3; d.P.R. n. 115/2002, art. 131)**

*[1] È costituzionalmente illegittimo, in riferimento all'art. 3 Cost., l'art. 131 comma d.P.R. n. 115/2002, nella parte in cui prevede che gli onorari e le indennità dovuti ai soggetti ivi indicati siano prenotati a debito, a domanda, se non è possibile la ripetizione, invece che direttamente anticipati dall'erario.*

### **CASO**

[1] Con due ordinanze, di analogo tenore, il Tribunale ordinario di Roma, nel corso di due procedimenti promossi ai sensi dell'art. 696-*bis* c.p.c. (consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite), sollevava questioni di legittimità costituzionale dell'art. 131, comma 3, d.P.R. n. 115/2002 (il c.d. T.U. Spese di Giustizia), deducendo la violazione degli artt. 1, 3, 4, 24, 35, primo comma, e 36 Cost.

La disposizione censurata stabilisce: «*Gli onorari dovuti al consulente tecnico di parte e all'ausiliario del magistrato, sono prenotati a debito, a domanda, anche nel caso di transazione della lite, se non è possibile la ripetizione dalla parte a carico della quale sono poste le spese processuali, o dalla stessa parte ammessa, per vittoria della causa o per revoca dell'ammissione. Lo stesso trattamento si applica agli onorari di notaio per lo svolgimento di funzioni ad essi demandate dal magistrato nei casi previsti dalla legge e all'indennità di custodia del bene sottoposto a sequestro*».

Essa consente, dunque, la prenotazione a debito del compenso del consulente (e dei soggetti assimilati), successivamente alla richiesta del relativo pagamento alle parti del giudizio.

Secondo il Tribunale rimettente, l'art. 131, comma 3, d.P.R. n. 115/2002 avrebbe violato, tra gli altri parametri, l'art. 3 Cost., in quanto irragionevolmente, nel caso in cui una parte sia stata ammessa al patrocinio a spese dello Stato e non vi siano altri soggetti sui quali possa farsi gravare il pagamento degli onorari dovuti, non garantirebbe all'ausiliario del giudice un compenso per la prestazione svolta.

Riferiva, infatti, il primo rimettente che, nel corso di un procedimento *ex art. 696-bis c.p.c.*, in presenza di una fattispecie di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, era conferito un apposito incarico ai consulenti tecnici e che, nel corso del procedimento, sarebbe emerso che gli onorari dovuti ai predetti consulenti non avrebbero potuto essere corrisposti, perché anche la parte (il coniuge dell'ammesso al patrocinio) a carico della quale erano stati posti gli oneri della consulenza, non era in grado di ottemperarvi: si doveva pertanto applicare l'art. 131, comma 3, d.P.R. n. 115/2002.

Secondo il rimettente, la previsione del detto articolo sarebbe stata irragionevole, perché si fonderebbe sul principio, confermato dal diritto vivente, per cui i consulenti tecnici del giudice debbono lavorare gratuitamente nel caso in cui una parte sia stata ammessa al patrocinio a spese dello Stato e non vi siano altri soggetti sui quali possa farsi gravare il diritto al compenso per il lavoro svolto.

In ordine alla rilevanza, premesso che il procedimento disciplinato dall'art. 696-*bis* c.p.c. non sarebbe destinato a concludersi con una pronuncia sulle spese in base all'art. 91 c.p.c., trattandosi di fattispecie riconducibile al quinto comma del predetto art. 696-*bis*, il giudice *a quo* deduceva che soltanto attraverso la pronuncia di illegittimità costituzionale si sarebbe potuto garantire un compenso ai consulenti nominati nel procedimento al suo esame.

Infatti, disposta la prenotazione a debito ed emesso il decreto di liquidazione, non sarebbe comunque stato dato corso al pagamento da parte del Ministero della Giustizia (come chiarito, in proposito, dalla circolare 8 giugno 2016, recante «*Quesiti relativi all'interpretazione dell'art. 131, comma 3, del d.P.R. n. 115 del 30 maggio 2002 e successive modificazioni*»), in virtù delle disposizioni che regolano il procedimento di prenotazione a debito, alle quali si sarebbe attenuto il medesimo Ministero, nel rigoroso rispetto della lettera della legge.

Il rimettente si dichiarava consapevole del fatto che la norma censurata era già stata più volte sottoposta all'esame della Consulta con esito negativo; tuttavia, riteneva che gli specifici profili di incostituzionalità inerenti alla fattispecie concreta fossero diversi e ulteriori rispetto a quelli vagliati dalla pregressa giurisprudenza della Consulta.

Il Ministero della Giustizia avrebbe emanato la già menzionata circolare 8 giugno 2016, che il rimettente affermava di condividere, in cui sarebbe stata data contezza del fatto che l'amministrazione non dà seguito ai decreti di liquidazione dei giudici in favore dei consulenti tecnici nei procedimenti in cui vi sia stata ammissione al patrocinio a spese dello Stato e prenotazione a debito e non sia possibile ottenerne il pagamento a carico delle parti. Tale pagamento non seguirebbe necessariamente la richiesta di prenotazione a debito da parte del consulente, poiché non vi sarebbe alcun automatismo tra la prenotazione a debito e il pagamento degli onorari, che risulterebbe meramente eventuale, essendo normativamente condizionato all'effettivo recupero della somma prenotata a debito da parte dell'ufficio giudiziario (la norma dell'art. 3, lettera s), definisce «*prenotazione a debito*» l'annotazione «*a futura memoria di una voce di spesa, per la quale non vi è pagamento, ai fini dell'eventuale successivo recupero*»).



In conclusione, rammentata la differenza tra la prenotazione a debito, che consiste, appunto, nell'annotazione a futura memoria di una voce di spesa per la quale non è possibile realizzare la correlata entrata, secondo il giudice rimettente, la norma in esame avrebbe assimilato alle "spese" non sostenute dallo Stato, per le quali la prenotazione a debito sarebbe appropriata, "spese" che, per definizione, non dovrebbero essere condizionate dal previo recupero, vigendo il nuovo orientamento legislativo del patrocinio a carico dell'erario.

Non avrebbe ostato a una pronuncia nel merito l'esercizio della discrezionalità legislativa, perché questa incontra il limite della ragionevolezza e della coerenza interna del sistema normativo.

Il rimettente, anche se riteneva le precedenti argomentazioni già idonee a decidere la questione sollevata, aggiungeva la considerazione che, in via generale, appare difficilmente sostenibile la ragionevolezza del diverso trattamento che riceve il consulente tecnico nel giudizio penale, al quale vengono anticipati compensi, rispetto al trattamento riservatogli nel giudizio civile. Inoltre, con specifico riferimento al procedimento di cui all'art. 696-bis c.p.c., evidenziava che non è configurabile la soccombenza in detto giudizio, dal momento che esso si conclude o con la conciliazione o con il deposito della relazione; né, come già detto in precedenza, sarebbe configurabile una posteriore regolamentazione delle spese, anche in considerazione del fatto che la successiva fase del giudizio è meramente eventuale.

Interveniva il Presidente del Consiglio dei Ministri, che ha concluso per l'inammissibilità o la manifesta infondatezza della questione sollevata, in quanto la stessa sarebbe stata astratta e meramente ipotetica, e dunque irrilevante, dal momento che non sarebbe risultato che i consulenti tecnici avessero richiesto l'immediato pagamento dei rispettivi compensi, tanto più che non sarebbe stato loro consentito – come si evince dall'art. 63 c.p.c. e dall'art. 366 c.p. – rifiutare di prestare la relativa attività, avendo manifestato, con l'iscrizione all'Albo, un consenso preventivo alla nomina (cfr. Corte Cost. n. 136/2016). La rilevanza della questione non avrebbe potuto derivare dal fatto che il rimettente avesse attribuito ai consulenti un fondo spese: infatti, l'art. 83 d.P.R. n. 115/2002 prevede che la liquidazione delle spese e dei compensi debba avvenire al termine di ciascuna fase processuale.

Inoltre il giudice rimettente avrebbe ommesso il doveroso tentativo di interpretazione adeguatrice della disposizione in esame.

Nel merito, la questione, affrontata più volte da questa Corte, sarebbe risultata manifestamente infondata.

Il senso della disposizione sarebbe stato, infatti, quello di onerare l'ausiliario del giudice della riscossione del compenso dalle parti e, solo qualora ciò non fosse stato possibile, ammettere la riscossione mediante prenotazione a debito. Per tale motivo, la Corte avrebbe escluso il paventato *vulnus* anche nel caso in cui fosse risultata preclusa la possibilità di recuperare l'onorario dal soccombente o nel caso in cui la consulenza fosse stata disposta in un procedimento di volontaria giurisdizione.

Avrebbe dovuto, inoltre, escludersi la lesione dell'art. 3 Cost. per disparità di trattamento tra l'ausiliario del giudice e il difensore della parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato, stante l'eterogeneità delle figure processuali messe a confronto, così come tra l'ausiliario del giudice nel processo penale e nel processo civile, per l'ontologica diversità dei due tipi di processo.

Sempre il Tribunale ordinario di Roma, con ordinanza del 17 settembre 2018, nel corso di un altro procedimento instaurato ai sensi dell'art. 696-bis c.p.c., sollevava identica questione di legittimità costituzionale.

In punto di rilevanza, in particolare, dal momento che era emerso che i ricorrenti godevano del patrocinio a spese dello Stato, il giudice rimettente esponeva che *«prospettandosi la certezza che lo svolgimento dell'impegnativo lavoro che andava a richiedere ai due professionisti C.T.U. sarebbe stato [...] surrettiziamente a titolo gratuito, si riservava di provvedere»*.

Anche in questo giudizio interveniva il Presidente del Consiglio dei Ministri che concludeva per l'inammissibilità o l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale con motivazioni sostanzialmente analoghe al precedente intervento. In particolare, ne sosteneva l'infondatezza sul rilievo che la disposizione censurata dovesse essere interpretata in modo tale da garantire il compenso al consulente tecnico.

