

Edizione di martedì 17 marzo 2020

Esecuzione forzata

Il professionista delegato “qualificato”: attualità e prospettive della formazione
di **Girolamo Venturella**

Diritto e procedimento di famiglia

Aspetti patrimoniali della famiglia in crisi: assegno di divorzio e non solo...
di **Sara Scola**

Procedimenti di cognizione e ADR

Inesistenza della sentenza resa a non iudice: il referente temporale per la valutazione della potestas iudicandi del magistrato decidente
di **Massimo Montanari**

Procedimenti cautelari e monitori

Domanda riconvenzionale con l'opposizione a decreto ingiuntivo e limiti oggettivi e temporali di un precedente giudicato tra le parti
di **Cecilia Vantaggiato**

Responsabilità civile

È consumatore chi rilascia una fideiussione per finalità estranee alla propria attività, ma comunque per garantire debiti di un professionista? La Cassazione cambia indirizzo
di **Daniele Calcaterra**

Comunione – Condominio - Locazione

Inammissibilità impugnazione delibera condominiale per intervenuta decadenza nella presentazione della domanda di mediazione: decorrenza dei termini

di **Saverio Luppino**

Diritto successorio e donazioni

Divisione ereditaria: formazione delle porzioni e rappresentazione

di **Matteo Ramponi**

Diritto e reati societari

Sulla possibilità di escludere il socio moroso nell'esecuzione dei versamenti in sede di aumento del capitale

di **Mario Cascavilla**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Responsabilità degli amministratori nel concordato preventivo liquidatorio: profili di legittimazione

di **Giulio Marconcini**

Diritto Bancario

Le corrette modalità di sottoscrizione dell'assegno

di **Fabio Fiorucci**

Diritto del Lavoro

Termine per proporre l'azione di accertamento della subordinazione

di **Evangelista Basile**

Nuove tecnologie e Studio digitale

Comunicare in emergenza

di **Amalia Di Carlo - Ufficio stampa di Marketude**

Esecuzione forzata

Il professionista delegato “qualificato”: attualità e prospettive della formazione

di **Girolamo Venturella**

ABSTRACT

La globale riscrittura dell'art. 179-ter disp. att. c.p.c. disegna una disciplina dell'elenco dei professionisti delegati molto differente da quella previgente. Per i professionisti che intendano “proporsi” sono stati immaginati dal Legislatore un itinerario imprescindibile di formazione d'avvio e un percorso formativo ulteriore finalizzato alla persistente iscrizione nell'elenco. Se le modalità di attuazione del progetto legislativo sono ad oggi impronosticabili, i tempi non sembrano imminenti. Rimane, nondimeno, per i professionisti l'esigenza di arrivare “preparati” all'appuntamento e di farsi trovare pronti e “formati”.

L'ELENCO DEI “DELEGABILI”

L'elenco ex art. 179-ter disp. att. c.p.c. contiene, come noto, i nomi degli avvocati, commercialisti e notai legittimati ad esser delegati dal giudice dell'esecuzione alla gestione delle operazioni di vendita mobiliare (art. 534-bis c.p.c.) o immobiliare (art. 591-bis c.p.c.) nonché ad analizzare, dietro impulso e “investitura” dell'ufficiale giudiziario, le scritture contabili dell'imprenditore debitore in funzione della identificazione di cose e crediti pignorabili (art. 492 c.p.c.).

Anteriormente alla riscrittura l'elenco in discorso si articolava in tre distinti elenchi, composti da ciascuno dei Consigli degli Ordini professionali, con cadenza triennale. In esito alla compilazione, gli elenchi venivano inoltrati al Presidente del Tribunale, insieme alle schede nelle quali ciascun professionista descriveva le “*specifiche esperienze maturate nello svolgimento di procedure esecutive ordinarie o concorsuali*”. Il Presidente riversava le liste acquisite in un unico elenco e lo trasmetteva ai giudici dell'esecuzione unitamente alle summenzionate schede informative degli avvocati e dei commercialisti (non essendo previste schede relativamente ai notai).

Con la legge n. 119 del 2016, che ha convertito il D.L. n. 59 del 2016, l'art. 179-ter disp. att. c.p.c. ha mutato radicalmente fisionomia. Tuttavia, le nuove disposizioni sono divenute applicabili decorsi dodici mesi dall'emanazione del decreto del Ministro della Giustizia per la disciplina degli obblighi di formazione (art. 179-ter, comma 1, disp. att. c.p.c.). Benché il predetto D.M. dovesse essere adottato, a tenore della legge di conversione, entro 60 giorni dall'entrata in vigore di quest'ultima, a tutt'oggi non è stato emesso. Ne consegue che, come

previsto ex art. 5-*bis*, comma 5, Legge n. 119 del 2016, nelle more, “*le operazioni di vendita continuano ad essere delegate ad uno dei professionisti iscritti nell’elenco di cui al predetto art. 179-ter nel testo vigente prima*”.

In buona sostanza, nulla è cambiato “operativamente” rispetto al passato. Ne deriva, in capo al professionista l’esigenza e l’opportunità di costruire, per suo conto, il proprio *curriculum* e di maturare individualmente quell’esperienza che lo rendano suscettibile d’esser preso in considerazione ai fini della delega per le operazioni di vendita. I “vecchi” elenchi, ad oggi, non sono stati di fatto soppiantati.

Ora, le norme riscritte prevedono che, in futuro, l’iscrizione nell’elenco sia assicurata in virtù di un provvedimento di una commissione distrettuale, da istituirsi presso ciascuna Corte d’Appello. La composizione di quest’ultima sarà, del pari, indicata dal D.M. che verrà. La circostanza per la quale la commissione opererà con “invarianza di spesa” – posto che i suoi membri ne faranno parte senza compenso, indennità e rimborso per un lasso triennale – rende disagevole, probabilmente, la sua rapida formazione.

In ogni caso, in prospettiva il requisito soggettivo indispensabile per essere vagliati dalla commissione in funzione dell’inserimento nell’elenco si compendierà nella puntuale dimostrazione di aver adempiuto determinati obblighi formativi.

Questi obblighi non sono stati ancora definiti, ma è ragionevole prevedere che possano consistere nella frequenza di idonei master o corsi di formazione. In buona sostanza, la formazione diventa un tassello indefettibile nella carriera del professionista delegato. Non più soltanto esperienza maturata “sul campo”, ma certificazione di un valido e qualificato percorso formativo.

E il fatto che il Legislatore punti su professionisti culturalmente attrezzati, in quanto in possesso di un livello adeguato di preventiva “istruzione”, è testimoniato dalla permanenza in capo al giudice dell’esecuzione di conferire incarichi a persone non iscritte negli elenchi “*quando ricorrono speciali ragioni*”, da descrivere “*analiticamente*”. La “preparazione” qualifica il professionista, che non dovrà temere, in buona sostanza, di non esser preso in considerazione.

GLI SCENARI FUTURIBILI DELLA FORMAZIONE E LE OPPORTUNITÀ ATTUALI

Se in passato ciascun avvocato, commercialista o notaio era titolare di un vero e proprio diritto all’iscrizione negli elenchi, nel rinnovato contesto normativo viene in auge la precondizione della “*prima formazione*”. Non vale più la mera esperienza per essere delegabili, ma occorre l’adempimento di obblighi formativi specifici. Per la permanenza negli elenchi, del pari, non varranno i “risultati” ottenuti sul campo, ma la dimostrazione di aver assolto periodicamente a oneri formativi.

Ad oggi, in ogni caso, nulla è concretamente mutato.

La consistenza degli obblighi anzidetti non è stata ancora precisata, non essendo a tutt'oggi prevedibile se e quando il decreto del Ministro della giustizia verrà emanato.

Tutto al riguardo tace e nulla appare imminente.

Non è neppure immaginabile se il Ministero della Giustizia organizzerà per suo conto i corsi – come l'art. 179-ter disp. att. c.p.c. e l'art. 5-bis della Legge n. 119 del 2016 sembrerebbero indicare – o se si affiderà alla collaudata formazione privata. Nell'uno come nell'altro caso non è preconizzabile se in esito ai corsi sarà stabilito che il professionista sostenga un esame finale di “abilitazione” e se potrà sostenerlo dopo aver frequentato corsi di formazione “privati”. Rimangono certi soltanto due aspetti: il primo è che la didattica dei percorsi formativi – in un'ottica di omogeneizzazione delle esperienze – sarà indicata, in apposite linee guida programmatiche, dalla Scuola Superiore della Magistratura, che avrà previamente sentito i Consigli Nazionali degli Ordini professionali; il secondo è che, nell'incertezza, è opportuno farsi trovare preparati e disporre di quanti più titoli e crediti formativi possibile. Proprio con riferimento ai crediti è, infatti, ignoto anche il numero che sarà reputato necessario; sconosciuta è pure la misura minima di ore di frequenza che verranno richieste al singolo professionista.

LA GESTIONE DELL'ELENCO DEI DELEGATI

Anteriormente alle modifiche normative sopra descritte era di competenza del Presidente del Tribunale disporre la cancellazione dall'elenco dei professionisti “negligenti” e, come tali, destinatari di revoche di incarichi. Con la riscrittura in discorso il compito transita in capo alla commissione distrettuale, che si occuperà anche della tenuta dell'elenco.

In definitiva, oltre a valutare le domande di iscrizione, la commissione vigilerà sugli iscritti attraverso i rapporti riepilogativi trasmessi da questi ultimi ex art. 16-bis D.L. n. 179 del 2012, convertito dalla legge n. 221 del 2012 ed opererà, se del caso, le cancellazioni dall'elenco. La revoca dell'incarico, in definitiva, non implica l'automatismo dell'esclusione, essendo il relativo provvedimento rimesso ad una valutazione discrezionale della commissione, che esaminerà la natura e il “peso” dei motivi che l'hanno giustificata. Qualora cancellazione vi sia, ne deriverà il divieto di reinscrizione per il triennio in corso e per quello successivo.

Quel che appare evidente è la severità delle sanzioni, un motivo in più per non trascurare nessun dettaglio nella preparazione e nell'approfondimento.

Si ricorda che per il triennio 2021-2022-2023 le liste per accedere all'elenco dei professionisti delegati scadrà il 31/12/2020.

Master di specializzazione

PROFESSIONISTA DELEGATO NELLE ESECUZIONI IMMOBILIARI

 Disponibile anche in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

[accedi al sito >](#)

Diritto e procedimento di famiglia

Aspetti patrimoniali della famiglia in crisi: assegno di divorzio e non solo...

di Sara Scola

La “rivoluzione” giurisprudenziale in tema di assegno di divorzio rappresenta senz’altro una delle più importanti questioni che agitano l’odierno panorama dottrinale e giurisprudenziale all’interno del diritto di famiglia.

Così, se da lungo tempo le nostre corti, chiamate a verificare la sussistenza dei presupposti per accordare l’assegno di cui all’art. 5, co. 6, l. 898/1970, hanno accolto un concetto di “inadeguatezza dei mezzi” inteso come inadeguatezza «a conservare un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio, senza che sia necessario uno stato di bisogno dell’avente diritto, il quale può essere anche economicamente autosufficiente» (così Cass. Civ., S.U., 29.11.1990, n. 11490), è a tutti noto come, a maggio del 2017, la prima Sezione della Corte di Cassazione si sia discostata frontalmente e clamorosamente dalla pronuncia delle S.U., provocando un vero e proprio terremoto (v. U. Roma, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all’indipendenza economica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 1003, nonché C. Rimini, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*, in *Giur. it.*, 2018, 1855).

