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

# Edizione di martedì 6 ottobre 2020

## Diritto del Lavoro

### Licenziamento per superamento del periodo di comporto. Tempestività del licenziamento e giudizio di adeguatezza
di **Elisa Pirrotta**

## Procedimenti di cognizione e ADR

### Sulla distinzione tra contestazione del fatto e osservazione del difetto di prova
di **Marco Russo**

## Procedimenti cautelari e monitori

### Qualche novità sulla chiamata (diretta) del terzo nell'opposizione a decreto ingiuntivo
di **Cecilia Vantaggiato**

## Obbligazioni e contratti

### Il cessionario di un credito privo delle garanzie promesse ha sempre diritto al risarcimento del danno
di **Paolo Cagliari**

## Proprietà e diritti reali

### L'exceptio doli e la garanzia fideiussoria ai tempi del Covid19
di **Saverio Luppino**

## Diritto successorio e donazioni

### L'amministrazione di sostegno e le disposizioni testamentarie a favore dell'amministratore
di **Corrado De Rosa**

## Diritto e reati societari

**Arbitrato internazionale societario e nullità della clausola compromissoria**
di **Virginie Lopes**

## Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

**Piano del consumatore, grado della colpa ai fini del giudizio di meritevolezza e ludopatia**
di **Carlo Trentini**

## Diritto Bancario

**Sezioni Unite n. 19597/2020: gli interessi moratori sono assoggettati alla normativa antiusura**
di **Fabio Fiorucci**

## Nuove tecnologie e Studio digitale

**Passaggi generazionali**
di **Giulia Maria Picchi - Senior partner Marketude**

**Diritto del Lavoro**

# *Licenziamento per superamento del periodo di comporto. Tempestività del licenziamento e giudizio di adeguatezza*

di **Elisa Pirrotta**

**Cassazione civile sez. lav., 11 settembre 2020, n. 18960**

*Tempestività del recesso datoriale – licenziamento per avvenuto superamento del periodo di comporto – valutazione di congruità – l'onere della prova spetta al lavoratore – limiti adeguatezza e ragionevolezza – superamento*

**CASO**

Con sentenza pubblicata l'11 settembre 2020, n. 18960, la sezione lavoro della Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso promosso da un lavoratore per la cassazione della sentenza con la quale la Corte d'Appello di Reggio Calabria aveva accolto il reclamo proposto dalla società datrice di lavoro (soccombente nel primo grado del giudizio) dichiarando legittimo il licenziamento da questa intimato al lavoratore per "superamento del periodo di comporto".

In particolare il lavoratore lamentava il fatto che la Corte d'Appello avesse ritenuto tempestivo il recesso sebbene, in ossequio ai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del rapporto, la condotta tenuta dal datore di lavoro – che aveva riammesso in servizio il lavoratore ed aveva lasciato trascorrere un considerevole periodo di tempo – doveva essere interpretata – a dire del lavoratore – come una rinuncia a volersi avvalere della facoltà di risolvere il rapporto per superamento del comporto. In sostanza, ad avviso del lavoratore, la condotta datoriale, per poter essere considerata corretta, avrebbe dovuto essere preceduta, e non lo era stata: dalla comunicazione al lavoratore che il periodo di comporto stava per scadere; dalla verifica dell'idoneità alle mansioni all'atto della ripresa del servizio e, in caso di accertata idoneità, dall'avviso che ulteriori assenze avrebbero potuto portare ad un licenziamento; dalla comunicazione della possibilità di avvalersi dell'aspettativa prevista dall'art. 32, comma 9 CCNL in esito al decorso della quale, poi, avrebbe potuto essere licenziato.

**I motivi della decisione**

La Corte di Cassazione ha deciso di non accogliere nessuna delle censure mosse alla sentenza d'appello per i motivi che andiamo ad esaminare.