## SOLUZIONE

[1] La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 131, comma 3, d.P.R. n. 115/2002, recante: *«Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia. (Testo A)»*, nella parte in cui prevede che gli onorari e le indennità dovuti ai soggetti ivi indicati siano *«prenotati a debito, a domanda»*, *«se non è possibile la ripetizione»*, anziché direttamente anticipati dall'erario; contestualmente ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale del medesimo art. 131, comma 3, d.P.R. n. 115/2002, sollevata dal Tribunale ordinario di Roma (la seconda ordinanza di rimessione), in riferimento agli artt. 1, 3, 4, 24, 35, primo comma, e 36 della Costituzione.

## QUESTIONI

[1] La pronuncia in oggetto ha riconosciuto ai consulenti tecnici d'ufficio ed ai consulenti tecnici di parte, nei giudizi civili con ammissione al patrocinio a spese dello Stato, il diritto di vedersi anticipare dall'Erario non soltanto le spese, ma anche gli onorari, in questa maniera (finalmente) risolvendo una questione, la quale ovviamente era vissuta con disappunto e disagio da parte di quei consulenti, che, loro malgrado, si venivano a ritrovare nella situazione anzidetta (BIARELLA, *Gratuito patrocinio: Stato deve anticipare i compensi professionali*, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it); per la tematica in generale, v. BELLUCCI, *Il patrocinio a spese dello Stato*, Torino, 2019).

Infatti, stante la definizione della locuzione "prenotazione a debito", contenuta nell'art. 3 lett.

s) T.U. Spese di Giustizia, secondo cui «*prenotazione a debito*» è l'*annotazione a futura memoria di una voce di spesa, per la quale non vi è pagamento, ai fini dell'eventuale successivo recupero*», l'art. 131 T.U. cit., prima della pronuncia qui annotata, finiva per operare una netta distinzione di trattamento tra gli onorari e le spese dovuti ai consulenti tecnici. Nello specifico, il comma 3 della detta disposizione, prevedeva che gli onorari dovuti al consulente tecnico di parte e all'ausiliario del magistrato (ed analogamente anche per il notaio e per il custode, relativamente all'indennità di custodia del bene sottoposto a sequestro), fossero «*prenotati a debito*», a domanda, anche nel caso di transazione della lite, se non fosse possibile la ripetizione dalla parte a carico della quale erano poste le spese processuali, o dalla stessa parte ammessa, per vittoria della causa o per revoca dell'ammissione, mentre, per quanto concerne le indennità e le spese di viaggio spettanti a testimoni, a notai, a consulenti tecnici di parte e ausiliari del magistrato, nonché le spese sostenute per l'adempimento dell'incarico da parte di questi ultimi, il successivo comma 4, prevede (tuttora) che costituiscano «*spese anticipate dall'erario*». Nella pratica, tale differenziazione si risolveva, in sostanza, nel prestare la propria attività a titolo gratuito, in particolar modo quando il condannato al pagamento fosse coinciso con la parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato (e ciò aveva suscitato molti dubbi). Infatti, in base alle Circolari del 7 febbraio 2011 prot. n. 16318 del Dipartimento per gli Affari di Giustizia: «*Nessuna azione di recupero deve ovviamente essere effettuata nei confronti dell'ammesso al patrocinio nei casi in cui sia rimasto soccombente e tale punto viene precisato per quegli uffici giudiziari che hanno ritenuto applicabile la seconda parte del comma 2, alle sentenze sfavorevoli alla parte ammessa*».

La Corte Costituzionale, pur a fronte del quadro sopra rappresentato, in più occasioni aveva ripetutamente negato la fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate al riguardo (Corte Cost., Sent., 18 luglio 2008, n. 287; Corte Cost., Ord., 12 dicembre 2008, n. 408; Corte Cost., Ord., 6 febbraio 2013, n. 12; Cost., Ord., 16 maggio 2013, n. 88), reputando «*che, non risultando giustificati i dubbi espressi dal rimettente in ordine alla individuabilità di una parte soccombente in relazione ad un giudizio del tipo ora sottoposto alla sua attenzione, sono manifestamente infondati i connessi dubbi in ordine alla concreta possibilità per il consulente tecnico di vedersi corrisposti i propri compensi; che, infatti, questi o graveranno sui soggetti di cui al citato art. 131 del d.lgs. n. 115 del 2002 ovvero, laddove sia impossibile ripeterli da costoro, se ne potrà chiedere la prenotazione a debito, con successiva liquidazione a carico dell'Erario*» (Corte Cost. n. 12/2013 cit.).

Pur a fronte di tali decisioni e del conseguente adeguamento di molti uffici giudiziari alle decisioni della Consulta, il Dipartimento per gli Affari di Giustizia, con la circolare 8 giugno 2016, preso atto appunto che molti uffici giudiziari avallavano l'interpretazione secondo cui il professionista (consulente di parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato o ausiliario del giudice), una volta esperito infruttuosamente il recupero nei confronti della parte, avesse diritto alla liquidazione anche del suo onorario a carico dell'Erario, affermava: «*Questa Direzione generale, pur consapevole delle criticità operative segnalate con riferimento all'applicazione dell'articolo 131, comma 3, del d.P.R. n. 115 del 2002, ritiene di non poter tuttavia condividere la suesposta conclusione, in considerazione sia della chiarezza del disposto normativo di riferimento, sia della costante interpretazione dello stesso fornita da parte della Corte*

*costituzionale: quest'ultima infatti, precisando nell'ordinanza da ultimo citata che il consulente non soddisfatto nelle sue pretese dalla parte soccombente nel processo possa "chiedere la prenotazione a debito, con successiva liquidazione a carico dell'Erario", non ha fatto altro che ricordare che tale liquidazione segue necessariamente la richiesta di prenotazione a debito da parte del consulente, ma non ha certo introdotto un automatismo tra la prenotazione a debito e la liquidazione, che è (e dunque rimane) meramente eventuale, essendo normativamente condizionata all'effettivo recupero della somma prenotata a debito da parte dell'ufficio giudiziario (ed infatti, come ricordato in apertura, la norma dell'art. 3, lett. s), definisce "prenotazione a debito" l'annotazione "a futura memoria di una voce di spesa, per la quale non vi è pagamento, ai fini dell'eventuale successivo recupero").*

*Di conseguenza, a legislazione invariata e stante la tassatività delle norme che comportano esborsi di denaro a carico dello Stato, gli uffici giudiziari dovranno, su istanza del C.T.U. che non sia riuscito a recuperare dalla parte soccombente la somma liquidatagli dal magistrato per l'attività compiuta, procedere alla prenotazione a debito di tale importo, secondo le modalità operative già indicate con la nota di questa Direzione generale n. prot. 9539 del 25 gennaio 2006».*

La pronuncia n. 217/2019 della Corte Costituzionale consente ora di reputare superate le considerazioni sopra richiamate del Dipartimento per gli Affari di Giustizia: viene infatti dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 131 comma 3 d.P.R. n. 115/002, nella parte in cui prevede che gli onorari e le indennità dovuti ai soggetti ivi indicati siano «*prenotati a debito, a domanda*», «*se non è possibile la ripetizione*», anziché direttamente anticipati dall'erario.

Significativi appaiono i passaggi della pronuncia ove la Corte riafferma che la declaratoria di illegittimità costituzionale «*si muove – fatta salva la diversa interpretazione della disciplina della prenotazione a debito precedentemente precisata – nel solco della pregressa giurisprudenza di questa Corte, la quale ha affermato il tramonto della logica del gratuito patrocinio, ormai integralmente sostituito dal principio del patrocinio a carico dell'erario.*

*Secondo il costante orientamento emergente dalle pronunce precedentemente richiamate, la finalità del nuovo istituto del patrocinio a spese dello Stato è quella di assicurare la tutela dell'indigente con carico all'erario in tutti i casi in cui particolari categorie professionali espletano attività di assistenza nei confronti dell'indigente medesimo. Ciò esclude che per alcune fattispecie vi possano essere deroghe ispirate alla superata logica del gratuito patrocinio.*

*Non può essere invece condiviso il sopra richiamato assunto di tale giurisprudenza secondo cui la locuzione «prenotazione a debito» possa essere letta come anticipazione degli onorari a carico dello Stato, a ciò ostando l'insormontabile ostacolo della testuale definizione legislativa della prenotazione a debito, secondo cui detta prenotazione si risolve in una annotazione a futura memoria ai fini dell'eventuale successivo recupero.*

*La disposizione censurata, come correttamente interpretata dal ricorrente, risulta però viziata sotto il profilo della ragionevolezza proprio perché, in luogo dell'anticipazione da parte dell'erario,*

*prevede, a carico dei soggetti che hanno prestato l'attività di assistenza, l'onere della previa intimazione di pagamento e l'eventuale successiva prenotazione a debito del relativo importo («se non è possibile la ripetizione»). Infatti, tale meccanismo procedimentale, unitamente all'applicazione dell'istituto della prenotazione a debito, impedisce il rispetto della coerenza interna del nuovo sistema normativo incentrato sulla regola dell'assunzione, a carico dello Stato, degli oneri afferenti al patrocinio del non abbiente».*

La dialettica tra Corte Costituzionale e Ministero della Giustizia non ha certamente patito una battuta di arresto, a seguito della pronuncia qui annotata: infatti, con circolare del 24 ottobre 2019 (per la quale, si rinvia a CAGLIOTI, *Ancora sul compenso al CTU e CTP nel gratuito patrocinio dopo la Corte Costituzionale 217/19*, in [www.professionegiustizia.it](http://www.professionegiustizia.it)), il Dicastero ha ritenuto che non sia venuto meno l'obbligo, in capo agli uffici giudiziari, dell'espletamento degli «...adempimenti relativi alla liquidazione della spesa tramite l'ufficio spese pagate dall'Erario con annotazione del relativo importo sul foglio notizie», permanendo «in vigore la disposizione dell'articolo 133 del testo unico in forza del quale il provvedimento che pone a carico della parte soccombente non ammessa al patrocinio la refusione delle spese processuali a favore della parte ammessa dispone che il pagamento sia eseguito a favore dello Stato», norma «volta a fornire lo Stato di un titolo valido attraverso il quale procedere al recupero delle spese processuali anticipate e prenotate per conto della parte ammessa al beneficio del patrocinio pubblico», concludendo la nota che «il recupero dovrà avvenire secondo i criteri fissati dall'articolo 134 del DPR 115 del 2002 tenuto conto di quanto già indicato nella nota di questa Direzione generale prot. DAG n. 16318 dell'8 febbraio 2011».