Difatti, la sentenza Cass. Civ., 10.5.2017, n. 11504, riferendosi a quanto statuito dalle S.U. nel 1990, afferma chiaramente che «a distanza di quasi ventisette anni, il Collegio ritiene tale orientamento (...) non più attuale», tenuto conto che il «parametro di riferimento (...) – cui rapportare il giudizio sull’“adeguatezza-inadeguatezza” dei “mezzi” dell’ex coniuge richiedente l’assegno di divorzio e sulla “possibilità-impossibilità “per ragioni oggettive” dello stesso di procurarseli – vada individuato nel raggiungimento dell’“indipendenza economica” del richiedente: se è accertato che quest’ultimo è “economicamente indipendente” o è effettivamente in grado di esserlo, non deve essergli riconosciuto il relativo diritto».

Invero, già qualche anno prima una corte di merito (Trib. Firenze ord. 22.5.2013, n. 239) aveva tentato di “scardinare” il sistema, sollevando la questione di legittimità costituzionale dell’art. 5, co.6, l.898/1970 (in riferimento agli artt. 2, 3 e 29 Cost.) proprio per la sua interpretazione di diritto vivente secondo cui al coniuge più debole dovrebbe essere garantito il medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio; tuttavia la questione era stata poi rigettata dalla Corte Costituzionale in considerazione del fatto che il parametro del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio rileva per determinare in astratto il tetto massimo della misura dell’assegno (in termini di tendenziale adeguatezza al fine del mantenimento del tenore di vita pregresso), ma, in concreto, quel parametro concorre, e va poi bilanciato, caso per caso, con tutti gli altri criteri indicati nello stesso denunciato art. 5 (condizione e reddito

dei coniugi, contributo personale ed economico dato da ciascuno alla formazione del patrimonio comune, durata del matrimonio, ragioni della decisione) (Corte Cost., 11.2.2015, n. 11).

Ad ogni buon conto, la questione torna a riproporsi poco tempo dopo, quando la Cassazione, con la succitata pronuncia del 2017, rompe con il passato e tenta di indicare una diversa via interpretativa per la corretta applicazione dell'art. 5, co. 6, l. 898/1970.

Peraltro, l'arresto della S.C. suscita interesse non solo per gli aspetti strettamente giuridici, ma anche per le affermazioni di carattere "etico" che ne fungono da presupposto e da ragionevole premessa.

Il matrimonio, ribadisce la Corte, non è una sistemazione per la vita, ma un atto di libertà e di autoresponsabilità: ciò implica l'accettazione da parte dei coniugi di tutte le conseguenze, anche economiche, di un eventuale divorzio, sicché risulta del tutto coerente individuare nell'indipendenza economica il criterio per la determinazione dell'assegno (ferma restando la natura assistenziale dello stesso). In particolare, il criterio dell'"autoresponsabilità" viene per così dire mutuato dalla disciplina in tema di mantenimento dei figli maggiorenni (art. 337 *septies* c.c.), ove, come da tempo chiarito in giurisprudenza, l'assegno è rimesso alla verifica che la mancanza di indipendenza economica non dipenda da un'inerzia del figlio nel procurarsi un reddito che gli consenta di mantenersi autonomamente (v. tra le molte pronunce, Cass. Civ., 20.8.2014, n. 18076, ove si nega il diritto al mantenimento a due figli ultraquarantenni sul rilievo che «la situazione soggettiva fatta valere dal figlio che, rifiutando ingiustificatamente in età avanzata di acquisire l'autonomia economica tramite l'impegno lavorativo, chiedo il prolungamento del diritto al mantenimento da parte dei genitori, non è tutelabile perché contrastante con il principio di autoresponsabilità»; v. anche Cass. Civ., ord. 21.11.2019, n. 30491, ove è stata confermata la riduzione dell'assegno in favore di un trentaduenne laureato, pur tenendo conto delle difficili condizioni di salute dello stesso, afflitto da una sindrome ansiosa-depressiva, nonché C. App. Catania, Decr. 13.7.2017, ove si è accertata la colpevole inerzia della figlia, ventisettenne, che, dopo dieci anni, non aveva ancora conseguito la laurea triennale in psicologia e aveva anche rifiutato una congrua offerta di lavoro procuratale dal padre, onerato dell'assegno, oltretutto compatibile con la prosecuzione degli studi).

Nel solco aperto dalla S.C. nel 2017 si innesta dunque la nota pronuncia delle Sezioni Unite dell'anno successivo (Cass. Civ., S.U., 11.7.2018, n. 18287), la quale funge – almeno per il momento – da criterio di riferimento per la determinazione dell'assegno di divorzio.

Le S.U., recependo le sollecitazioni di autorevole dottrina (v., ad es., M. Sesta, *La solidarietà post-coniugale tra funzione assistenziale ed esigenze compensatorie*, in *Fam. e dir.*, 2018, 514-516, nonché C. Rimini, *Verso una nuova stagione per l'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fondamento assistenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1280-1282), intendono bilanciare l'esigenza di non rendere l'assegno di divorzio una sorta di "diritto acquisito" per il solo fatto di essersi sposati, con l'altrettanto rilevante necessità di tenere conto di ciò che è avvenuto

nel corso della vita matrimoniale e, in particolare, dei sacrifici compiuti da ciascuno degli sposi in favore dell'altro e/o a beneficio della famiglia.

Così viene precisato che all'assegno di divorzio «deve attribuirsi una funzione assistenziale ed in pari misura compensativa e perequativa» al fine di rimuovere quello squilibrio patrimoniale cagionato dalle scelte assunte in modo condiviso dalla coppia e che hanno avvantaggiato economicamente l'uno rispetto all'altro. Per tale ragione, dovrà quindi compiersi, rispetto ai coniugi, una «comparazione effettiva delle condizioni economico-patrimoniali alla luce delle cause che hanno determinato la situazione attuale di disparità».

Indubbia la rilevanza pratica di tale nuovo e diverso criterio.

Se prima il coniuge economicamente indipendente, ma più debole all'interno della coppia, aveva diritto all'assegno di divorzio in ragione del mutamento del tenore di vita rispetto a quello goduto in costanza di matrimonio, ora detto assegno dovrà essere negato, salvo venga fornita la prova che l'eventuale rilevante disparità della situazione economico-patrimoniale degli ex coniugi sia riconducibile a scelte di conduzione della vita familiare adottate in modo condiviso in costanza di matrimonio e che abbiano comportato sacrifici delle aspettative professionali e reddituali di una delle parti a beneficio del patrimonio comune e/o dell'altro coniuge.

Tra le recenti applicazioni del dettato delle S.U. può menzionarsi anche il celebre divorzio Berlusconi-Lario (Cass. Civ. 30.8.2019, n. 21926): la S.C., infatti, ha negato l'assegno di divorzio alla moglie, poiché, pur riconoscendo alla stessa «un ruolo prevalente se non esclusivo nella conduzione della vita familiare» doveva «escludersi l'inferenza causale prevalente o decisiva di questa comune determinazione sulla condizione economico patrimoniale della ricorrente», così come doveva escludersi che lo squilibrio tra i patrimoni degli (ex) coniugi dipendesse dall'impostazione di vita coniugale, «godendo il controricorrente di una condizione di enorme ricchezza personale acquisita ben prima del matrimonio (...) e non influenzata dalla conduzione della vita familiare» (per un approfondimento v. E. Al Mureden, *Le nuove funzioni dell'assegno divorzile nello specchio dei big money cases*, in *Fam. e dir.*, 2019, 1088; per un caso in cui, invece, l'assegno di divorzio è stato accordato, v., ad es., Trib. Parma, 12.11.2019 n. 1479, ove si è ritenuto che l'analisi comparativa della situazione economico reddituale degli ex coniugi avesse evidenziato una rilevante disparità tra gli stessi e, in particolare, la posizione deteriore della moglie trovasse la sua causa diretta nel ruolo endo-familiare trainante assunto dalla donna, la quale aveva sacrificato le proprie aspettative reddituali, dedicandosi alla gestione del *ménage* familiare e alla cura dei figli e consentendo al marito di dedicarsi alle proprie attività imprenditoriali).

Nel quadro testé enunciato non resta che vedere quali saranno gli scenari futuri.

È indubbio che da più parti si invoca una riforma legislativa. Da un lato, v'è chi ritiene che l'orientamento inaugurato dalle S.U. nel 2018 porti con sé taluni rischi che devono essere arginati, quali ad esempio l'eccessiva discrezionalità lasciata al giudice, o gli automatismi

risarcitori che potrebbero ingenerarsi a favore del coniuge economicamente più debole a causa delle notevoli difficoltà di ordine probatorio (v. S. Patti, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2018, 1200-1203; approfondisce questi temi anche C. Benanti, *La «nuova» funzione perequativo-compensativa dell'assegno di divorzio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 1605-1607).

Per altro verso, v'è chi, pur condividendo l'orientamento giurisprudenziale qui enunciato, ritiene necessario disciplinare taluni aspetti dell'assegno di divorzio non ancora contemplati dal legislatore (v., ad es, C. Rimini, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*, cit., 1861, il quale evidenzia la necessità di una riforma che preveda la possibilità per il giudice, anche in assenza di accordo delle parti, di sostituire l'assegno periodico con un assegno in un'unica soluzione, e che consenta di disporre un assegno di divorzio a termine, finalizzato a lasciare al coniuge più debole il tempo per il reinserimento nel mondo del lavoro).

Peraltro, accanto all'assegno di divorzio, molti altri temi affiorano nel contesto sociale attuale (solo per citare alcuni esempi, la questione dell'individuazione dei beni spettanti a ciascun coniuge in sede di scioglimento della comunione legale, le problematiche legate alla cointestazione di un conto corrente bancario tra i membri della coppia, la questione dell'ammissibilità di accordi tra coniugi in vista del successivo divorzio, etc.): ciò dimostra ancora una volta come la famiglia, ivi compresi i nuovi modelli familiari che caratterizzano la società contemporanea (si pensi, in primo luogo, alle unioni civili e le convivenze, che oggi trovano un riconoscimento legislativo nella l. 76/2016 e nei D. lgs. 5, 6 e 7 del 2017), oltre a rappresentare un nucleo intangibile di diritti inviolabili della persona tutelati dal nostro ordinamento, attragga attorno a sé, con sempre maggior vigore, una serie di rilevanti interessi economici che devono poter trovare una chiara e univoca disciplina legislativa e un'efficiente applicazione da parte della giurisprudenza.

Master di specializzazione

CRISI DELLA FAMIGLIA: PROFILI SOSTANZIALI E PROCESSUALI

Disponibile anche in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

[accedi al sito >](#)

Procedimenti di cognizione e ADR

Inesistenza della sentenza resa a non iudice: il referente temporale per la valutazione della potestas iudicandi del magistrato decidente

di Massimo Montanari

Cass., ord., 26 febbraio 2020, n. 5137 – Pres. Campanile – Rel. Marulli

[1] Sentenza civile – Pronuncia emessa da magistrato collocato a riposo in momento successivo alla rimessione della causa in decisione ma in data anteriore a quella della deliberazione quale risultante dal testo della sentenza – Inesistenza del provvedimento (C.p.c. artt. 132, 158, 161, 354)

[1] *Deve considerarsi nulla ai sensi dell'art. 161, 2° co., c.p.c., siccome emessa a non iudice, la sentenza pronunciata da magistrato che risulti collocato a riposo già al momento della deliberazione del provvedimento. A tal fine non è consentito far capo al momento in cui il giudice abbia trattenuto la causa in decisione, allorché la data della deliberazione risulti dal documento della sentenza, giusta le previsioni dell'art. 13, 2° co., n. 5, c.p.c.*

CASO

[1] Il titolare di un bene acquisito nell'ambito di un'operazione di cartolarizzazione di pubblici immobili ha proposto nei confronti dell'INPS domanda di condanna al risarcimento, in solido con altri soggetti, dei danni derivatigli dall'erronea valutazione del bene medesimo. La domanda è stata accolta in prima istanza ma la sentenza, gravata innanzi alla Corte d'appello di Roma, è stata dichiarata affetta da nullità-inesistenza ex art. 161, 2° co., c.p.c. – con annessa rimessione della causa in primo grado ai sensi dell'art. 354, 1° co., dello stesso codice -, siccome emessa *a non iudice*, in quanto, per l'esattezza, pronunciata da magistrato che, alla data della pubblicazione del provvedimento, già risultava collocato a riposo.

Parte attrice e soccombente in appello ha allora intrapreso le vie del giudizio di legittimità, denunciando la violazione, da parte della sentenza di seconde cure, del principio di ultrattività delle funzioni giudiziarie, a mente del quale la sussistenza della *potestas iudicandi* in capo al magistrato decidente deve essere valutata al momento della deliberazione del provvedimento – data in cui, nella fattispecie concretamente esaminata, il magistrato risultava ancora in servizio – e non a quello della successiva pubblicazione.

SOLUZIONE

[1] La Suprema Corte non ha ritenuto, nella circostanza, di dover mettere in discussione la vigenza, nel nostro ordinamento processuale, del principio, invocato dal ricorrente, di ultrattività delle funzioni giudiziarie, in proposito richiamandosi anzi, e in termini pienamente adesivi, al precedente costituito da Cass., 27 giugno 2006, n. 23191: dove *apertis verbis* si è detto che il momento da prendere in considerazione per stabilire se la sentenza sia stata pronunciata da un giudice regolarmente preposto all'ufficio, è quello della deliberazione, con la conseguenza che qualsiasi vicenda atta a recidere quel rapporto di preposizione (trasferimento, collocamento fuori ruolo o a riposo, ecc.) che dovesse sopravvenire nelle fasi successive dell'iter formativo del provvedimento – stesura della motivazione, sottoscrizione, pubblicazione – dovrebbe reputarsi irrilevante o, comunque, non in grado di incidere sulla validità ed efficacia della pronuncia emessa.

Nel caso concreto, però, il principio non è stato proficuamente mobilitato. Osserva, infatti, la Corte che, qualora la sentenza, in conformità al precetto dell'art. 132, 2° co., n. 5, riporti la data della deliberazione, è a quella data – e non a quella in cui il giudice abbia trattenuto la causa in decisione, cui sarebbe possibile fare riferimento solamente a fronte di sentenza che mancasse di quella indicazione – che occorre far capo per la verifica della *potestas iudicandi* del magistrato decidente. E poiché, nella specie, la sentenza – che la Corte ha potuto direttamente compulsare, attingendo al fascicolo dell'appellante, in quanto giudice del fatto allorché investita del sindacato di vizi di natura processuale – quella data la riportava, e riportava una data successiva al collocamento a riposo del magistrato, l'esito non ha potuto che essere quello del rigetto del ricorso e della piena conferma della radicale nullità della sentenza impugnata.

QUESTIONI

[1] La sentenza richiamata in epigrafe si regge sul triplice e ben scandito presupposto, saldamente acquisito in sede giurisprudenziale: *a*) che il regime, sintetizzabile nella formula della giuridica inesistenza della sentenza o della nullità idonea a sopravvivere al giudicato, fissato negli artt. 161, 2° co. e 354, 1° co., c.p.c. sia applicabile ben al di là della sola ipotesi, ivi formalmente considerata, del difetto di sottoscrizione della sentenza medesima (Cass., 28 dicembre 2009, n. 27428); *b*) che al novero delle pronunce qualificabili, secondo quanto testé appurato *sub a*), come giuridicamente inesistenti o affette da nullità idonea a sopravvivere al giudicato, appartengono anche, e in primo luogo, le sentenze rese *a non iudice* (Cass., 29 settembre 1999, n. 10784); *c*) che di sentenza resa *a non iudice* si debba parlare anche nei casi di partecipazione all'organo giudicante di soggetti appartenenti all'ordine giudiziario e, dunque, dotati della qualità di giudice ma, al momento della decisione, sprovvisti di potestà giurisdizionali o, comunque, non incardinati presso l'ufficio giudiziario adito (cfr., oltre alla sopra cit. Cass. n. 23191/2006, Cass., 23 luglio 1969, n. 2783, in *Foro it.*, 1969, I, 2413).

Se sul primo e sul secondo di tali enunciati si registra generale consenso anche in ambito dottrinale (cfr., per ogni altro, C. Mandrioli – A. Carratta, *Diritto processuale civile*, 26^a ed., Torino, 2017, 553 s.), non altrettanto è a dirsi per il terzo di essi. Al cui proposito si è fatto notare, da parte della dottrina che più diffusamente si è soffermata su queste tematiche, come

la valutazione circa la sussistenza, in capo al giudice, della *potestas iudicandi* vada effettuata avendo riguardo all'ufficio e non alla persona fisica ad esso preposta. Con la necessaria implicazione che la sentenza possa considerarsi giuridicamente esistente per il solo fatto della sua formale imputabilità all'ufficio, in forza della sua regolare pubblicazione presso lo stesso; mentre la partecipazione alla sentenza di magistrati ivi non debitamente incardinati varrebbe a meramente determinarne la nullità, assoluta ma al contempo incapace di sopravvivere al giudicato, per vizio di costituzione del giudice *ex art. 158 c.p.c.* (G. Balena, *La rimessione della causa al primo giudice*, Bari, 1984, spec. 277 ss.; C. Besso, *La sentenza civile inesistente*, Torino, 1996, 174 ss.).

[2] Si guardi alla carenza di *potestas iudicandi* in capo al magistrato persona fisica come a causa di giuridica inesistenza della sentenza o di mera nullità, è in ogni caso assodato anche in dottrina che essa non possa assumere rilievo alcuno ove le circostanze che ne siano all'origine siano sopravvenute alla deliberazione del provvedimento, ancorché in momento anteriore alla successiva pubblicazione: cfr. V. Colesanti, *Sentenza inesistente...o inesistenza di logica interpretativa ?*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, II, 301; G. Balena, *op. cit.*, 280).

Master di specializzazione

DIRITTO DELL'ARTE E CONTRATTUALISTICA IN AMBITO ARTISTICO

 Disponibile anche in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

[accedi al sito >](#)

Procedimenti cautelari e monitori

Domanda riconvenzionale con l'opposizione a decreto ingiuntivo e limiti oggettivi e temporali di un precedente giudicato tra le parti

di Cecilia Vantaggiato

[Cass., Sez. II, Sent. 04-03-2020, n. 6091 – Pres. San Giorgio, Rel. Varrone](#)

La domanda riconvenzionale dell'opponente a decreto ingiuntivo non è coperta dal precedente giudicato formatosi tra le parti e posto a fondamento del ricorso monitorio, allorché abbiano ad oggetto questioni che non potevano essere proposte e neppure implicitamente decise nella precedente causa, finché non fosse stata emanata la statuizione giudiziale che di quelle domande costituisce il presupposto giuridico. (Nella specie le domande riconvenzionali dell'opponente a decreto ingiuntivo presuppongono la qualità di erede dell'opponente, definitivamente accertata proprio con il precedente giudicato).

CASO

Ch.Gu instaurava un giudizio nei confronti di C.T. avente ad oggetto l'impugnazione di un testamento. L'attore veniva dichiarato soccombente in primo grado; in appello, tuttavia, la Corte accoglieva parzialmente il gravame, riducendo le spese liquidate dal giudice di primo grado.

Ch.Gu otteneva quindi dal Tribunale torinese l'ingiunzione di pagamento della somma di denaro nei confronti di C.T. per la restituzione della differenza sulle spese versate all'esito del primo grado. C.T., nel proporre opposizione al decreto ingiuntivo, formulava altresì diverse domande riconvenzionali nei confronti di Ch.Gu.

Impugnava in appello Ch.Gu richiedendo di dichiararsi l'inammissibilità delle domande riconvenzionali proposte da C.T., in quanto coperte dal giudicato formatosi con la sentenza della Corte d'appello di Torino resa nel giudizio avente ad oggetto l'impugnazione del testamento.

Avverso la sentenza della Corte d'appello di Torino che dichiarava l'inammissibilità delle domande riconvenzionali, C.T. proponeva ricorso per cassazione.

SOLUZIONE

La Suprema Corte ha ritenuto che le domande riconvenzionali proposte dall'opponente con l'atto di opposizione a decreto ingiuntivo non fossero coperte da giudicato, dovendosi ritenere

che il principio del giudicato non si estenda alle questioni che, antecedentemente al fatto giuridico da cui promanano, non potevano essere proposte.

QUESTIONI

La questione sottoposta alla Corte involge l'analisi dei limiti oggettivi del giudicato.

In particolare, l'attenzione deve concentrarsi sull'ammissibilità nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo di domande riconvenzionali che, prima dell'accertamento contenuto in un precedente giudicato, non potevano essere proposte, in quanto fondate su fatti costitutivi che trovano il loro fondamento proprio nell'accertamento giudiziale intervenuto.

Come ribadito più volte e ancora di recente dalla stessa Suprema Corte (sul punto, *si vis*, cfr. Vantaggiato, *Domanda riconvenzionale (inammissibile) e reconventio reconventionis (ammissibile) del creditore opposto nell'opposizione a decreto ingiuntivo*, in <https://www.eclegal.it/> del 26 marzo 2019), al creditore opposto non è consentito proporre domande riconvenzionali, poiché egli assume il ruolo di attore sostanziale e, conseguentemente, non gli è consentita la proposizione di domande diverse da quelle già proposte con il ricorso monitorio, pena l'elusione del divieto di *mutatio libelli*. Unica deroga ammessa affinché l'opposto possa introdurre una domanda riconvenzionale può aversi nel caso in cui, a fronte delle difese svolte dall'opponente, egli venga a trovarsi a propria volta nella posizione processuale di convenuto: in tal caso, dovendosi dare attuazione al principio costituzionale di effettività della tutela *ex art. 24 Cost.*, dovrà ammettersi la possibilità di una *reconventio reconventionis* rispetto alla nuova o più ampia pretesa della controparte opponente al decreto ingiuntivo.

L'opponente può invece proporre domanda riconvenzionale, a condizione che sia dipendente dal titolo dedotto in causa o da quello che già appartiene alla stessa come mezzo di eccezione *ex art. 36 c.p.c.* ovvero, se si tratti di un titolo non strettamente dipendente da quello posto a fondamento dell'ingiunzione, purché non si determini uno spostamento di competenza e sia pur sempre ravvisabile un collegamento obiettivo tra titolo fatto valere con l'ingiunzione e domanda riconvenzionale, tale da rendere opportuno il *simultaneus processus*.

Nel caso in esame la Corte ha ritenuto che le domande riconvenzionali proposte dall'opponente non fossero coperte da precedente giudicato, come invece affermato dal Giudice di seconde cure. Invero, il giudicato copre il dedotto ed il deducibile in rapporto all'azione esercitata (*petitum e causa petendi*) e tenuto conto dei fatti costitutivi e di tutti quei fatti (principali o secondari) che abbiano contribuito a produrre l'effetto giuridico dedotto in giudizio. Vi rientrano, quindi, gli accertamenti di fatto che rappresentano le premesse necessarie e il fondamento logico e giuridico della pronuncia, ma non anche quanto consegua alla risoluzione della questione oggetto della pronuncia sulla quale il giudicato viene a formarsi.

Le domande, nel caso specifico, originavano dall'accertamento definitivo della qualità di erede

a seguito del rigetto dell'impugnativa testamentaria. Il giudicato copre il dedotto e il deducibile in relazione al medesimo oggetto e, pertanto, non soltanto le ragioni giuridiche e di fatto esercitate in giudizio, ma anche tutte le possibili questioni, proponibili in via di azione o eccezione che, sebbene non dedotte specificamente, costituiscono precedenti logici, essenziali e necessari, della pronuncia. Lo stesso, invece, non può spiegare i suoi effetti in ordine alle questioni che non potevano essere proposte prima che sorgesse il fatto giuridico da cui scaturiscono.