E-learning

Seminario on-line di 2 ore

**GESTIONE DEL CONTENZIOSO NEI CONTRATTI A  
TERMINE E SOMMINISTRAZIONE DOPO IL DECRETO DIGNITÀ**

[Accedi al sito >](#)

Matura 2 CFP

## Esecuzione forzata

---

# ***L'estinzione dell'ultimo di plurimi pignoramenti presso terzi del medesimo conto corrente non autorizza la banca terza pignorata a svincolarlo, ancorché in buona fede***

di **Valentina Scappini**

**Cass., Sez. VI, sentenza 21 novembre 2019, n. 30500; Pres. Frasca; Rel. Tatangelo**

*“La dichiarazione di estinzione della procedura esecutiva originata da un singolo atto di pignoramento non fa venir meno gli effetti degli eventuali successivi distinti e autonomi pignoramenti aventi ad oggetto i medesimi beni; la violazione in buona fede da parte del terzo degli obblighi di custodia di cui all’art. 546 c.p.c. non fa venir meno gli effetti conservativi del pignoramento e non pregiudica i diritti del creditore procedente, salvo il diritto del terzo ad ottenere il risarcimento del danno dal responsabile del suo errore”.*

## **CASO**

R.A. pignorava i crediti vantati dal Consorzio Sine.Co. s.c.r.l. nei confronti della Banca del Fucino s.p.a., promuovendo tre distinte procedure esecutive avanti al Tribunale di Roma (in particolare: R.G.E. n. 42370/2010, n. 22864/2011 e n. 31148/2011).

I tre procedimenti, aventi ad oggetto il medesimo credito, non venivano riuniti dal giudice dell’esecuzione.

La banca, terza pignorata, ha reso, ai sensi dell’art. 548 c.p.c., dichiarazione positiva in relazione alla prima procedura, negativa in relazione alla seconda e, prima che potesse rendere la dichiarazione anche con riguardo alla terza procedura esecutiva, ha ricevuto la notifica di una rinuncia agli atti esecutivi da parte del creditore, corredata dal provvedimento di estinzione del giudice dell’esecuzione – atti che, successivamente, si rivelavano falsi – relativa al primo procedimento (R.G.E. n. 42370/2010).

Pertanto, ritenendo che la rinuncia avesse esplicato effetti anche sul secondo e sul terzo procedimento, avendo essi ad oggetto il medesimo credito, la banca ometteva di rendere la dichiarazione di quantità relativamente alla terza procedura (R.G.E. n. 31148/2011) e svincolava le somme pignorate, restituendole al debitore esecutato.

Il creditore ha chiesto l’accertamento dell’obbligo nei confronti della banca ai sensi dell’*ante* vigente art. 548 c.p.c. ed il Tribunale accoglieva la domanda con decisione confermata in secondo grado dalla Corte d’appello di Roma.



La Banca del Fucino s.p.a. ha promosso ricorso per cassazione sulla base di un unico motivo.

## SOLUZIONE

La Corte di cassazione ha rigettato il ricorso della Banca del Fucino s.p.a., la quale aveva denunciato la violazione, rilevante *ex art.* 360, co. 1, n. 4, c.p.c., degli artt. 524, 547, 548 e 550 c.p.c., per non avere la corte di merito ritenuto legittimo lo svincolo delle somme pignorate in buona fede, essendosi la rinuncia e l'estinzione della terza procedura rivelate false solo in seguito.

A fondamento della decisione, emessa in camera di consiglio a norma dell'art. 380 *bis* c.p.c., stante la manifesta infondatezza del ricorso, gli Ermellini hanno enunciato il principio di diritto riportato in epigrafe.

## QUESTIONI

La Corte di cassazione ha confermato la sentenza impugnata, che aveva dato rilevanza assorbente al fatto che la banca terza pignorata, al momento della notificazione del terzo pignoramento (R.G.E. n. 31148/2011), fosse pacificamente ancora debitrice del consorzio esecutato. Inoltre, la ricezione della successiva (falsa) rinuncia agli atti del creditore non poteva giustificare lo svincolo delle somme depositate, poiché riferita esclusivamente alla prima procedura (R.G.E. n. 42370/2010).

La Suprema Corte ha rigettato altresì l'argomentazione della banca, secondo la quale, poiché ai sensi degli artt. 524, 547, 548 e 550 c.p.c., i pignoramenti aventi ad oggetto il medesimo credito devono essere riuniti d'ufficio, l'estinzione della prima procedura si sarebbe riverberata anche sulle altre due. La Cassazione, sul punto, ha precisato che, pur sussistendo effettivamente l'obbligo di riunione dei fascicoli formati a seguito di distinti successivi pignoramenti aventi ad oggetto, in generale, i medesimi beni (nella fattispecie, il credito verso Banca del Fucino), i singoli pignoramenti conservano ciascuno i propri effetti. Ne consegue che, a maggior ragione ove la riunione dei distinti procedimenti esecutivi non abbia avuto formalmente luogo, il provvedimento di estinzione relativo a solo uno di essi non possa ritenersi riferibile anche agli altri.

La Cassazione evidenzia che dalla ricezione di un atto di pignoramento di un credito il terzo è soggetto agli obblighi del custode ai sensi dell'art. 546 c.p.c. Pertanto, gli atti estintivi del suo debito successivi alla notificazione del pignoramento non hanno effetto verso il creditore precedente (specie se incolpevole), come disposto dall'art. 2917 c.c.

Nel caso di pluralità di pignoramenti aventi ad oggetto il medesimo credito, il vincolo che grava sul terzo è riferibile a ciascuno di essi, talché il venir meno dell'efficacia di un pignoramento non influisce sugli altri, che restano validi. Solo l'estinzione di tutti i pignoramenti, in seguito a uno specifico provvedimento estintivo di ognuno di essi, può far venir meno gli obblighi di custodia del terzo e gli effetti di cui all'art. 2917 c.c.

La Suprema Corte fa comunque salvi gli eventuali diritti risarcitori del terzo pignorato nei confronti del soggetto che, colposamente, l'abbia indotto in errore: danno che, nella fattispecie, è costituito dall'obbligo, per il terzo, di procedere nuovamente al pagamento del medesimo debito in favore del creditore pignorante.



Master di specializzazione  
**PROFESSIONISTA DELEGATO NELLE  
ESECUZIONI IMMOBILIARI**  
Scopri le sedi in programmazione >



## Obbligazioni e contratti

---

# ***Decesso del locatore usufruttuario: la ripetizione delle somme versate in eccedenza dal conduttore spetta agli eredi***

di **Emanuela Ruffo**

Cass. civ. Sez. Terza Sent., 30/09/2019, n. 24222, Pres. Amendola, Est. Graziosi

### **Locazione ad uso abitativo stipulata da usufruttuario – Corresponsione somme eccedenti quelle dovute – Decesso dell'usufruttuario – Domanda di ripetizione somme**

[1] In tema di locazione immobiliare, nel caso in cui il contratto sia stato stipulato dall'usufruttuario il quale, nel corso del rapporto, abbia indebitamente percepito somme eccedenti quelle dovute a titolo di canone, alla morte del concedente la domanda del conduttore volta a conseguire la ripetizione delle somme deve essere proposta nei confronti degli eredi dell'usufruttuario, e non già del nudo proprietario divenuto “medio tempore” pieno proprietario.

### **Disposizioni applicate**

Art. 999 c.c., art. 1602 c.c.

### **CASO**

Il conduttore di un contratto di locazione abitativa ricorreva in giudizio contro un erede del locatore, già nudo proprietario dell'immobile locato, al fine di ottenere la condanna di quest'ultimo alla restituzione delle somme versate in eccedenza rispetto al canone di locazione. Si costituiva in giudizio l'erede, eccependo difetto di legittimazione passiva e chiedendo il rigetto delle pretese avversarie. L'erede avviava altresì un giudizio nei confronti degli altri eredi del locatore.

Il Tribunale di primo grado accoglieva la domanda del conduttore. Entrambe le parti impugnavano la sentenza, che veniva parzialmente riformata. La Corte d'appello infatti riconosceva che il soggetto titolato a restituire le somme eccedenti fosse il nudo proprietario, anche sulla base del fatto che lo stesso avrebbe manifestato la propria volontà di subentrare nel contratto (anche con riferimento evidentemente alle posizioni debitorie derivanti dallo stesso).

La pronuncia di secondo grado veniva pertanto impugnata avanti la Corte di Cassazione dall'erede del locatore divenuto nudo proprietario, per violazione e falsa applicazione dell'art.

999 c.c. e omessa applicazione del principio di cui all'art. 1602 c.c. in relazione alla titolarità della posizione passiva fatta valere in giudizio.

## SOLUZIONE

La Corte di Cassazione, diversamente da quanto stabilito dalla Corte d'Appello, conferma l'orientamento di legittimità che riconosce la titolarità in capo agli eredi del locatore usufruttuario di restituire le somme versate in eccedenza dal conduttore, escludendo una responsabilità del nudo proprietario per debiti sorti anteriormente rispetto alla morte dell'usufruttuario.

## QUESTIONI

La pronuncia in commento conferma che le eventuali somme corrisposte dal conduttore in eccedenza rispetto al canone di locazione, qualora il locatore usufruttuario sia deceduto, devono essere restituite dagli eredi di quest'ultimo e non dal nudo proprietario.