La Corte mostra di riprendere un principio, la cui espressione si ritrova anche nella giurisprudenza amministrativa: sul punto, infatti, il Consiglio di Stato, con sentenza dello scorso 13 dicembre 2019 n. 8482, ha ribadito che il giudicato copre l'azione quale sia stata concretamente esercitata sul fondamento dei fatti costitutivi allegati e *“di tutti quei fatti che, sia perché semplici o secondari, sia perché convergenti nel costituire un unico diritto o nel produrre il medesimo effetto giuridico, devono intendersi implicitamente inclusi nella medesima causa petendi”*. In tal senso, quindi, può affermarsi che il giudicato copre il dedotto e il deducibile in relazione al medesimo oggetto e, pertanto, non soltanto in merito alla *causa petendi* allegata in giudizio (giudicato esplicito), ma anche con riferimento a tutte le possibili questioni, proponibili in via di azione o eccezione che, sebbene non dedotte specificamente, costituiscono precedenti logici, essenziali e necessari, della pronuncia (ciò che la dottrina suole definire con il *nomen* di giudicato implicito).

Ciò comporta che qualora due giudizi tra le stesse parti abbiano per oggetto un medesimo negozio o rapporto giuridico e uno di essi sia stato definito con sentenza passata in giudicato, l'accertamento compiuto circa una situazione giuridica o la risoluzione di una questione di fatto o di diritto incidente su un punto decisivo comune ad entrambe le cause o costituenti indispensabile premessa logica della statuizione contenuta nella sentenza passata in giudicato, preclude il riesame del punto accertato e risolto, anche nel caso in cui il successivo giudizio abbia finalità diverse da quelle che costituiscono lo scopo ed il *petitum* del primo (cfr. Cass., 03 gennaio, 2020, n. 16 e Cass. 26 febbraio 2019 n. 5486); di contro, nessun limite potrà opporsi all'accertamento di fatti che, sebbene collegati alla *res* già *iudicata*, da tale accertamento traggono la propria origine, discendendo sia dal punto di vista logico sia dal punto di vista cronologico da quanto statuito in sentenza.

Di qui l'ammissibilità delle domande riconvenzionali dell'opponente, non coperte da precedente giudicato, anche in quanto relativi a domande ivi non proposte dall'erede testamentario, confermato come tale in esito al rigetto dell'impugnativa della controparte.

Master di specializzazione

**PROFESSIONISTA DELEGATO NELLE
ESECUZIONI IMMOBILIARI**

Disponibile anche in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

accedi al sito >

Responsabilità civile

È consumatore chi rilascia una fideiussione per finalità estranee alla propria attività, ma comunque per garantire debiti di un professionista? La Cassazione cambia indirizzo

di **Daniele Calcaterra**

Cass. civ. Sez. VI, 16/01/2020, n. 742, Pres. Di Virgilio, Rel. Dolmetta

Consumatore – Fideiussione – Finalità estranea alla propria attività professionale – Collegamento con l'attività professionale del professionista – Derghe alla competenza per territorio (artt. 3 e 33 lett. t) d.legisl. n. 206/2005; artt. 1936ss. c.c.)

[1] Deve essere considerato consumatore il fideiussore persona fisica che, pur svolgendo una propria attività professionale (o anche più attività professionali), stipuli il contratto di garanzia per finalità non inerenti allo svolgimento di tale attività, bensì estranee alla stessa, nel senso che si tratti di atto non espressivo di questa, né strettamente funzionale al suo svolgimento (c.d. atti strumentali in senso proprio).

CASO

[1] La Banca Alfa ottiene un decreto ingiuntivo nei confronti di Tizio, quale fideiussore in relazione a quanto dovuto alla stessa Alfa da Caia, titolare della omonima ditta individuale, in ragione di un mutuo chirografario e uno scoperto di conto.

Il decreto ingiuntivo che veniva opposto sia da Tizio che da Caia, che sollevavano preliminarmente l'eccezione di incompetenza territoriale del giudice adito. La banca, infatti, aveva radicato la causa presso il foro di residenza del fideiussore (usando il foro del consumatore), nonostante i contratti di mutuo e di fideiussione prevedessero la competenza del giudice del luogo in cui aveva sede l'istituto di credito, ciò che gli oppositori rilevavano affermando la competenza del giudice del luogo indicato nei contratti.

Il giudice dell'opposizione, accogliendo l'eccezione degli oppositori, dichiarava la nullità del decreto ingiuntivo. Secondo il giudicante, infatti, ambedue i contratti indicavano la competenza del giudice del luogo in cui aveva sede la banca, salvo solo il foro del consumatore, qualora il cliente rivestisse tale qualità. Ma nel caso di specie, si affermava, poiché il mutuatario rivestiva la veste di professionista, la qualità di consumatore del fideiussore era assorbita da quella di professionista del primo. Pertanto, non operando l'eccezione rappresentata dal foro del consumatore, la banca aveva errato nel radicare la causa presso il giudice del luogo di residenza del fideiussore.

Avverso tale decisione viene sollevata istanza per regolamento di competenza da parte dell'istituto di credito.

SOLUZIONE

La Suprema Corte, mutando il precedente indirizzo, accoglie il ricorso, rilevando come la qualifica di consumatore in capo al fideiussore debba essere valutata in maniera a se stante, con esclusione quindi di qualsiasi interferenza legata al rapporto di accessorietà che lega la fideiussione al debito principale.

QUESTIONI

Va richiamato anzitutto il dettato dell'art. [art. 3 lett. a, d.lgs. 206/2005](#) (cod. cons.) secondo cui è consumatore la persona fisica che agisca per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta.

Ad una controversia avente ad oggetto il rapporto contrattuale tra un istituto di credito e il cliente-consumatore si applica quindi la disciplina del codice del consumo e, in particolare, trova applicazione il **foro esclusivo del consumatore** (art. [33, co° 2, lett. u](#)) d.legisl. n. 206/2005), il quale esclude l'applicabilità di qualsiasi altro foro concorrente o alternativo.

I contratti di mutuo e di fideiussione posti all'attenzione della Corte contenevano però clausole di deroga del foro territoriale, in un caso in cui non vi era dubbio che il mutuatario (debitore principale) fosse un professionista e che il fideiussore fosse invece un consumatore. L'interrogativo che si è posto è quindi quello di stabilire se la qualità di professionista del debitore principale sia tale da attrarre e assorbire quella di consumatore del fideiussore, stante il rapporto di accessorietà che esiste tra fideiussione e debito principale.

In pratica, la Suprema Corte è stata chiamata a stabilire se il consumatore, che presti fideiussione a garanzia di un debito di un soggetto che non è consumatore, rimanga tale o debba considerarsi come soggetto diverso dal consumatore (*cosiddetto professionista di riflesso o di rimbalzo*).

Sul punto si segnalano diversi indirizzi interpretativi.

Il primo, quello più tradizionale (Cass. 16/24846; Cass. 16/16827; Cass. 11/25212; Cass. 06/13643; Cass. 05/10107; Cass. 01/314), non ritiene che il fideiussore possa qualificarsi come consumatore, se presta garanzia a favore di un soggetto professionale, in linea con quanto affermato anche in passato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (*causa C-45/96*), secondo cui la disciplina consumeristica è applicabile solo qualora il contratto principale (il mutuo, nel nostro caso) sia un "atto di consumo", in quanto l'obbligazione del garante (contratto di fideiussione) ha natura accessoria. Il rapporto di interdipendenza tra il contratto principale e quello accessorio, cioè, sarebbe tale per cui ogni vicenda del primo si trasmette al secondo, con la conseguenza che occorre considerare il **rapporto di accessorietà** anche per

stabilire l'applicabilità della disciplina del codice del consumo.

Per il secondo, rinvenibile sino ad ora in alcune pronunce limitate (*Cass. 18/32225; Cass. 05/449*), la conclusione dovrebbe essere invece diametralmente opposta.

La stessa **Corte di Giustizia**, tornando sui propri passi, ha infatti mutato opinione con nuove pronunce di segno opposto alla precedente (*causa C-74/15 e causa C-534/15*), in ragione del fatto che il consumatore si troverebbe, anche nel caso analizzato, in una situazione di inferiorità e come tale dovrebbe essere tutelato; l'esigenza di tutela sarebbe anzi ancor più pregnante nel caso del contratto di fideiussione, ove si consideri che spesso il contratto è concluso tra un istituto bancario (soggetto particolarmente qualificato) e un consumatore.

Poiché gli interventi del giudice europeo rivestono rilievo ai fini della ricostruzione del diritto interno (sul punto, *Cass. 17/5381; Cass. 16/2468*), la S.C., con l'ordinanza in commento ritiene quindi di dover abbandonare l'orientamento tradizionale in favore di quello in precedenza minoritario.

Ovviamente non si nega il rapporto di accessorietà tra il contratto principale e quello di garanzia, ma correttamente si limita tale interdipendenza solo al contenuto delle obbligazioni assunte, escludendosi con ciò che il rapporto di subordinazione di un contratto rispetto all'altro possa spingersi sino ad incidere sulla qualificazione di uno dei contraenti (se così non fosse, si potrebbe arrivare addirittura al paradosso di dover considerare consumatore ad esempio la banca, ove sia questa a prestare la fideiussione in favore di un consumatore).

All'esito di questo argomentare, la S.C. arriva allora a considerare consumatore il fideiussore-persona fisica che, pur svolgendo una propria attività professionale (o anche più attività professionali), stipuli il contratto di garanzia per finalità non inerenti allo svolgimento di tale attività, bensì estranee alla stessa, nel senso che si tratti di atto non espressivo di questa, né strettamente funzionale al suo svolgimento (c.d. atti strumentali in senso proprio). La conclusione cui giunge la Cassazione, quindi, è quella poi che occorre ritenere competente il Tribunale del consumatore, ossia il giudice originariamente adito dalla banca, per il fideiussore in quanto consumatore (nel caso di specie anche nei confronti del mutuatario, benché non consumatore, in quanto il contratto di mutuo conteneva l'indicazione di un foro territoriale alternativo ma non esclusivo nei rapporti mutuante-mutuatario).

Master di specializzazione

DIRITTO DEL TURISMO

Disponibile anche in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

accedi al sito >

Comunione – Condominio - Locazione

Inammissibilità impugnazione delibera condominiale per intervenuta decadenza nella presentazione della domanda di mediazione: decorrenza dei termini

di Saverio Luppino

[Corte civile d'Appello di Milano, Sezione 3[^], rel. Pres. Dott. D. Piombo, 27.01.2020 n. 253/2020](#)

“...ai fini della tempestività (al fine di impedire, nella specie, la decadenza per inosservanza del termine di cui all'art.1137,2 comma cc) della domanda di mediazione obbligatoria ex art. 5 Dlgs 25/10, quel che conta è la comunicazione a controparte dell'avvenuta presentazione della domanda, e non anche della data di convocazione dinanzi all'organismo di mediazione...Pertanto, non è dal momento della presentazione della domanda di mediazione, ma soltanto dal momento della relativa comunicazione all'altra o alle altre parti, che si verifica l'effetto, collegata dalla legge alla proposizione della procedura deflattiva, di impedire la decadenza eventualmente prevista per la proposizione dell'azione giudiziale, come nel caso dell'impugnazione delle delibere dell'assemblea condominiale, ex art. 1137, 2 comma c.c.”.

CASO

Un condomino, nella specie società immobiliare, impugna una serie di delibere, assumendone, a suo dire, l'invalidità, in quanto: “assunte senza la tempestiva convocazione dei condomini”.