L'assunto dei giudici muove dal dettato normativo di cui all'**art. 999 c.c.**, il quale stabilisce che le locazioni concluse dell'usufruttuario sono opponibili al nudo proprietario, con la conseguenza che, cessato l'usufrutto, il conduttore mantiene il diritto di godimento anche nei confronti del divenuto pieno proprietario. La norma tuttavia non indica a chi il conduttore debba richiedere la restituzione di quanto versato indebitamente all'usufruttuario locatore.

Secondo la sentenza in commento, l'errore in cui è incorsa la Corte d'Appello, che ha stabilito che la ripetizione delle somme indebitamente versate spetta al proprietario, consiste nell'aver male interpretato due pronunce di legittimità che in passato si sono espresse sul punto, confermando invece una titolarità degli eredi dell'usufruttuario a rispondere dei debiti derivanti dal contratto di locazione.

Ci si riferisce in particolare alla **sentenza della Corte di Cassazione n. 17030 del 2015**, la quale – in una fattispecie simile a quella in esame – ha applicato le norme in materia di successione per statuire che sono gli **eredi** a subentrare nella responsabilità per il **debito sorto prima del decesso dell'usufruttuario**, mentre vi sarebbe una responsabilità del **nudo proprietario** per i **debiti sorti successivamente**. Secondo la cennata sentenza *“il rapporto contrattuale tra locatore e conduttore ha natura personale, sicché il primo non può opporre al locatore usufruttuario del bene (né i suoi eredi) la mancata titolarità del diritto di proprietà per sottrarsi alle obbligazioni nascenti dal contratto, invocando, una volta deceduto l'usufruttuario, l'esistenza di un litisconsorzio necessario con il proprietario, ove questi non sia attivato per subentrare nel contratto dopo l'estinzione dell'usufrutto”*. Conformemente sul punto si è espressa altresì la sentenza della **Corte di Cassazione n. 14834 del 2016**.

La Cassazione opera pertanto una **netta distinzione temporale** tra debiti sorti prima e debiti sorti dopo il decesso dell'usufruttuario, laddove solo quest'ultimi rientrano nella responsabilità del nudo proprietario (come nel caso in esame). E ciò **nonostante quest'ultimo**

**abbia dichiarato di voler subentrare nel contratto di locazione**, posto che la successione del contratto avrebbe effetti *ex nunc* in forza dell'**art. 1602 c.c.**, norma che statuisce che il terzo acquirente deve rispettare la locazione dal giorno dell'acquisto dell'immobile locato.

Secondo la giurisprudenza della Corte di legittimità l'argomentazione del giudice di secondo grado, seppur fondandosi sul cennato orientamento giurisprudenziale, ha errato nell'aver ritenuto di poter "neutralizzare" gli effetti del fenomeno successorio derivante dal decesso dell'usufruttuario con la manifestazione di volontà, del divenuto pieno proprietario, di subentrare nel contratto di locazione.

La pronuncia in esame coglie quindi l'occasione di riaffermare che **il decesso del locatore funge da spartiacque tra due periodi temporali distinti**: il periodo anteriore al decesso produce effetti giuridici a favore o a carico dei soggetti che diventano eredi del *de cuius*; il periodo posteriore al decesso non consente l'insorgenza di debiti o crediti in capo al soggetto che, quale deceduto, ha perduto la capacità giuridica e tantomeno quindi non la consente per i suoi eredi.

Tale principio (i.e. di scissione cronologica degli effetti giuridici del rapporto) risulta confermato anche nell'ipotesi in cui locatore deceduto sia usufruttuario, in forza dell'opponibilità del contratto di locazione al pieno proprietario sancita dall'art. 999 c.c..



Seminari di specializzazione

**MODELLO 231 E SICUREZZA SUL LAVORO**

Scopri le sedi in programmazione >

## Proprietà e diritti reali

---

### ***L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni da parte del locatore: conseguenze penali e civili***

di Ilaria Ottolina

#### **Tribunale di Ferrara – Sezione Penale – Sentenza 2 aprile 2019 n. 468.**

**Locazione ad uso abitativo – assenza di contratto scritto – assenza di morosità del conduttore – sostituzione della serratura da parte del locatore con modalità occulte e violente – sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi del reato p.p. ex art. 392 c.p. (esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose).**

**Riferimenti normativi: art. 392 c.p. – art. 1, co. 4, L. n. 431/1998 – art. 13, co. 5, L. n. 431/1998 (ante modifiche ex L. n. 208/2015) – art. 13, co. 6, L. n. 431/1998 (come modificato dalla L. n. 208/2015) – art. 1418 c.c. – art. 1168 c.c. – art. 2041 c.c.**

*“... l'odierna imputata, al fine di rientrare nella disponibilità dell'immobile di proprietà ha autonomamente provveduto a sostituire la serratura della porta di ingresso dell'abitazione, così impedendo alla conduttrice di farvi rientro, peraltro approfittando della circostanza che questa aveva dovuto lasciare momentaneamente la casa per motivi di salute.*

*Si configurano, pertanto, nella odierna fattispecie, tutti gli elementi tipici, oggettivi e soggettivi, della contestata ipotesi di reato.*

*Da un lato, la condotta materiale, consistita nel mutamento della destinazione della cosa, al fine di esercitare un diritto che il soggetto agente riteneva di avere e che avrebbe, comunque, potuto tutelare rivolgendosi al giudice con apposita azione civile.*

*Dall'altro, il dolo specifico, costituito, oltre che dalla coscienza e volontà dell'atto di violenza (nella fattispecie il mutamento della cosa mediante il cambio della serratura), anche dal fine di esercitare un preteso diritto ...”*

#### **CASO**

La sentenza in commento, con tratto sicuro e coerente motivazione, risolve senza particolari difficoltà un caso che invece, dal punto di vista civilistico, presenta una complessità tutt'affatto diversa.

Questa è la vicenda: per un periodo di circa quattro anni – dal 2009 al 2013 – una proprietaria

concedeva in locazione un immobile ad uso abitativo, sulla scorta di un mero accordo verbale.

Tuttavia, costei non volendo più in casa l'inquilina sostituiva arbitrariamente la serratura della porta d'ingresso, peraltro approfittando di un periodo in cui la conduttrice aveva dovuto assentarsi per motivi di salute.

Per giunta, la proprietaria "completava l'opera" liberando l'immobile da una serie di effetti personali (abbigliamento e calzature) della conduttrice, abbandonandoli in *garage* in un sacco di plastica, mentre non restituiva a quest'ultima alcuni elettrodomestici e gioielli di proprietà.

## SOLUZIONE

Il Tribunale penale di Ferrara, ritenuta fondata, in base alla "*credibilità soggettiva e attendibilità intrinseca del racconto*" (e non confutata dalla difesa avversaria), la deposizione della parte offesa<sup>[1]</sup> e ritenuti sussistenti sia l'elemento oggettivo sia il dolo specifico, dichiarava la proprietaria responsabile del reato di cui all'art. 392 c.p.: già in precedenza era stato punito in tal modo "*il proprietario di un immobile che, una volta scaduto il contratto di locazione, di fronte all'inottemperanza del conduttore dell'obbligo di rilascio, anzichè ricorrere al giudice con l'azione di sfratto, si fa ragione da sé, sostituendo la serratura della porta di accesso e apponendovi un lucchetto*"<sup>[2]</sup>.

Il Giudice ravvisava l'elemento oggettivo dell'imputazione nell'arbitrario mutamento di destinazione della cosa, pur avendo l'agente a disposizione le opportune azioni civili; quanto all'elemento soggettivo, il dolo veniva individuato nella coscienza e volontà di esercitare con violenza (cambio della serratura) un preteso diritto.

Il Giudice, peraltro, avvalorava la propria già condivisibile decisione richiamando, tra i tanti, due precedenti della Corte di Cassazione penale (segnatamente, le sentenze numero 3348/2017 e numero 10066/2005), che confermano che – a prescindere da rilevanti questioni di natura squisitamente civilistica e locatizia – per integrare la fattispecie di reato di cui all'art. 392 c.p. "*... non si richiede che il diritto che si è inteso tutelare (...) sia insussistente in concreto, poiché **la legge punisce il modo antiggiuridico con il quale tale diritto è stato fatto valere**, astraendo dalla sua effettiva esistenza o meno ...*"<sup>[3]</sup>.

## LE QUESTIONI GIURIDICHE

### **1) Il caso di specie: rapporto locatizio mancante di contratto, accordo delle parti in tal senso, conduttrice virtuosa (*rectius*: pagante).**

Come detto poc'anzi, la lettura della sentenza del Tribunale di Ferrara suggerisce una serie di collegamenti anche con il diritto e con il rito civili, oltreché con la legislazione in materia locatizia.

A questo proposito, i presupposti caratterizzanti la vicenda, dal punto di vista civilistico,

paiono essere **l'assenza di forma scritta dell'accordo**, relativo al periodo compreso tra il 2009 e il 2013, e la verosimile assenza di morosità, in capo alla conduttrice (si legge infatti, circostanza non smentita dalla difesa della proprietaria/imputata, che quest'ultima aveva agito solo perché "... non la voleva più in casa ...").

D'altro canto, per quanto attiene alla mancanza di forma scritta del contratto di locazione, la sentenza non contiene traccia di elementi che facciano presumere un'imposizione unilaterale della forma verbale del contratto da parte della locatrice (c.d. locazione di fatto), circostanza valutabile nel caso di specie, tenuto conto del fatto che il rapporto tra le parti ha avuto corso prima dell'introduzione del nuovo comma 6 dell'art. 13 L. n. 431/1998, da parte della L. 28 dicembre 2015 n. 208 (che, come noto, ha eliminato il richiamo alle locazioni di fatto)[\[4\]](#); al contrario, la sentenza in commento fa riferimento ad un "mero accordo verbale", espressione che consente di supporre che la forma verbale fosse stata concordata tra le parti.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 18214 del 17 settembre 2015, hanno chiarito che il contratto così concluso è **nullo ex art. 1418 c.c., per violazione dell'art. 1, co. 4, L. n. 431/1998 (obbligo della forma scritta "ad substantiam")**: trattasi di **nullità assoluta (quindi non sanabile), soggetta ai principi generali di cui all'art. 1421 c.c. (rilevabile cioè da entrambe le parti del rapporto locatizio, nonché d'ufficio dal Giudice)**.

Come infatti la citata Cassazione ha ben evidenziato, in presenza di accordo tra le parti circa la violazione della prescrizione sull'obbligo della forma scritta, il conduttore non può invocare un "abuso" da parte del locatore e, di conseguenza, viene meno la facoltà – prevista dalla legge (previgente ma comunque astrattamente applicabile al caso *ratione temporis*) in suo favore – di conservare gli effetti del contratto nullo, mediante la riconduzione a condizioni conformi (ai sensi dell'art. 13, co. 5, L. n. 431/1998 *ante* L. n. 208/2015, di cui si dirà meglio appresso)[\[5\]](#).

Ricorre quindi il caso di un contratto nullo e non sanabile, in cui la conduttrice (meglio dire l'occupante), della cui solvibilità non è dato dubitare, si è vista cambiare la serratura della porta d'ingresso da parte della locatrice, peraltro con modalità violente e clandestine: quindi l'inquilina dispone, in ogni caso, di titolo per esercitare l'**azione possessoria ex art. 1168 c.c. (azione di reintegrazione)**, avendo la proprietaria "spogliato" la stessa del possesso del bene, con violenza (cambio della serratura) e clandestinità (approfittando della di lei assenza).

Per costante giurisprudenza, infatti, l'inquilino può certamente tutelare la propria detenzione (qualificata) anche nei confronti del proprietario, il quale, per contro, non può resistere all'azione di spoglio eccependo i suoi inconferenti titoli dominicali[\[6\]](#).

Senza trascurare, sotto il profilo restitutorio, la facoltà della conduttrice di ottenere la parziale restituzione delle somme versate a titolo di canone, in misura eccedente quella del canone concordato, avendo osservato la Suprema Corte che *la restituzione dell'intero canone percepito dal locatore costituirebbe un ingiustificato arricchimento dell'occupante ...*[\[7\]](#).

Si osserva sul punto che detta argomentazione, di natura equitativa, solleva qualche

perplexità se proveniente – come proviene – da un Giudice di legittimità e, di conseguenza, se la nullità è assoluta dovrebbe potersi esigere la restituzione di tutto, in quanto indebitamente versato. In altri termini, vertendosi in tema di nullità assoluta del contratto non dovrebbe applicarsi qui, di fatto, l'art. 1458, c.c., nella parte in cui sono fatte salve le prestazioni già eseguite (presupponendo, questa statuizione, la stipula di un contratto valido); né potrebbe invocarsi l'irripetibilità dell'attribuzione patrimoniale priva di causa, riguardando la fattispecie un caso di nullità per contrarietà a norme di ordine pubblico (laddove l'ordinamento sancisce l'irripetibilità solo nel caso di prestazione contraria al buon costume, ex art. 2035 c.c.).

E' pacifico, infine, anche il diritto della locatrice di esperire, a sua volta, un'azione ordinaria di rilascio dell'immobile occupato senza alcun titolo, risultato che però, per nessuna ragione, può essere ottenuto con un'azione di spoglio, meritevole di autonoma e specifica tutela (si evidenzia peraltro che, qualora l'occupazione *sine titulo* fosse accompagnata da "morosità" dell'occupante, sarebbe esperibile da parte del proprietario l'azione di ripetizione d'indebito ex art. 2041 c.c., concepita in via residuale ma impregiudicata dall'inesistenza del titolo contrattuale avente forma scritta[8]).

## **2) Altre ipotesi: la riconduzione del contratto a condizioni conformi, prima e dopo la riforma del comma 5, art. 13, L. n. 431/1998, da parte della L. n. 28 dicembre 2015 n. 208.**

Per completezza espositiva, pare utile richiamare l'ulteriore fattispecie, parzialmente coincidente con il caso della sentenza in commento per l'assenza del contratto scritto (e la conseguente ricaduta nella disciplina di cui all'art. 13 L. n. 431/1998) ma differente per avere il locatore **imposto** al conduttore – avvalendosi della propria posizione di contraente "forte" – la modalità meramente verbale dell'accordo.

Ebbene, il comma 5 dell'art. 13 L. n. 431/1998, nella sua versione precedente alla modifica introdotta dalla L. n. 208/2015, prevedeva che **solo il conduttore** che avesse subito detta ingiusta imposizione potesse far valere la nullità del contratto (di fatto inesistente), esercitando, entro il termine di decadenza di sei mesi dalla riconsegna dell'immobile, l'azione di riconduzione del contratto a condizioni conformi, salva l'eventuale restituzione delle somme eventualmente pagate in eccedenza rispetto al dovuto, in base a quanto previsto dagli accordi locali sul canone concordato.

Veniva, in altre parole, tutelata la c.d. locazione di fatto, consentendo al conduttore di richiedere al Giudice di accertare l'esistenza di un contratto (benché nullo perché verbale), con onere della prova della coercizione subita a carico del conduttore.

A questo proposito, la più volte citata sentenza Sezioni Unite n. 18214/2015 aveva espressamente fatto proprio un orientamento giurisprudenziale che qualificava l'obbligo della forma scritta del contratto di locazione (come sancita dall'art. 1, co. 4, L. n. 431/1998) siccome "*ad essentiam*".

Si tratta di un *tertium genus*, "coniato" per distinguere dalla forma scritta "*ad*



*substantiam*” ovvero “*ad probationem*” e rappresenta la categoria – anomala – della nullità “speciale” o “di protezione” del conduttore, rilevabile solo da quest’ultimo, entro il termine di decadenza previsto dalla norma speciale (e, come detto anche in precedenza, non varrebbe nel diverso caso in cui le parti si fossero accordate sull’elusione del precetto normativo).

La L. n. 208/2015, come noto, ha riscritto il comma in parola (che ora corrisponde al comma 6) e, a partire dal 1° gennaio 2016, è stata eliminata la categoria giuridica delle locazioni di fatto.

Da tale data, quindi, tali situazioni di fatto non possono più essere oggetto di accertamento passibile della tutela “di protezione” in favore del conduttore, sicché il contratto di locazione mancante della forma scritta finisce per essere affetto dalla tipica nullità assoluta, rilevabile da entrambe le parti e d’ufficio dal Giudice, con buona pace del conduttore, vittima o “complice” che sia del locatore (salvo il sindacato giudiziale, tuttora possibile come peraltro nel caso della sentenza del Tribunale di Ferrara, di locazioni di fatto collocabili temporalmente tra l’entrata in vigore della legge 431/1998 e il 31 dicembre 2015).

Benché sullo sfondo del commento svolto, resta infine aperto il problema della rilevabilità anche d’ufficio delle nullità speciali di protezione, previste in favore del conduttore quale parte debole del rapporto contrattuale<sup>[9]</sup>.

Secondo un certo orientamento delle Sezioni Unite<sup>[10]</sup>, in effetti, “... La rilevabilità officiosa delle nullità negoziali deve estendersi anche a quelle cosiddette di protezione ...” e tale impostazione – intesa ad affermare “... il corretto funzionamento del mercato e l’uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli ...”, potrebbe comportare, per esempio, il sacrificio (ingiusto, quantomeno secondo la *ratio* della Legge n. 431/1998) dell’interesse prevalente del singolo conduttore a rimanere nell’immobile occupato, nonostante tutto.

<sup>[1]</sup> *Ex multis*: Cass. pen S.U. n.41461 del 19.7.2012.

<sup>[2]</sup> Cass. Sez., Sez. VI, n.10066 del 18.1.2005.

<sup>[3]</sup> Cass. pen., Sez. III, Sentenza 28.01.2019 n. 3966.

<sup>[4]</sup> Sull’art. 13 L. n. 431/1998 (Patti contrari alla legge) si veda LUPPINO S., *Locazioni immobiliari: redazione e impugnazione del contratto*, Santarcangelo di Romagna, 2018, pagg. da 187 a 199.

<sup>[5]</sup> Conforme alle citate Sezioni Unite, si veda anche la recente Cass. civ, Sez. III, 28.02.2019 n. 5794.

<sup>[6]</sup> Cass. civ., Sez. II, 01.09.2014 n. 18486.


<sup>[7]</sup> *Cfr.* Cass. S.U. n. 18214/2015, *cit.*



[8] Cfr. LUPPINO S., *op. cit.*, pag. 93, che richiama in tal senso Tribunale Civile di Trento, 24.02.2011 n. 152, laddove si legge che “... *in mancanza del contratto, che è il fatto costitutivo del rapporto giuridico, l'azione contrattuale non esiste e quindi la P. può esperire l'azione di indebito arricchimento senza che sia necessario accertare in via principale l'inesistenza del fatto costitutivo, potendo tale questione pregiudiziale esser accertata “incidenter tantum” dal giudice adito con detta azione* (Cass. Civ., sez. III, 22 giugno 2005, n. 13385)”.

[9] Sul punto si veda LUPPINO S., *op. cit.*, pagg. 182 e ss.

[10] Cass. civ. Sezioni Unite, Sentenza 12 dicembre 2014 n. 26242. Ma *contra* Cass. civ., Sezioni Unite, 04.09.2012 n. 14828; Cass. civ., Sez. I, 12.07.2013 n. 17257.



E-learning

Seminario on-line di 2 ore

**LA CIRCOLAZIONE DEGLI IMMOBILI DI  
PROVENIENZA DONATIVA E SUCCESSORIA**

Accedi al sito >

Matura 2 CFP

## Diritto e procedimento di famiglia

---

# Collocamento preferenziale al padre più educativo e presente

di Giuseppina Vassallo

### [Cassazione civile sez. I, 20 novembre 2019, n. 30191](#)

Affidamento e collocamento del figlio minore – giudizio prognostico capacità genitoriale

Art. 337 ter c.c.