Il Condominio resiste ed eccepisce preliminarmente l'intervenuta decadenza dall'impugnazione, osservando che parte attrice non aveva fornito la prova che la domanda di mediazione – attesa l'obbligatorietà della parentesi deflattiva di ADR, a pena di improcedibilità, nella materia condominiale – fosse stata comunicata a controparte nei termini di decadenza di trenta giorni ex art. 1137, comma 2, c.c.

Il Tribunale meneghino accoglie l'eccezione preliminare del Condominio e rigetta l'impugnazione per intervenuta decadenza, dichiarandola inammissibile.

L'impugnate condomino appella la sentenza.

SOLUZIONE

La Corte civile d'Appello di Milano conferma la sentenza del giudice di primo grado in ogni sua parte e con esauriente e completa motivazione del presidente Piombo, afferma e precisa il dies a quo, da cui correttamente calcolare se risulti o meno rispettato il termine di 30 giorni

per impugnare la delibera assembleare, come disposto dall'art. 1137, comma 2^a c.c.: ***“non è dal momento della presentazione della domanda di mediazione, ma soltanto dal momento della relativa comunicazione all'altra o alle altre parti, che si verifica l'effetto, collegata dalla legge alla proposizione della procedura deflattiva, di impedire la decadenza eventualmente prevista per la proposizione dell'azione giudiziale, come nel caso dell'impugnazione delle delibere dell'assemblea condominiale, ex art. 1137, 2 comma c.c.”***.

QUESTIONI

Le censure proposte dall'appellante involgono questioni processuali e sostanziali che meritano l'approfondimento che la Corte meneghina ha profuso nella motivazione.

L'impugnante si duole che il tribunale avesse operato un **rilievo d'ufficio** su “decadenza sostanziale”, come tale eccezione in senso stretto e rilevabile soltanto dalla parte e, non processuale, assumendo come il condominio avesse eccepito non già la decadenza specifica dell'art. 1137 c.c. ma una mera eccezione di improcedibilità della domanda per mancato rispetto del termine.

La distinzione non è di poco momento, in quanto in effetti, a difesa delle proprie ragioni l'appellante deposita in appello, la prova documentale inerente la comunicazione a controparte dell'avvenuta presentazione della domanda di mediazione obbligatoria.

Ciò nondimeno la Corte meneghina **eccepisce l'inammissibilità della produzione**, ex articolo 345, comma 3^a cpc, trattandosi di documento certamente ed asseritamente “non nuovo” e/o comunque da depositarsi nel giudizio di primo grado: *“non avendo la parte dimostrato - ed anzi neppure in alcun modo allegato - di non aver potuto produrre i documenti in discorso (e segnatamente quelli concernenti la comunicazione a controparte dell'avvenuta presentazione della domanda di mediazione obbligatoria ex art. 5 dlgs 25/10, **che erano certamente in suo possesso già al momento della instaurazione del giudizio dinanzi al Tribunale**)”*.

La motivazione della Corte seguita a chiarire la palese infondatezza del motivo di censura, in quanto risulterebbe agli atti di causa che il Condominio avesse tempestivamente eccepito la decadenza dal termine per impugnare del condomino, seppur qualificandone impropriamente gli effetti in termini di “improcedibilità” anzicchè di “inammissibilità” dell'impugnazione delle delibere contestate, per mancata impugnazione nel termine di trenta giorni.

Di tal chè, ne consegue, il corretto ragionamento del giudice di prime cure, in relazione all'individuazione del dies a quo, dal quale fare decorrere gli effetti per impedire la decadenza dell'impugnazione, **facendolo coincidere con la comunicazione a controparte dell'avvenuta presentazione della domanda**, e non anche della data di convocazione dinanzi all'organismo di mediazione.^[1]

Infatti, l'art. 5 dlgs 25/10, chiarisce che: *“dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa*

data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'art.11 presso al segreteria dell'organismo".

Sempre la Corte meneghina asserisce che l'onere della prova sulla tempestività dell'impugnazione ed al fine di impedire gli effetti decadenziali della medesima, **grava sulla parte che l'ha presentata** e non sull'organismo di mediazione; rilevando, come, nella fattispecie esaminata, di essa prova fosse stata carente l'impugnante e tantomeno, il rigore di tale onere – di fronte al conclamato errore di allegazione – risulta sanabile in grado d'appello, per effetto del divieto di nuove produzioni di cui al citato art. 345, comma 2, cpc.

Inoltre, facendo corretta applicazione delle norme regolatrici della soccombenza e rilevata l'inammissibilità prima facie dell'impugnazione, la corte meneghina, oltre alla liquidazione delle spese a carico del resistente, dispone la condanna di parte appellante all'ulteriore rimborso del contributo unificato ex art. 13, comma 1-quater dpr 115/02.

L'esame del caso, la soluzione proposta e le argomentazioni della corte suggeriscono di adottare ogni idonea cautela nel momento in cui si eccepisca l'impugnazione della delibera da parte del condomino, assente, dissenziente ed astenuto ed in particolare la cura del difensore nell'assolvimento del rigoroso onere della prova, inerente **la comunicazione a controparte dell'avvenuta presentazione della domanda**, e non anche della data di convocazione dinanzi all'organismo di mediazione, ai fini di impedire la decadenza e dimostrare la tempestività dell'impugnazione.

[1] Cass, civ.2273/2019

Seminario di specializzazione

NUOVI ORIZZONTI DEL REAL ESTATE

Disponibile anche in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

accedi al sito >

Diritto successorio e donazioni

Divisione ereditaria: formazione delle porzioni e rappresentazione

di Matteo Ramponi

Cassazione Civile, Sez. 2, Sentenza n. 139 dello 08/01/2020

DIVISIONE EREDITARIA – OPERAZIONI DIVISIONALI – STIMA – FORMAZIONE DELLE PORZIONI – In caso di rappresentazione – Formazione delle porzioni con riferimento agli eredi o alle stirpi conviventi – Formazione di sole porzioni all’interno di ciascuna stirpe – Esclusione – Limiti

Per il combinato disposto degli artt. 469 e 726 c.c., la divisione ereditaria, quando vi è rappresentazione, avviene per stirpi, procedendosi alla formazione di tante porzioni, una volta eseguita la stima, quanti sono gli eredi o le stirpi conviventi, mentre non è prevista l’ulteriore formazione di altrettante subporzioni all’interno di ciascuna stirpe, sempre che non si formi al riguardo un accordo fra tutti i partecipanti.[\[1\]](#)

Disposizioni applicate

Art. 469 e 726 cod. civ.

[1] La Cassazione si è di recente trovata a dover dirimere alcune questioni ereditarie in ordine ai contrasti sorti all’interni di una famiglia; contrasti emersi nel lontano 1974 da cui sono sorte diverse cause giudiziarie, le quali hanno portato a due pronunce della Suprema Corte emesse a breve distanza una dall’altra. La presentazione di due distinti ricorsi in Cassazione ha necessitato una presa di posizione della Suprema Corte, innanzitutto, sull’opportunità di riunire i procedimenti, affermandosi sul punto che “*la riunione richiesta, pur attenendo a cause connesse, non garantisce l’economia ed il minor costo dei due giudizi, né favorirebbe la loro ragionevole durata*”. Per tale ragione, si rinviengono i due pronunciati giudiziali *de qua*, evidentemente risolti con applicazione del medesimo principio e statuizioni conformi.

La pronuncia in commento si riferisce all’impugnazione di una sentenza della Corte di Appello di Torino del 2017; ma, come detto, la ricostruzione storica degli eventi deve risalire fino al 1974, anno in cui Tizio convenne innanzi al Tribunale di Asti il fratello germano Caio, le sorelle unilaterali Mevia e Filana, figlie del secondo matrimonio del comune padre Tizione, deceduto due anni prima, e la loro madre, Sempronia, deducendo che il *de cuius* aveva disposto per testamento del proprio patrimonio, nominando erede universale il figlio Caio e usufruttaria la moglie, restando pretermessi sia lui che le sorelle Mevia e Filana. L’attore domandò perciò, innanzitutto, di accertare la sua qualità di erede e la lesione della propria quota di legittima; propose, poi, altre domande tese alla esatta ricostruzione del patrimonio ereditario attraverso l’accertamento di negozi simulati nonché la collazione delle donazioni effettuate in vita dal de

cuius, e infine la divisione di tutti i beni immobili e mobili caduti in successione. Con successivo atto di citazione notificato nel 1976, tutte le parti del primo giudizio vennero convenute innanzi al medesimo Tribunale di Asti da Tizietta, sorella del defunto Tizione, la quale, dando atto di rinunciare alle disposizioni testamentarie fatte dal padre, Caione, e di voler ottenere la sola quota prevista *ex lege* a suo favore, chiedeva dichiararsi la nullità delle disposizioni contenute nei testamenti di Caione (testamento pubblico del 12 maggio 1955, con il quale veniva costituito, tra l'altro, l'usufrutto a favore di Tizona, moglie del testatore, premorta allo stesso; testamento pubblico del 6 ottobre 1972, con cui veniva costituito anche un prelegato a favore del nipote Caio; testamento olografo pubblicato ad ottobre 1976, con cui veniva costituito l'usufrutto generale a favore della nuora Sempronia, vedova di Tizione). Tizietta domandò, altresì, di dichiarare la simulazione di un atto di compravendita del 1956, concretante, in realtà, una donazione del padre a favore del figlio Tizione, nonché di condannare i coeredi Tizio, Mevia, Filana, Caio e Sempronia a conferire i beni loro pervenuti in qualità di eredi di Tizione, ai fini della determinazione dell'eredità di Caione e della divisione pro quota tra gli aventi diritto. Il Tribunale di Asti sospese il primo giudizio promosso da Tizio e, con sentenza del 1980, decise su alcune delle domande avanzate da Tizietta, la quale, proposto gravame innanzi la Corte d'Appello di Torino, ottenne dalla stessa, con sentenza del 1983, la determinazione della quota del patrimonio del padre Caione a lei spettante, riconosciuta non gravata da alcun usufrutto. Con altra sentenza non definitiva del 1988 il Tribunale di Asti deliberò la formazione dei due lotti da attribuire agli eredi di Caione, Tizietta e Tizione, ovvero agli eredi di quest'ultimo. Proposto ulteriore gravame, la Corte di Appello di Torino, con sentenza del 1998, passata in giudicato, provvide alla formazione di due lotti denominati A) e B), assegnandoli rispettivamente a Tizietta e agli eredi di Tizione. Riassunto il primo giudizio incardinato da Tizio nel 1974, il Tribunale di Asti, con sentenza non definitiva del 2003, dichiarò Tizio illegittimamente pretermesso nel testamento olografo di Tizione ed accolse in parte le ulteriori domande del medesimo. La Corte di Appello di Torino riformò parzialmente la detta sentenza, ma in relazione ad aspetti che non direttamente rilevano nella presente trattazione.

Nel 2007 venne, poi, intrapresa da Caio nei confronti di Tizio, Mevia, Filana e Sempronia (quest'ultima poi deceduta nel 2010) causa per lo scioglimento della comunione dei beni del lotto B) attribuito dalla Corte di Appello di Torino agli eredi di Tizione. In relazione a tale causa, il Tribunale di Asti, individuò i beni compresi nell'asse, disponendo di procedersi alla vendita degli immobili specificatamente individuati, e accertò le quote di spettanza dei singoli comunisti. Tale sentenza è stata confermata dalla Corte d'Appello di Torino, ed è in relazione ad essa che è stato proposto il ricorso per cassazione che ha portato alla pronuncia n. 33438/2019.