*Nella scelta del genitore presso cui collocare il minore in via prevalente, da effettuarsi in base a un giudizio sulla capacità di relazione affettiva, attenzione, comprensione, educazione e disponibilità ad un assiduo rapporto col minore, può essere preferito il padre, più presente, più educativo, e garante di maggiore stabilità.*

### Caso

La vicenda di questa coppia di genitori altamente conflittuali, nasce con il provvedimento del Tribunale per i Minorenni di L'Aquila con il quale si dispone l'affidamento della bambina ai Servizi sociali del Comune e il collocamento della stessa in via preferenziale presso il padre.

Avendo la Corte d'Appello respinto l'impugnazione, la madre ricorre in Cassazione deducendo la violazione o la falsa applicazione dell'art. 337 ter, comma 1 e 2.

Il provvedimento avrebbe erroneamente attribuito un significato irragionevole alla nozione di "interesse del minore".

I giudici di merito non avrebbero fatto applicazione del principio così detto di "*maternal preference*", già affermato dalla Cassazione in passato, ossia di privilegiare la collocazione della minore presso la madre, anche a prescindere dal cambiamento da parte di quest'ultima del luogo di residenza.

### Soluzione e percorso argomentativo della Cassazione

La Corte ha ritenuto il motivo di ricorso inammissibile. Infatti, secondo il consolidato orientamento della Cassazione, il giudizio prognostico del giudice, nell'esclusivo interesse morale e materiale della prole, deve basarsi sulle capacità dei genitori di crescere e educare il figlio nella nuova situazione determinata dalla disgregazione dell'unione, e va formulato tenendo conto, in base ad elementi concreti, del modo in cui i genitori hanno

precedentemente svolto i propri compiti, delle rispettive capacità di relazione affettiva, attenzione, comprensione, educazione e disponibilità a un assiduo rapporto.

Rilevano anche le consuetudini di vita e dell'ambiente sociale e familiare che il genitore è in grado di offrire al minore, fermo restando, il rispetto del principio della bigenitorialità, che prevede una presenza comune di entrambi i genitori nella vita del figlio (Cass. Civ. n. 18817/23/09/2015).

Secondo la Cassazione, la Corte d'Appello di L'Aquila ha correttamente applicato il principio, fissando la collocazione prevalente della bambina presso il padre, in grado di garantirle maggiore stabilità, e di darle quel senso di sicurezza e continuità già fortemente indebolito dalla conflittualità tra i genitori.

I giudici di merito hanno, nello specifico, motivato quali fossero le ragioni della collocazione prevalente presso il padre: uno stile educativo più idoneo da parte di quest'ultimo, al contrario della madre più permissiva, ma anche distante emotivamente dalla minore.

## Questioni

Con l'ordinanza della I sezione civile del 4.11.2019 n. 28244, nel decidere su un affidamento esclusivo del figlio, la Cassazione aveva affermato il suddetto principio secondo cui il giudice deve formulare un giudizio prognostico circa la capacità del padre o della madre di crescere e educare il figlio nella nuova situazione di genitore singolo, anche basandosi sulle modalità con cui in passato è stato svolto il ruolo (Cass. Civ. n. 28244/2019).

Controversa è invece la questione della "preferenza materna" sollevata dalla madre ricorrente.

La Cassazione – con la sentenza del 14 settembre 2016, n. 18087 – aveva affermato il principio secondo cui se i figli sono di età prescolare o scolare, la madre è il genitore con il quale i bambini devono essere collocati prevalentemente.

In senso contrario, diversi tribunali di merito non avevano ritenuto di applicare il principio al fine di tutelare la genitorialità paterna, anche in presenza di un minore in tenera età (Trib. Milano, sez. IX civ, decreto 19 ottobre 2016).

Con l'odierna sentenza, la Cassazione conferma un collocamento prevalente al padre, a prescindere dal criterio della preferenza materna.



## Diritto e reati societari

---

# ***La morte di tutti i soci di una società in accomandita semplice, in assenza di sostituzione, non determina l'estinzione della società, ma il suo scioglimento***

di **Dario Zanotti**

[Corte d'Appello di Perugia, Sentenza del 15 ottobre 2019.](#)

**Parole chiave:** società di persone – società in accomandita semplice – mancanza di soci – estinzione – liquidazione – scioglimento

**Massima:** *“In tema di società di persone, la mancata ricostituzione della pluralità di soci nel termine di sei mesi non determina l'estinzione, ma solamente lo scioglimento della società e la liquidazione e, pertanto, la massa dei rapporti attivi e passivi che facevano capo alla compagine sociale prima dello scioglimento conserva il proprio originario centro di imputazione”.*

**Disposizioni applicate:** artt. 2323, 2308, 2272 c.c.; artt. 78, 79 c.p.c.

La Corte di Appello di Perugia, rifacendosi ad orientamenti consolidati della Corte di cassazione, chiarisce quali siano le conseguenze della mancata ricostituzione della pluralità dei soci nell'ambito delle società di persone, con particolare riferimento alla società in accomandita semplice.

Il caso in esame origina da un mancato ritiro di un'autovettura presso un'autofficina. Infatti, il socio accomandatario della società in questione (alla quale ci si riferirà come Alfa s.a.s. o “Alfa”) aveva portato un autoveicolo, concesso in *leasing* da Beta S.p.A. (“Beta”), presso l'officina Gamma per alcune riparazioni; veicolo che, tuttavia, non è più stato ritirato al termine dell'intervento di Gamma.

Gamma ha così agito contro Beta (quale proprietaria dell'auto) per ottenere il pagamento delle spese di custodia e di deposito ai sensi dell'art. 1771, comma 2°, c.c., nonché per ottenere il ritiro del veicolo medesimo. Beta, costituitasi in giudizio, ha contestato le domande avversarie e ha chiesto di chiamare in causa Alfa. Tuttavia, nel corso del giudizio, tutti i soci di Alfa (due) sono deceduti, senza peraltro lasciare eredi e lasciando la predetta società senza più soci. Per tale motivo, Beta ha rinunciato alla chiamata in causa di Alfa.

Gamma, nel corso del giudizio, ha sostenuto inoltre che la società si fosse estinta in assenza della compagine sociale e con essa si fosse estinto il contratto di *leasing*; perciò l'unico soggetto tenuto al pagamento delle spese di custodia e di deposito si sarebbe dovuto

identificare nel proprietario del bene (Beta). Tuttavia, sia il giudice delle prime cure che la Corte d'appello hanno rilevato come in realtà, proprio secondo le norme del codice civile, l'unico soggetto obbligato nei confronti del depositario per le obbligazioni nascenti dal contratto con Gamma era Alfa s.a.s., non rilevando la circostanza che Beta fosse la proprietaria del bene.

Nel giudizio di appello, la Corte del capoluogo umbro si sofferma particolarmente sulla disciplina in materia di estinzione e liquidazione delle società di persone, al fine di sostenere come Alfa fosse ancora il soggetto tenuto all'adempimento nei confronti di Gamma, nonostante il venir meno della componente umana della persona giuridica.

La Corte ha infatti rilevato come Alfa s.a.s., nonostante il decesso di tutti i soci, non fosse da ritenersi estinta. Ciò, alla luce del combinato disposto degli artt. 2323, 2308 e 2272 n. 4 c.c., ma anche in base a consolidati orientamenti di legittimità (tra cui, *in primis*, Cass. civ. 27189/2014, ma v. anche Cass. civ. 9346/2018 e 24400/2018), secondo i quali la mancata ricostituzione della pluralità dei soci nel termine di sei mesi previsto, appunto, dall'art. 2272 c.c. non comporta l'estinzione della persona giuridica, ma il suo scioglimento e la liquidazione. Di conseguenza, tutti i rapporti attivi e passivi che fanno capo alla compagine sociale prima dello scioglimento conservano il proprio originario centro di imputazione, vale a dire la società stessa (*i.e.*, nel caso di specie, Alfa).

In considerazione di ciò, Gamma avrebbe potuto domandare, in via giudiziale: (i) la liquidazione di Alfa e la nomina dei liquidatori, giacché tale domanda può essere fatta non solo dai soci *ex art.* 2275 c.c., ma anche dai creditori sociali, in considerazione dell'interesse di questi ultimi alla ripartizione dell'attivo ai sensi degli artt. 2280 e 2282 c.c.; o (ii) la nomina di un curatore speciale ai sensi degli artt. 78 e 79 c.p.c. contro la società non ancora estinta e priva di liquidatore.

Ad ulteriore sostegno di tale tesi, la Corte ha rilevato peraltro come l'estinzione di una s.a.s. possa avvenire solo mediante la formale cancellazione della medesima dal registro delle imprese.

Il giudice di secondo grado, quindi, ha rilevato come le domande di Gamma avrebbero potuto ancora essere rivolte contro Alfa, in quanto non si era estinta per la mancata ricostituzione della compagine sociale nel termine di sei mesi di cui all'art. 2272 c.c..

In conclusione, il presente arresto sottolinea come una società di persone, anche qualora la pluralità dei soci non sia ricostituita entro sei mesi, non è da considerarsi estinta, bensì in fase di scioglimento. Dunque, tale società potrà ancora essere chiamata dai creditore a rispondere delle proprie obbligazioni attraverso la nomina di un liquidatore o di un curatore speciale.

 E-learning

Percorso on-line di 15 ore

# DIRITTO SOCIETARIO

[Accedi al sito >](#)

Matura 15 CFP

## Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

---

# ***Riflessioni sui rapporti di pregiudizialità e coordinamento tra la procedura prefallimentare e la procedura per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione ex art. 182bis L.F.***

di Giulia Ferrari

[Cass. Civ., sez. I, 22 maggio 2019, n. 13850 – Pres. Didone – Rel. Vella](#)

**Parole chiave:** fallimento, dichiarazione di fallimento, accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182bis L.F., omessa risoluzione dell'accordo omologato, creditore estraneo, procedibilità.

**Massima:** *“Nulla osta alla procedibilità di una domanda di fallimento presentata dopo l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis L.F. da un creditore estraneo all'accordo rimasto insoddisfatto, anche qualora l'accordo sia in corso di esecuzione e non formalmente risolto”*

**Disposizioni applicate:** R.D. 16 marzo 1942, n. 267: art. 6, art. 15, art. 182bis e art. 184; D.Lgs. 12 gennaio 2019 n. 14

### **CASO**

La società a responsabilità limitata Alfa presentava avanti il Tribunale di Avellino ricorso per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis L.F., omologazione che veniva concessa nel novembre del 2013. La medesima società Alfa, in pendenza dell'esecuzione dell'accordo omologato, si rendeva inadempiente rispetto al pagamento di un creditore c.d. “estraneo” all'accordo stesso. Tale creditore, titolare di un credito scaduto prima dell'omologa, agiva esecutivamente avverso la società Alfa notificando decreto ingiuntivo e precetto nel 2015; risultando infruttuosa l'azione, il creditore formulava istanza di fallimento nei confronti della società Alfa, ottenendo sentenza di dichiarazione di fallimento nel novembre 2015. Il reclamo proposto dalla società Alfa, avverso la sentenza di fallimento, veniva rigettato dalla Corte di Appello di Napoli, nei confronti della cui pronuncia ricorreva in Cassazione la stessa società Alfa, ribadendo le censure di improcedibilità della domanda di fallimento in ragione, *inter alia*, dell'intervenuta omologazione dell'accordo di ristrutturazione.

### **SOLUZIONE**

La Corte di Cassazione, confermando la pronuncia della Corte di appello di Napoli, ha affermato che nulla osta alla procedibilità di una domanda di fallimento presentata successivamente all'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis

L.F., e nel corso di esecuzione dello stesso, da parte di un creditore rimasto estraneo all'accordo.

## QUESTIONI

La pronuncia oggetto di commento è particolarmente interessante non solo per la questione principale che affronta, inerente la procedibilità della domanda di fallimento formulata dopo l'omologazione di un accordo ex art. 182-bis LF, ma anche perché, per dare risposta alla stessa, in assenza di una norma specifica che disciplini le conseguenze dell'inadempimento di un accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis L.F., ripercorre i propri precedenti relativi alla casistica dei rapporti tra la procedura prefallimentare e quella, in particolare, del concordato preventivo, declinate nelle loro diverse fasi di evoluzione processuale, traendo dagli stessi – attraverso un'interpretazione evolutiva, orientata al diritto eurounitario dell'insolvenza dell'istituto dell'accordo di ristrutturazione – i principi da applicare al caso che ci interessa.

Si sintetizza quindi di seguito la casistica richiamata dalla Corte nel proprio argomentare, per poi giungere al ragionamento conclusivo.

Il primo caso richiamato dagli Ermellini riguarda una fattispecie “inversa” rispetto a quella in oggetto di studio, ossia quella in cui la domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione ex art. 182bis L. F. sia stata presentata dopo l'istanza di fallimento e quindi durante il corso del procedimento prefallimentare. In tale occasione era stato affermato che la presentazione di un ricorso per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis L. F. *“non implica la sospensione della procedura prefallimentare non potendo a ciò condurre l'interpretazione estensiva della Legge Fallimentare, articolo 182-bis comma sesto, laddove vieta l'inizio la prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari in presenza dell'istanza di sospensione proposta dal debitore: da un lato infatti il procedimento prefallimentare non ha natura esecutiva o cautelare ma natura cognitiva piena e dall'altro la menzionata interpretazione Non sarebbe coerente con il sistema che non consente la sospensione ex articolo 295 c.p.c. della procedura prefallimentare a seguito della presentazione di domanda di concordato preventivo. Né la disciplina di cui all'articolo 182-bis legge fallimentare può dirsi, per ciò solo, indeterminata sicché è manifestamente infondata l'eccezione di legittimità costituzionale sollevata in relazione agli articoli 27 e 111 Cost.”* (Cass. 24969/2013).

Vengono poi richiamati i consolidati precedenti relativi ai casi in cui, in pendenza della procedura per l'omologazione della proposta di concordato preventivo, venga formulata istanza di fallimento. In tali casi, secondo i Giudici di legittimità, la dichiarazione di fallimento consegue all'esito negativo della procedura di concordato *“non potendo ammettersi l'autonomo corso del procedimento di dichiarazione di fallimento che si concluda indipendentemente dal verificarsi di uno degli eventi previsti dagli articoli 162, 173, 179 e 180 L.F.”* e cioè i casi di inammissibilità della domanda di concordato, revoca dell'ammissione, mancata approvazione, diniego dell'omologazione. (Cass. 30539/2018, Cass. 1169/2017, Cass. 9050/2016; Cass. Sez Unite, 9935/2015 e 1521/2013).



La Corte si richiama poi ai propri precedenti relativi ai rapporti tra domanda di fallimento e concordato preventivo già omologato ed in fase di esecuzione. In tali pronunce si afferma che l'istanza di fallimento è procedibile solo dopo la risoluzione del concordato preventivo. Tale affermazione si fonda da un canto sull'osservazione che *“la domanda di concordato rappresenta concettualmente un minus rispetto al concordato omologato”* dall'altro in ragione del vincolo obbligatorio creato dalla legge fallimentare all'articolo 184 comma 1, dell'effetto esdebitatorio dell'omologazione, della specialità della disposizione di cui all'articolo 186 L.F. rispetto all'articolo 6 L.F., ed in ultimo dell'interesse dei creditori ad ottenere la declaratoria di fallimento nella misura originaria dei crediti piuttosto che nella misura falcidiata che finirebbe sostanzialmente per comportare solo un incremento dei costi per l'apertura di un ulteriore procedura concorsuale ( cfr. Cass. 2695/2016).

La Corte ha inoltre affermato che, nel caso di un'impresa ammessa al concordato preventivo già omologato ed in caso di inadempimento dei debiti concorsuali, il creditore insoddisfatto può formulare istanza di fallimento ai sensi della legge fallimentare *“a prescindere dall'intervenuta risoluzione di detto concordato, essendo ormai venuto meno, – dopo la riforma della legge fallimentare, articolo 186, introdotta dal decreto legislativo numero 169 del 2007 – ogni automatismo tra risoluzione del concordato e dichiarazione di fallimento e dovendo l'istante proporre la domanda di risoluzione anche contestualmente a quella di fallimento solo quando faccia valere il suo credito ordinario e non nella misura facilitata”* (vedi Cass. 1773/2017 e Cass. 29 63/2017). E' stato poi inoltre affermato che *“qualora il fallimento sia stato dichiarato quando è ancora possibile instare per la risoluzione ex articolo 186 della procedura concordataria, i creditori non sono tenuti a sopportare effetti esdebitatori e definitivi del concordato omologato a norma dell'articolo 184 legge fallimentare posto che l'attuazione del piano è resa impossibile per l'intervento di un evento come il fallimento e sovrapponendosi al concordato medesimo, inevitabilmente lo rendere irrealizzabile”* (in questo senso Cass. 26002/2018).

Il richiamo agli orientamenti sopra esposti è particolarmente pertinente alla luce della affermata natura concorsuale dell'accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis L.F., che consente l'applicazione, in via analogica, agli accordi di ristrutturazione dei principi generali comuni alle procedure concorsuali (cfr. Cass. 9087/2018, 12956/2018 cit.).

La Suprema Corte, infatti, anche richiamandosi al diritto eurounitario, ha sostenuto che gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis L.F., a differenza dei piani attestati ex art. 67 L.F., appartengono al novero delle *“procedure concorsuali”* (cfr. Cass. 1182/2018, Cass. 1895/2018, Cass. 9087/2018, Cass. 12956/2018, Cass. 16161/2018, Cass. 16347/2018), e come tali risultano istituti affini al concordato preventivo (cfr. Cass. 16950/2016, Cass. 2311/2014).

La natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione pare confermata anche dal nuovo testo del Codice della Crisi e dell'Insolvenza di prossima applicazione (D.Lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 di seguito anche “CCI”), nel quale, concordato e accordi di ristrutturazione vengono disciplinati nel medesimo titolo IV tra gli *“Strumenti di regolazione della crisi”*, condividono il *“procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza”* (art. 40 CCI) e sono accomunati da rilevante affinità di presupposti soggettivi ed oggettivi nonché delle condizioni

di accesso.

Sulla scorta di tali premesse, la Corte conclude affermando che nulla osta alla procedibilità di una domanda di fallimento presentata dopo l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis L.F. da un creditore estraneo all'accordo medesimo, anche nel caso in cui tale accordo di ristrutturazione sia in corso di esecuzione e non ancora formalmente risolto.

Qualora contrariamente, prosegue la Corte nel suo argomentare, si ritenesse improcedibile l'azione, si priverebbe il creditore non aderente di una fondamentale forma di tutela del proprio credito tanto più inammissibile in quanto l'istituto dell'accordo di ristrutturazione ex articolo 182-bis L.F. si sostanzia sul presupposto della idoneità dell'accordo stesso ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei, i quali, perciò, si pongono rispetto all'accordo in posizione analoga ai creditori non vincolati dagli effetti obbligatori del concordato omologato ex articolo 184 L.F.



**ABBONAMENTO E-LEARNING LEGALE**  
Matura CFP per Avvocati anche in materie deontologiche  
scopri di più >

## Diritto Bancario

---

# ***La fideiussione e il contratto di leasing sono soggetti all'obbligo di mediazione ex art. 5 D.Lgs. n. 28/2010?***

di **Fabio Fiorucci**

La mediazione (D.Lgs. n. 28/2010) è l'attività svolta da un professionista con requisiti di terzietà, finalizzata alla ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della lite.