Con sentenza del 2014, poi, il Tribunale di Asti definiva il giudizio incardinato da Tizio nel 1974, addivenendo, previa pronuncia di scioglimento della comunione, all'assegnazione in favore del medesimo Tizio della quota a lui spettante della successione del padre Tizione, e confermando la legittimazione passiva di Mevia e Filana. Tizio propose appello innanzi alla Corte di Torino, lamentando, tra l'altro, un'erronea applicazione dell'art. 727 c.c. in relazione alla divisione e assegnazione dei beni in causa. La Corte di Appello di Torino, con sentenza del

2017, in relazione alla lamentata mancata ricomprensione nel compendio divisionale dei beni facenti parte dell'asse del defunto Caione, replicava che la propria sentenza del 1998 aveva definitivamente accertato la composizione del patrimonio ereditario di Caione, patrimonio che, a causa della premorienza, non sarebbe mai entrato, per la rispettiva quota di legge, in quello del figlio Tizione, al quale, invece, erano succeduti per rappresentazione i figli Tizio, Caio, Mevia e Filana, oltre alla defunta coniuge Sempronia^[2].

La Corte di Appello di Torino aggiunse che il giudice di primo grado aveva correttamente chiarito che le quote da attribuire a Tizio, Caio, Mevia e Filana per rappresentazione del padre Tizione nella successione del nonno Caione erano già state individuate nella sentenza del 1988 dello stesso Tribunale, passata in giudicato.

[2] Dopo aver esaminato i motivi attinenti alla lesione dei diritti dei legittimari e, conseguentemente, i profili legati all'azione di riduzione, gli Ermellini si dedicano alla ricostruzione della vicenda al fine di circoscrivere l'ambito della comunione ereditaria del defunto Tizione e della coniuge Sempronia, comunione intercorrente tra Tizio, ed i fratelli Caio, Filana e Mevia. L'oggetto di tale comunione ereditaria è stato in parte determinato nel giudizio originato dalla citazione del 2007 di Caio, avendo riguardo, in particolare, al "lotto B" attribuito ai medesimi eredi di Tizione per effetto della sentenza della Corte di Appello di Torino del 1988. Tale sentenza, in particolare, definì, in modo divenuto irretrattabile poiché passata in giudicato, la consistenza dell'intero patrimonio del de cuius Caione, nonché, una volta eseguita la stima, i beni specificamente compresi nella porzione assegnata a Tizio, Caio, Filana e Mevia per rappresentazione del padre Tizione.

Viene a tal riguardo richiamato l'orientamento costante della Cassazione, fondato sul combinato disposto degli artt. 469 e 726 c.c., secondo cui *"la divisione ereditaria, quando vi è rappresentazione (quel che nella specie avvenne per la divisione del patrimonio ereditario di Caione, intercorrente tra l'erede Tizietta e i discendenti, subentranti per rappresentazione, dell'altro erede premorto Tizione) avviene per stirpi, procedendosi alla formazione di tante porzioni, una volta eseguita la stima, quanti sono gli eredi o le stirpi condividenti, mentre non è prevista l'ulteriore formazione di altrettante sub-porzioni all'interno di ciascuna stirpe, sempre che non si formi al riguardo un accordo fra tutti i partecipanti, non potendo i restanti condividenti essere tenuti a subire le remore e le spese di una suddivisione interna alla stirpe cui non appartengono e che quindi non li interessa in alcun modo.*^[3] *Stabilito con sentenza quali siano i beni da dividere e formate le porzioni quanti siano gli eredi o le stirpi condividenti, le statuizioni relative all'appartenenza alla massa di detti beni ed alla loro concreta attribuzione diventano irrevocabili ed irretrattabili a causa della mancata impugnazione".*

[3] La pronuncia in oggetto diviene l'occasione per ribadire un principio pacifico in dottrina e giurisprudenza.

Può ben essere che una divisione ereditaria veda la partecipazione di soggetti chiamati in quote diverse; e non è certamente raro che tra i comunisti alcuni vengano alla successione per rappresentazione di un proprio ascendente premorto al de cuius.

Al riguardo, viene in esame il secondo comma dell'art. 726 cod. civ., a norma del quale *“eseguita la stima, si procede alla formazione di tante porzioni quanti sono gli eredi o le stirpi dividendi in proporzione delle quote”*.

Fermandosi alla lettura solo di tale norma, si potrebbe esser portati a ritenere che, in ipotesi di rappresentazione, i rappresentati possano partecipare all'attribuzione delle porzioni quali “singoli”, dovendo a loro essere riconosciuta, senza dubbio, la qualità di eredi. Ovviamente, vedrebbero assegnarsi beni corrispondenti alla loro quota, ma ciò che rileva è che, così ragionando, il giudizio di divisione dovrebbe formarsi sulla quota di ciascuno di essi.

Giurisprudenza e dottrina chiariscono, tuttavia, come la disposizione sopra citata debba esser letta in uno con l'art. 469 cod. civ., ove si stabilisce, ai 3° e 4° comma, che *“quando vi è rappresentazione, la divisione si fa per stirpi”* e che *“se uno stipite ha prodotto più rami, la suddivisione avviene per stirpi anche in ciascun ramo, e per capi tra i membri del medesimo ramo”*.

In ipotesi di successione per rappresentazione, dunque, la divisione dovrà avvenire per stirpi e la stirpe costituisce un'unica parte.

Inevitabile conseguenza di tale impostazione è che tra i rappresentati permanga uno stato di comunione che necessiterebbe di un ulteriore giudizio di divisione. Affinché lo scioglimento di tale comunione possa pronunciarsi nel giudizio che potremmo definire “principale”, la Cassazione precisa che perché possa aversi suddivisione anche della quota attribuita alla stirpe dei rappresentati sarà necessario il consenso di tutti i partecipanti.

[1] Conforme a Cass. Civ., Sez. 2, Sentenza n. 33438 del 17/12/2019

[2] Al riguardo, a giudizio dello scrivente, errata è la ricostruzione (o il semplice riportare dei fatti) operata dalla Cassazione, poiché in caso di premorienza ed applicazione dell'istituto della rappresentazione, alcun diritto sarebbe spettato alla moglie del premorto Tizione, posto che detto istituto opera solo a favore dei discendenti e non del coniuge. Sempronia avrebbe vantato diritti sulla successione di Caione solo in caso di trasmissione del diritto all'eredità (ossia in caso di decesso di Tizione successivo all'apertura della successione).

[3] Vengono richiamate: Cass. Civ., Sez. 2, n. 11762/1992; Cass. Civ., Sez. 2, n. 3894/1977; Cass. Civ., Sez. 2, n. 604/1970

Master di specializzazione
DIRITTO SUCCESSORIO
Disponibile anche in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

Diritto e reati societari

Sulla possibilità di escludere il socio moroso nell'esecuzione dei versamenti in sede di aumento del capitale

di Mario Cascavilla

[Cass. Civ., sentenza n. 1185 del 21 gennaio 2020](#)

Parole chiave: aumento di capitale – esclusione del socio – vendita in danno – aumento di capitale – società di capitali.

Massima: “Nel caso di mora del socio nell'esecuzione dei versamenti, dovuti alla società a titolo di conferimento per il debito da sottoscrizione dell'aumento del capitale sociale deliberato dall'assemblea nel corso della vita della società, il socio non può essere escluso, essendo egli titolare della partecipazione sociale sin dalla costituzione della società; pertanto, ferma la permanenza del socio in società per la quota già posseduta, l'assemblea deve deliberare la riduzione del capitale sociale solo per la misura corrispondente al debito di sottoscrizione derivante dall'aumento non onorato, fatto salvo solo il caso in cui lo statuto preveda l'indivisibilità della quota”.

Disposizioni applicate: art. 2466 c.c. – art. 2481 bis c.c.

La sentenza che si commenta fornisce risposta all'interrogativo attinente a se l'art. 2466 c.c. trovi applicazione al debito da sottoscrizione di un aumento di capitale *ex art. 2481 bis c.c.*, oltre che al debito sorto in sede di costituzione della società per il conferimento iniziale.

Secondo quanto prescrive il comma 1 dell'art. 2466 c.c. – norma che, nell'ambito della disciplina delle società a responsabilità limitata, mira, anzitutto, alla tutela della situazione patrimoniale della società – “*se il socio non esegue il conferimento nel termine prescritto, gli amministratori diffidano il socio moroso ad eseguirlo nel termine di trenta giorni [...]*”.

La disposizione descrive, nei successivi commi, il procedimento in cui, dall'iniziale richiesta di adempimento entro trenta giorni rivolta al socio, decorso inutilmente tale termine, si giunge, mediante scansioni alternative o successive, all'azione giudiziale di condanna all'adempimento, alla vendita proporzionale ai soci secondo il valore risultante dall'ultimo bilancio approvato, alla vendita all'incanto della quota.

Come *extrema ratio*, per il caso in cui la vendita della quota non abbia avuto luogo, la norma prevede l'ipotesi dell'**esclusione del socio moroso**, decisione cui segue inevitabilmente la **riduzione del capitale sociale**.

Il punto centrale da definire è quindi se, in ipotesi di morosità del socio nell'ambito dell'aumento realizzato nel corso della vita della società, l'operazione di riduzione **del capitale sociale ex art. 2466, comma 3, c.c.** debba riguardare l'intera quota di titolarità del socio moroso – e cioè, anche quella porzione di capitale sottoscritta in precedenza dal socio – oppure soltanto la porzione riguardante il nuovo aumento.

Nella fattispecie concreta giudicata dal supremo collegio, il socio di una S.r.l. ha lamentato la violazione dell'art. 2466 c.c. da parte della società, che lo aveva escluso poiché in mora nell'esecuzione dei versamenti dovuti a titolo di conferimento per il debito da sottoscrizione di un aumento del capitale sociale.

La società convenuta aveva infatti deliberato, in assemblea, un aumento del capitale sociale da Euro 12.000,00 (suddiviso tra tre soci, tra cui il ricorrente, nella misura del 33,33% ciascuno) a Euro 72.000,00, offerto in sottoscrizione ai soci in proporzione della partecipazione da ciascuno detenuta, pari a nominali Euro 4.000,00 e, quindi, per la somma di Euro 20.000,00 ciascuno.

Il socio ricorrente aveva sottoscritto, per intero, la quota di capitale a lui spettante, versando immediatamente la somma di Euro 5.000,00, pari al 25% della quota sottoscritta, mentre non aveva eseguito il versamento del restante 75% nel termine fissato dall'organo amministrativo.

All'esito all'assemblea in cui si era **deliberato l'aumento ex art. 2481 bis c.c., il socio** ricorrente **risultava** quindi **socio per una quota di nominali Euro 24.000,00, di cui versati Euro 9.000,00** (ossia, **Euro 4.000,00 conferiti all'atto della costituzione** della società e **Euro 5.000,00 versati in occasione dell'aumento del capitale**) ed **Euro 15.000,00 non ancora versati**.

L'amministratore della società, una volta **accertato l'inadempimento** del socio al versamento dei decimi mancanti, **deliberava, in mancanza di compratori, l'esclusione del socio**, trattenendo le somme riscosse, mentre in un'assemblea successiva si provvedeva **alla riduzione del capitale**, ai sensi dell'art. 2466 c.c., comma 3.

Nel ricorso in cassazione il ricorrente ha dedotto la violazione dell'art. 2466 c.c. poiché, dovendosi ritenere la quota sociale divisibile, l'organo amministrativo avrebbe dovuto procedere, al più, alla vendita o all'annullamento della sola parte proporzionale non liberata relativa all'aumento di capitale *ex art. 2481 bis c.c.*, senza attaccare la quota già detenuta sin dalla costituzione della società.

Per la soluzione della questione giuridica la Corte ha, in primo luogo, evidenziato la ratio sottesa all'art. 2466 c.c., che è evidentemente quella di preservare, quanto più possibile, il valore del capitale sociale, così come emerge, ad esempio, dall'analisi dei meccanismi interni della norma. Tra questi, infatti, l'ipotesi dell'esclusione del socio compare solo dopo una serie di altri rimedi finalizzati alla conservazione del valore della quota, rappresentati dall'azione di adempimento, dalla vendita proporzionale ai soci e dalla vendita all'incanto.

Una lettura rispettosa di questa *ratio* deve a parere della Corte condurre ad escludere che il meccanismo di cui all'art. 2466 c.c. possa essere esteso al caso in cui il socio abbia, prima dell'aumento che abbia condotto alla morosità in tal modo sanzionata, sottoscritto, in fase di costituzione o anche di un pregresso aumento di capitale, una quota senza far residuare debiti di conferimento.

È evidente infatti come adoperando la soluzione inversa si inciderebbe in misura maggiore, in termini negativi, sul patrimonio della società: estendere l'effetto della riduzione del capitale sociale all'intera quota di titolarità del socio moroso comporterebbe una riduzione del capitale maggiore rispetto a quella che deriverebbe dalla riduzione del capitale limitatamente alla porzione di quota oggetto di aumento rimasto in parte inadempito.

Alla medesima conclusione si giunge mediante **una lettura della norma ispirata ai principi di buona fede e correttezza**, ritenuti dalla Corte precetti che *“necessariamente informano anche i rapporti societari”*, la quale impone di circoscrivere gli effetti dell'inadempimento del socio alla sola porzione derivante dall'aumento di capitale eseguito durante la vita della società, facendo salvo, poiché l'inadempimento non lo riguarda, il conferimento regolarmente onorato in sede di costituzione della società.

Altresì convincente è l'argomento proposto dal ricorrente attinente alla divisibilità delle quote nell'ambito delle società a responsabilità limitata.

Su questo aspetto il collegio osserva che, mentre da un lato è vero che nella S.r.l. la quota è unica per ciascun socio, dall'altro la stessa è divisibile (salvo il caso, ovviamente, in cui sia lo statuto a prevedere espressamente l'indivisibilità della quota) come emerge, ad esempio, dalla lettera dello stesso art. 2466 c.c. – ove è previsto che la quota può essere venduta *“agli altri soci in proporzione della loro partecipazione”* – oltre che dall'art. 2473 c.c., comma 4, relativamente all'ipotesi di recesso del socio, nonché, in ragione della pacifica alienabilità parziale della quota sociale.

Definiti nei termini sopra indicati la *ratio* ed il perimetro applicativo dell'art. 2466 c.c., la Corte accoglie la domanda del socio avendo riscontrato, nel caso di specie, una violazione dell'art. 2466 c.c. da parte della società. Tale conclusione proprio in virtù della preesistenza, nella titolarità del socio, di una quota (quella di Euro 4.000,00) sottoscritta ed integralmente onorata in sede di costituzione della società; circostanza, questa, che rende illegittimo il ricorso da parte della società alla procedura di c.d. “vendita in danno” per l'intera partecipazione sociale posseduta dal socio e, conseguentemente, la decisione di escluderlo dalla compagine societaria.

La risposta al quesito iniziale si rivela, dunque, affermativa, fermo restando che sarà impossibile giungere all'esclusione del socio moroso laddove risulti, contestualmente:

(i) che il socio è adempiente rispetto ad un precedente conferimento;

(ii) che lo statuto non prevede espressamente l'indivisibilità della quota.

Al ricorrere di tali condizioni si potrà, al più, procedere alla riduzione del capitale sociale ex art. 2466 c.c. con esclusivo riguardo alla porzione di quota relativa all'aumento di capitale nel cui ambito si sia verificato l'inadempimento.

Seminario di specializzazione

INDICATORI "NUMERICI" DELLA CRISI D'IMPRESA E VALUTAZIONI ECONOMICHE

Disponibile anche in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

[accedi al sito >](#)

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Responsabilità degli amministratori nel concordato preventivo liquidatorio: profili di legittimazione

di **Giulio Marconcini**

Tribunale di Firenze, Sez. Impr., 3 ottobre 2019 – Pres. Rel. N. Calvani

Parole chiave: Concordato preventivo con cessione dei beni – Azione sociale di responsabilità – Amministratori – Liquidatore giudiziale – Automatica cessione al liquidatore giudiziale – Mancata previsione nel piano concordatario – Preclusione

Massima

Nel concordato preventivo con cessione di beni l'azione di responsabilità verso gli organi sociali che compete alla società non può intendersi automaticamente ceduta al liquidatore giudiziale se non è prevista nel piano concordatario.

Disposizioni applicate

Art. 146 l. fall.; art. 152 l. fall.; art. 167 l. fall.; art. 2394-*bis* cod. civ.; art. 2409 cod. civ.

Con la sentenza in commento, il Tribunale di Firenze affronta il tema della legittimazione del liquidatore giudiziale a promuovere un'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori di una società in liquidazione sottoposta alla procedura di concordato preventivo con cessione dei beni.

In particolare, il Tribunale si domanda se, ai fini dell'esercizio dell'azione suddetta, sia necessario un inserimento esplicito nel piano concordatario o se, invece, la stessa possa intendersi automaticamente ceduta al liquidatore giudiziale senza che occorra alcuna menzione espressa.

CASO

Con sentenza in data 3 ottobre 2019, il Tribunale di Firenze ha dichiarato inammissibile la domanda con cui i liquidatori sociali e i liquidatori giudiziali della società (OMISSIS), in liquidazione, sottoposta a concordato preventivo con cessione dei beni, chiedevano la condanna degli *ex* amministratori al risarcimento dei danni subiti dalla società per effetto di plurimi atti di *mala gestio* posti in essere nel corso della gestione sociale.

I convenuti hanno eccepito l'inammissibilità dell'azione per assenza di autorizzazione dell'assemblea, il difetto di legittimazione attiva dei liquidatori giudiziali, la prescrizione dell'azione e l'infondatezza della domanda.

SOLUZIONE

Il Tribunale di Firenze, senza pronunciarsi sul merito della domanda, ha dichiarato l'inammissibilità della medesima per carenza di legittimazione attiva dei liquidatori sociali e dei liquidatori giudiziali, evidenziando come nel caso di specie il piano concordatario non menzionasse, tra i diritti ceduti, quello al risarcimento connesso all'azione sociale di responsabilità contro gli ex amministratori e, altresì, come la medesima azione non fosse stata previamente autorizzata da apposita deliberazione assembleare.

QUESTIONI

La pronuncia in esame offre l'occasione di approfondire il tema dell'ammissibilità delle azioni sociali di responsabilità nei confronti degli organi sociali di società in concordato preventivo, con particolare riferimento al concordato c.d. liquidatorio.

La pronuncia desta particolare interesse anche alla luce delle recenti modifiche normative contenute nel nuovo Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza, ove il legislatore, al nuovo art. 115, comma 2, rubricato "Azioni del liquidatore giudiziale in caso di cessione dei beni", legittima quest'ultimo all'esercizio, ovvero, se già pendente, alla prosecuzione dell'azione sociale di responsabilità.

Ciò detto, sono due le tematiche su cui si fonda la decisione in commento, ossia: (i) la legittimazione del liquidatore sociale e giudiziale all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità; (ii) il contenuto del piano concordatario e la necessità di una preventiva autorizzazione assembleare.

Il Tribunale si interroga, anzitutto, sulla legittimazione dei liquidatori giudiziali a promuovere l'azione sociale di responsabilità.

Al riguardo, l'art. 167 l. fall. prevede espressamente che, nel corso della procedura di concordato preventivo, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, pur sotto la vigilanza del commissario giudiziale.

Si tratta di un aspetto estremamente rilevante, giacché, diversamente da quanto accade nell'ambito della procedura fallimentare, ove il debitore, a seguito della dichiarazione di fallimento, è immediatamente privato di qualsiasi potere gestorio e della legittimazione ad agire, sostanziale e processuale, nel concordato preventivo egli conserva la gestione dell'impresa, la proprietà dei beni e la titolarità dei crediti sociali.

In caso di concordato liquidatorio, il liquidatore giudiziale subentra nei soli poteri di gestione

finalizzati alla liquidazione, in favore dei terzi creditori, dei soli beni e diritti menzionati nel piano concordatario (cfr. Cass. 28 luglio 2017, n. 18823; Cass. 12 maggio 2010, n. 11520; Cass. 4 maggio 2010, n. 10738).

Si pone allora il tema se il diritto di credito al risarcimento del danno da *mala gestio*, azionabile con l'azione sociale di responsabilità, sia automaticamente compreso tra i crediti ceduti indicati nel piano concordatario ove non ne sia fatto espresso richiamo.

La questione si intreccia con la tematica della necessità di una previa deliberazione assembleare per l'esercizio dell'azione sociale, trattandosi di un diritto il cui esercizio o la cui rinuncia sono rimessi alla volontà dei soci.

Il Tribunale di Firenze, in linea con precedenti pronunce giurisprudenziali (cfr. Trib. Firenze, 22 maggio 2019, in *Società*, 2019, 12, 1409, con commento di A. Zanardo), ha chiarito come il suddetto credito risarcitorio non possa ritenersi *"naturalmente compreso tra i crediti ceduti, ancorché esplicitamente non menzionato, come componente dell'attivo patrimoniale, poiché nelle società di capitali ... la proposta e le condizioni del concordato sono deliberate dall'organo amministrativo ... mentre il diritto ad esercitare l'azione sociale di responsabilità è un diritto esclusivo dei soci sul quale gli amministratori non hanno potere dispositivo"*.

Secondo il Tribunale, dunque, in assenza di una delibera con cui l'assemblea dei soci autorizzasse l'esercizio dell'azione, il liquidatore sociale e il liquidatore giudiziale sarebbero privi di legittimazione ad agire (cfr. Trib. Firenze, 22 maggio 2019, cit.).

Benché, in giurisprudenza, tale soluzione non fosse pienamente condivisa (cfr. Trib. Trieste 17 novembre 2017; Trib. Vicenza 30 agosto 2017, in *Pluris*; Trib. Trento 10 giugno 2016, in *www.ilcaso.it*), nella vigenza della legge fallimentare la tesi della necessità di una deliberazione assembleare, affermata dal Tribunale di Firenze, è ritenuta prevalente (cfr. Trib. Firenze 22 maggio 2019, cit.; Trib. Torino, 7 ottobre 2016, in *Giur. It.*, 2017, 2, 398, con nota di Pollastro; Trib. Bologna 16 agosto 2016, in *Giur. comm.*, 2018, II, 153 ss., con nota di E. Barcellona; Trib. Bolzano 30 aprile 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Milano 19 luglio 2011, in *ilFallimentarista*, con nota di M. Aiello), tenuto conto, peraltro, della mancanza di una norma speciale analoga a quelle dettate negli artt. 146 l. fall., 2394-bis e 2409, comma 5, cod. civ., che legittimano soggetti diversi dai soci (rispettivamente, il curatore fallimentare, il commissario liquidatore, il commissario straordinario e l'amministratore giudiziario) a proporre l'azione di responsabilità (A. Zanardo, *Le azioni di responsabilità, nel concordato preventivo*, Torino, 2018, 103 ss.; E. Barcellona, *L'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nel concordato preventivo con cessione dei beni: legittimazione del liquidatore giudiziale o necessità di previa deliberazione assembleare?* (nota a Trib. Bologna 16 agosto 2016), in *Giur. comm.*, 2018, II, 167 ss.; V. Calandra Buonauro, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, Torino, 2019, 413 s.).

Alla luce di quanto precede, nel caso di specie il Tribunale di Firenze ha così escluso la legittimazione dei liquidatori sociali e dei liquidatori giudiziali a promuovere l'azione sociale

di responsabilità, non potendo la stessa ritenersi automaticamente ceduta nel piano concordatario e non essendo, altresì, stata autorizzata dai soci con delibera assembleare.