La mediazione, rispetto ad alcune materie elencate nell'art. 5 del D.Lgs. n. 28/2010, si pone come condizione di procedibilità per l'avvio dell'azione giudiziale (con la sentenza n. 97 del 18 aprile 2019, la Corte Costituzionale ha dichiarato la legittimità costituzionale del D.L. n. 69/2013 con cui il legislatore ha previsto l'obbligatorietà del tentativo di mediazione). Tra le materie rispetto alla quali deve essere preliminarmente esperito, con l'assistenza dell'avvocato, il procedimento di mediazione, ci sono i « contratti assicurativi, bancari e finanziari ».

La Cass. n. 15200/2018 ha chiarito che nella relazione illustrativa al D.Lgs. n. 28/2010 si legge che la volontà del legislatore è quella di riferirsi ai « rapporti bancari » ovvero ai « contratti di servizi » quali quelli finanziari. È quindi sufficientemente chiaro il richiamo alla disciplina dei contratti bancari contenuta nel codice civile e nel TUB, nonché alla contrattualistica involgente gli strumenti finanziari di cui al TUF (D.Lgs. 24.2.1998 n. 58 e succ. mod., v. in specie all'art. 1) (conf. Cass. n. 30520/2019).

È dibattuto se il fideiussore (parte di un contratto di garanzia inerente a un contratto bancario) debba attivare il tentativo obbligatorio di mediazione. Secondo alcuni no: la controversia dedotta in giudizio (validità fideiussione) verte su un rapporto di garanzia e, quindi, su materia non riconducibile nell'alveo della obbligatorietà della disciplina dettata dal d. lgs. n. 28/2010 (Trib. Milano 13.1.2016); la fideiussione non rientra tra i « contratti bancari » previsti dall'art. 5 D.Lgs. n. 28/2010, essendo un contratto di garanzia (Trib. Palermo 18.1.2018). *Contra* Trib. Nocera Inferiore 28.3.2019, secondo cui l'art. 5 d. lgs. n. 28 del 2010 fa generico riferimento ai “contratti bancari” sicché sembra che la norma trovi applicazione sia nell'ipotesi in cui sia il debitore a proporre opposizione sia nel caso in cui il giudizio sia promosso dal fideiussore, soprattutto considerato che la fideiussione – se è vero che non è un contratto bancario – è una garanzia accessoria rispetto all'obbligazione principale, rispetto alla quale sarebbe sperequato applicare una diversa regola processuale, in omaggio al principio generale in base al quale “*ubi lex voluit dixit*”; Trib. Roma 2.10.2019: l'oggetto del contendere, trattandosi di fideiussione inerente contratti bancari, rientra tra le materie indicate dall'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010.

Altresì discusso è se i contratti di leasing siano soggetti al tentativo di mediazione. Anche nella fattispecie si fronteggiano due orientamenti: secondo alcuni, nel senso di ricomprendere la locazione finanziaria tra i contratti finanziari depongono tanto la prevalente funzione di finanziamento del contratto, riconosciuta anche prima della tipizzazione dello stesso con legge n. 124/2017 quanto la natura “professionale” della parte concedente (Banche o Intermediari finanziari); va altresì rilevato che tale interpretazione appare conforme anche alla volontà del legislatore, come evidenziata nella Relazione al D.Lgs., ove si precisa che con l’espressione « contratti assicurativi, bancari e finanziari » lo stesso ha inteso riferirsi a controversie riguardanti « tipologie contrattuali che conoscono una diffusione di massa » e « alla base di una parte non irrilevante del contenzioso », quali sono certamente quelle relative ai contratti di leasing (Trib. Milano 10.5.2018). *Contra* Trib. Milano 3.11.2016: il contratto di leasing, dotato di tipicità sociale e normativa (*ex art. 72 quater l. fall.*) non è espressamente ricompreso nell’ambito dei contratti le cui controversie sono da sottoporre a mediazione c.d. obbligatoria, né appare riducibile a un contratto di finanziamento, non venendo semplicisticamente in rilievo la dazione di un capitale e un conseguente obbligo di rimborso.

La Cassazione, di recente, ha escluso che il leasing immobiliare rientri tra le ipotesi per cui è necessario esperire il tentativo di mediazione *ex art. 5 d.lgs. n. 28/2010* (Cass. n. 30520/2019).

Seminari di specializzazione

**OPERATIVITÀ E MODULISTICA CONTRATTUALE  
DELLE BANCHE**

Scopri le sedi in programmazione >

## Diritto del Lavoro

---

# ***L'account riconducibile ad una persona identificata o identificabile deve essere rimosso al termine del rapporto lavorativo***

di **Evangelista Basile**

**Cassazione Civile, Sezione Lavoro, 4 ottobre 2019, n. 24873**

***Contratto di lavoro – rapporto di lavoro autonomo seguito da rapporto di lavoro subordinato – identità di mansioni svolte – subordinazione ab initio***

### **Massima**

*Deve riconoscersi la sussistenza di un rapporto subordinato anche in epoca anteriore alla stipula del contratto di lavoro subordinato laddove i testimoni confermino che il lavoratore svolgeva precedentemente le stesse mansioni in favore del datore di lavoro (Nel caso di specie il rapporto di lavoro riguardava un geometra il quale veniva inserito nello studio professionale di un ingegnere, inizialmente come lavoratore autonomo e, successivamente, come lavoratore subordinato, pur restando invariate le condizioni di lavoro e le mansioni complessive svolte dal geometra sia prima che dopo la stipulazione del contratto di lavoro subordinato).*

### **Commento**

La vicenda sottoposta al vaglio della Cassazione verteva sulla qualificazione da dare a un rapporto di collaborazione intercorso tra un geometra, titolare di partita iva, e uno studio professionale. La citata collaborazione aveva avuto luogo dal 1996 al 2002, quando le parti avevano deciso di stipulare un contratto di lavoro subordinato durato fino al 2005 e cessato per dimissioni del lavoratore. Secondo la Corte territoriale con la stipula del contratto di lavoro subordinato e la conseguente erogazione delle retribuzioni tramite busta paga era stato evidentemente ammesso un rapporto subordinato dalla data indicata sino alle dimissioni. Peraltro, detto rapporto non appariva diverso in alcun modo da quello precedente – ossia il rapporto di collaborazione in essere prima della stipulazione del contratto di lavoro – risultando concordemente da tutte le deposizioni, sia di parte attrice che convenuta, che la modalità della prestazione non era cambiata dopo la stipula del citato contratto di lavoro. Di conseguenza, secondo il ragionamento della Corte territoriale, se da tale epoca era stato intrattenuto un rapporto subordinato era evidente che anche prima lo stesso tipo di rapporto intercorreva tra le due parti. Contro tale decisione proponeva ricorso per cassazione il titolare dello studio professionale lamentando, tra l'altro, la violazione delle regole governanti l'onere della prova in quanto la Corte di merito avrebbe obliterato completamente l'onere della prova

gravante sull'attore e financo gli elementi sui quali tale prova doveva essere raggiunta, giungendo così a fondare la sua pronuncia su di una mera personalistica presunzione, peraltro contrastata espressamente dalle prove in causa, presunzione sintetizzata nel fatto che nel giugno del 2002 tra le parti interveniva un contratto lavoro subordinato, sicché se da tale data si intratteneva un simile rapporto di lavoro era evidente che anche prima lo stesso tipo di rapporto intercorresse tra le parti. Stante la natura della doglianza sollevata in sede di legittimità – palesemente incentrata sulla prospettazione di una diversa ricostruzione della vicenda storica rispetto a quella operata dalla Corte di merito – la Cassazione ha ribadito che spetta al giudice del merito accertare il comportamento tenuto dalle parti nell'attuazione del rapporto di lavoro al fine della conseguente qualificazione dello stesso come lavoro autonomo ovvero come lavoro subordinato e la relativa valutazione non è censurabile in Cassazione ove correttamente ed adeguatamente motivata.



OneDay Master

**CONTROVERSIE IN MATERIA PREVIDENZIALE, AMMINISTRATIVA/  
ISPETTIVA E VICENDE LEGATE ALLE PROCEDURE CONCORSALE**

Scopri le sedi in programmazione >

## Nuove tecnologie e Studio digitale

---

# ***Privacy e rapporto di lavoro: come gestire (e conservare) l'account di posta elettronica dell'ex dipendente***

di **Avvocato Gabriele Borghi**

Con specifico riferimento ai trattamenti effettuati sulla posta elettronica aziendale del lavoratore dopo la cessazione del relativo rapporto di lavoro, il Garante della Privacy, con Provvedimento n. 53 del 1.2.2018, ha, di recente, ribadito – peraltro, in un'ottica di assoluta e fedele continuità con quanto già affermato in precedenti pronunce (vedasi, *ex plurimis*: Provvedimento n. 136 del 5.3.2015, n. 456 del 30.7.2015, n. 547 e 550 del 22.12.2016) – che, in conformità ai principi in materia di protezione dei dati personali, l'account riconducibile ad una persona identificata o identificabile deve essere rimosso al termine del rapporto lavorativo, previa disattivazione dello stesso e contestuale adozione di un sistema automatico volto ad informare i terzi ed a fornire a questi ultimi indirizzi alternativi riferiti all'attività professionale del Titolare del trattamento.

In aggiunta, il Garante della Privacy ha, altresì, precisato, all'interno del medesimo Provvedimento in commento, che l'account di posta elettronica dell'ex dipendente debba essere disattivato mediante l'applicazione di un "*messaggio di mancato recapito*" in caso di tentato invio di una comunicazione elettronica sull'account stesso, oltre che la disattivazione in questione deve essere realizzata "*secondo modalità tali da inibire, in via definitiva, la ricezione in entrata di messaggi diretti al predetto account...*".

In sintesi, il Garante della Privacy ha affermato che, al momento della cessazione del rapporto lavorativo, il datore di lavoro è obbligatoriamente tenuto ad effettuare i seguenti adempimenti:

1. Disattivare e rimuovere l'account di un ex lavoratore dipendente;
2. Adottare un sistema automatico di informazione ai soggetti terzi;
3. Indicare uno o più nuovi indirizzi email alternativi con cui far proseguire le comunicazioni con l'azienda.

**[CONTINUA A LEGGERE](#)**