Master di specializzazione

AVVOCATO NELLA CRISI D'IMPRESA

 Disponibile anche in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

[accedi al sito >](#)

Diritto Bancario

Le corrette modalità di sottoscrizione dell'assegno

di **Fabio Fiorucci**

L'art. 11 legge assegni (Regio decreto n. **1736-1933**) dispone che « ogni sottoscrizione deve contenere il nome e cognome o la ditta di colui che si obbliga. È valida tuttavia la sottoscrizione nella quale il nome sia abbreviato o indicato con la sola iniziale ». Precisa poi l'art. 14 legge assegni che « chi appone la firma sull'assegno bancario quale rappresentante di una persona, per la quale non ha il potere di agire, è obbligato come se l'avesse firmato in proprio » (del tutto uguali sono i corrispondenti testi dell'art. 8 e dell'art. 11 legge cambiale).

Da questo impianto normativo la giurisprudenza di legittimità ha tratto il principio per cui l'assunzione di un'obbligazione cartolare « in nome altrui » – in tale formula ricomprendendosi tanto il caso della rappresentanza negoziale, quanto quello della così detta rappresentanza organica (art. 1400 cod. civ.) – suppone « l'apposizione della sottoscrizione con l'indicazione della qualità, ancorché senza l'uso di formule sacramentali e con le sole modalità idonee a rendere evidente ai terzi l'avvenuta assunzione dell'obbligazione per conto di altri, come nel caso di collocazione della firma cambiaria sotto il timbro di una società, sufficiente a rivelare la volontà del sottoscrittore di impegnarsi in rappresentanza dell'ente » (Cass. n. 3070/2020; Cass. n. 4763/1993; Cass. n. 10388/2012).

La Cassazione ha precisato, altresì, che « per la firma di un ente collettivo, non è sufficiente l'indicazione della ragione o della denominazione, occorrendo il nome (anche abbreviato o con la sola iniziale) e il cognome della persona fisica che sottoscrive per l'ente, pur senza necessità di una specifica formula da cui risulti il rapporto di rappresentanza » (Cass. n. 3070/2020; Cass. n. 27378/2005); in modo comunque che il contesto cartolare venga a esplicitare il « collegamento tra il firmatario e l'ente, così che non vi siano dubbi in ordine al fatto che la dichiarazione cartolare sia emessa dal sottoscrittore in nome e per conto dell'ente » (Cass. n. 3070/2020; Cass. n. 7761/2004).

Da ultimo, assunto a necessario parametro di riferimento il canone della diligenza professionale di cui all'art. 1176, comma 2, c.c., non può ritenersi rispondente a diligenza il comportamento della banca che trascuri di considerare – ovvero ignori – la regolamentazione dettata dall'art. 11 legge assegni (fattispecie in cui sugli assegni portati in pagamento alla banca risultava apposta non già una firma di traenza, bensì una semplice sigla) (Cass. n. 13873/2017).

Master di specializzazione

DIRITTO E CONTENZIOSO BANCARIO

Scopri le sedi in programmazione >

Diritto del Lavoro

Termine per proporre l'azione di accertamento della subordinazione

di **Evangelista Basile**

Cassazione Civile, Sezione Lavoro, 10 dicembre 2019, n. 32254

Collaborazione autonoma – Recesso contrattuale – Scadenza – Regime decadenziale

MASSIMA

Quando un rapporto di collaborazione autonoma si risolva per effetto della manifestazione di volontà del collaboratore di voler recedere dal rapporto, ovvero cessi per la sua naturale scadenza, l'azione per l'accertamento della subordinazione e la riammissione in servizio è esercitabile nei termini di prescrizione, senza essere assoggettata al regime decadenziale di cui all'art. 32, comma 3, lett. b) della l. n. 183 del 2010, poiché il regime in questione si applica al solo caso di "recesso del committente" e non è estensibile alle ipotesi in cui manchi del tutto un atto che il lavoratore abbia interesse a contestare o confutare.

COMMENTO

La Cassazione, Sezione Lavoro, con la sentenza in commento ha stabilito che quando un rapporto di collaborazione autonoma si risolva per effetto della manifestazione di volontà del collaboratore di voler recedere dal rapporto, ovvero cessi per la sua naturale scadenza, l'azione per l'accertamento della subordinazione e la riammissione in servizio è esercitabile nei termini di prescrizione ordinaria; tale azione non deve dunque essere assoggettata al regime decadenziale di cui all'articolo 32, comma 3, lettera b), L. 183/2010, poiché il regime in questione si applica al solo caso di recesso del committente e non è estensibile alle ipotesi in cui manchi del tutto un atto che il lavoratore abbia interesse a contestare o confutare. La pronuncia della Suprema Corte ha ribaltato l'orientamento seguito sia dal primo giudice che dalla Corte di Appello la quale da ultimo aveva rigettato l'appello proposto dalla lavoratrice avverso la sentenza di primo grado, per inammissibilità dello stesso. Secondo la Corte di Appello la lavoratrice – la quale richiedeva l'accertamento di nullità del contratto di collaborazione a progetto e la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato – era incorsa nella decadenza dettata dall'art. 32, terzo comma, lett. b) (inclusiva del recesso del committente nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche nelle modalità a progetto) e lett. a) l. cit. (in riferimento, non già alla modalità di cessazione, ma al contenuto del contratto suddetto, in riferimento alla sua diversa qualificazione come contratto di lavoro subordinato). La Cassazione afferma però che la disciplina di cui all'art. 32 della l. 183/2010,

proprio perché ha introdotto nuovi termini a pena di decadenza per l'esercizio di un diritto, deve essere sempre interpretata in modo da darle un ambito di applicazione rigoroso. Secondo i Giudici di legittimità, il duplice termine (di impugnazione stragiudiziale entro 60 giorni cui deve seguire il ricorso giurisdizionale nei successivi 180) introdotto dalla predetta norma non si applica alle ipotesi in cui non sia presente una specifica comunicazione scritta del datore volta a porre fine al rapporto. Per la sentenza, rientra in tale ipotesi anche il recesso dal co.co.pro. per volontà del collaboratore o per scadenza naturale del rapporto, mancando del tutto un atto che il lavoratore abbia interesse a contestare o confutare. A riprova di tale argomentazione la Corte di Cassazione evidenzia come, laddove il legislatore abbia voluto prescindere dall'esistenza di uno specifico atto da impugnare – come nel caso dell'azione di nullità del termine e nel caso di azione di costituzione o accertamento di un rapporto di lavoro in capo ad un soggetto diverso dal titolare del contratto (anche ai sensi dell'art. 27 d.lgs. 276/2003) -si è preoccupato di fornire una specifica indicazione della fattispecie (così al terzo comma, lett. d) e al quarto, lett. d) dell'art. 32). Ma una tale indicazione, non ricorre palesemente nel caso di specie, avendo la lavoratrice proposto una domanda di accertamento di un rapporto di lavoro subordinato nei confronti dello stesso soggetto titolare del contratto; su tali presupposti, la Suprema Corte ha accolto il ricorso della lavoratrice e rinviato la vertenza alla corte territoriale.

Master di specializzazione

CONTENZIOSO E CONTROVERSIE NEL DIRITTO DEL LAVORO

 Disponibile anche in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

[accedi al sito >](#)

Nuove tecnologie e Studio digitale

Comunicare in emergenza

di **Amalia Di Carlo - Ufficio stampa di Marketude**

In questi giorni di paure e preoccupazioni, di smartworking, di misure contenitive, di conta dei numeri, di un Paese in emergenza sanitaria, sociale, economica, di isolamento; lo strumento più forte che abbiamo a nostra disposizione è: la comunicazione.

Ebbene sì, è solo tramite le parole che possiamo stare vicini gli uni agli altri, aggiornarci, partecipare alla vita sociale, sentirci meno soli. Ma bisogna farlo nel modo giusto, consapevole, responsabile. Le parole hanno un peso e un'importanza, impariamo a usarle e valorizzarle correttamente.

Tutte le attività devono proseguire, ma muovendosi in modo diverso rispetto al solito. Non più, almeno per adesso, correndo da un incontro all'altro, saltando da un aereo a una metropolitana, da un negozio a un altro, incontrando persone, viaggiando; ma imparando a usare le parole per affermare la propria presenza.

Oggi più che mai, gli studi legali e tributari devono stare vicini ai loro clienti, alle imprese italiane che saranno quelle che probabilmente pagheranno lo scotto maggiore di questa vicenda. Devono stargli accanto, sostenerli, trovare strade alternative, e possono farlo istaurandoun flusso continuo di informazione.

Ma come?

Partite da voi

Innanzitutto iniziate rincuorando i vostri clienti sulle misure che voi stessi e lo studio avete adottato per far fronte all'emergenza. Per esempio l'adozione dello smartworking, l'utilizzo di particolari tecnologie, l'organizzazione di riunioni virtuali, webinar, l'eventuale attivazione di team di professionisti dedicati allo studio delle normative varate, per fornire supporto immediato.

Il tutto garantendo la vostra costante presenza e la medesima rapidità di risoluzione delle problematiche ante COVID-19.

Propositività

Non basta dire io non mi fermo. È essenziale, nel momento in cui si contatta il cliente, fare già un quadro di quali possono essere le sue eventuali esigenze e anticipare la soluzione.

Individuare le debolezze e i punti di forza e su quelli lavorare. Essere propositivi indicando nuovi percorsi da seguire.

I canali di comunicazione

Tutti i canali sono validi e utili, e vanno alternati e utilizzati in modo diverso, a seconda delle peculiarità che ognuno di essi ha. Quali usare?

- Mantenete il contatto vocale. Fatevi un calendario con 5/10 telefonate al giorno, anche solo per chiedere al cliente come sta, quali sono le sue preoccupazioni ed eventualmente come potete essergli d'aiuto.
- Mandate delle comunicazioni ad hoc, che siano chiare e possano dare spunti. Ma evitando di tempestare i clienti di mail. Programmatene poche, ma curate e fatte bene, con competenza e responsabilità.
- Condividete post, ma valutate bene le fonti e rilanciate solo se ritenete valido il messaggio. Occhio alle fake news! Rilanciare frettolosamente può farvi correre il rischio di veicolare notizie non vere, che non vi fanno fare una bella figura. Fatevi una scaletta, un piano editoriale dei temi che volete trattare con una cadenza ben definita nel tempo. Programmate i vostri post e utilizzate strumenti a supporto di essi come slide, infografiche, podcast ed eventualmente video.
- Cercate con l'aiuto dei vostri consulenti, di mantenere una presenza sulle testate, proponendo nuove chiavi di lettura di questa quotidianità, al momento stravolta. Analizzate le normative, le problematiche dei vari settori, cercate alternative. Parlate alle aziende offrendo soluzioni e vie d'uscita.

Per tutti i mezzi sopra elencati, vale sempre una regola sovrana: il linguaggio.

Siate appropriati! No, non datelo mai per scontato. Il saper parlare bene la nostra lingua non è sinonimo dell'utilizzare un lessico adeguato a ogni circostanza. Prima di approcciarvi agli altri, ricordate con chi state parlando, in quali difficoltà sta incorrendo quella persona. Cercate di usare le parole giuste, di mandare i messaggi corretti. Poche informazioni ma dettagliate. E un suggerimento su tutti: siate discreti.

Non è un momento semplice, per nessuno. Se il cliente in questione non vi risponde, non siate troppo insistenti. Cercatelo, ma non stalkerizzatelo, sappiate aspettare ed essere pazienti, rispettate i silenzi e imparate ad interpretarli.

Non assaltate le notizie come i banditi con le diligenze nel lontano far west.

Parlate di ciò che conoscete, con cognizione di causa, fornendo informazioni dettagliate e chiare. Non percorrete la via dello sciacallaggio comunicativo. Parlare di tutto, sempre, ovunque, tempestare di mail e post è altamente controindicato.

Finito questo terribile momento, se avrete saputo stare al fianco dei vostri clienti, usando

sapientemente la comunicazione, sarete ripagati.