Come noto il superamento del periodo di comporto è condizione di per sé sufficiente a

legittimare il recesso datoriale senza che questo debba fornire la prova dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione o dell'impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse (Cass., sez. lav., 31 gennaio 2012, n. 1404). Tuttavia anche in tema di licenziamento del lavoratore per superamento del periodo di comporto opera il criterio della tempestività del recesso, sebbene la valutazione del tempo decorso fra la data di detto superamento e quella del licenziamento vada condotta con criteri di minor rigore rispetto alle altre ipotesi di licenziamento (es. giusta causa).

Occorre dunque tener conto di tutte le circostanze all'uopo significative così da contemperare tra loro l'esigenza del lavoratore alla certezza della vicenda contrattuale, da un lato, e l'esigenza del datore di lavoro al vaglio della gravità di tale comportamento, dall'altro.

Sul punto in giurisprudenza vi sono stati due orientamenti contrapposti: un primo, e più risalente, che valutava rigidamente il requisito della tempestività (Cass., 10 novembre 2011, n. 23423); e un altro, più recente, secondo il quale il datore di lavoro, prima di recedere, deve essere in grado di valutare convenientemente la sequela degli episodi di malattia, sia al fine di stabilire se, secondo il CCNL applicabile sia effettivamente superato il periodo di comporto, sia per accertare un suo eventuale interesse alla prosecuzione del rapporto nonostante le numerose assenze del dipendente potendo attendere il rientro in azienda del lavoratore per sperimentare in concreto se sussistono o meno margini di riutilizzo del dipendente all'interno dell'assetto organizzativo dell'azienda (Cass., sez. lav., 20 marzo 2019, n. 7849).

Secondo tale ultimo, e maggioritario, orientamento nell'ipotesi di avvenuto superamento del periodo di comporto, l'accettazione, da parte del datore di lavoro, della ripresa dell'attività lavorativa del dipendente non equivale di per sé a rinuncia al diritto di recedere dal rapporto, ai sensi dell'art. 2110 c.c., e quindi non preclude (salvo diversa previsione della disciplina collettiva) l'esercizio di tale diritto.

Tale ultimo orientamento è stato quello seguito e confermato dalla Corte di Cassazione nella sentenza in commento.

Nello specifico la Corte di Cassazione afferma infatti che <<*a differenza del licenziamento disciplinare, che postula l'immediatezza del recesso a garanzia della pienezza del diritto di difesa all'incolpato, del licenziamento per superamento del periodo di comporto per malattia,* ***l'interesse del lavoratore alla certezza della vicenda contrattuale va contemperato con quello del datore di lavoro a disporre di un ragionevole "spatium deliberandi", in cui valutare convenientemente la sequenza di episodi morbosi del lavoratore, ai fini di una prognosi di sostenibilità delle sue assenze in rapporto agli interessi aziendali****. In tale caso, il giudizio sulla tempestività del recesso non può conseguire alla rigida applicazione di criteri cronologici prestabiliti, ma costituisce valutazione di congruità che il giudice deve compiere caso per caso, apprezzando ogni circostanza al riguardo significativa (cfr. Cass. 12/10/2018 n. 25535 e anche Cass. 28/03/2011 n. 7037)*>>. Tale valutazione di congruità fatta dal giudice di merito <<*non è sindacabile in cassazione ove adeguatamente motivata*>> (Cass., sez. lav., 11 settembre 2020, n. 18960).

Nel caso in esame il giudice di appello, come correttamente ritenuto dalla Corte di Cassazione, aveva dato conto con chiarezza delle ragioni per le quali il tempo trascorso tra il formale compimento del periodo di comporto ed il licenziamento non dovesse ritenersi significativo di una volontà tacita di rinunciare alla facoltà datoriale di recedere dal rapporto. Piuttosto tale intervallo temporale era stato utilizzato dalla società per <<*verificare in concreto l'esistenza di margini residui di persistente utilizzabilità della prestazione con un equilibrato bilanciamento dei concorrenti interessi delle parti (del lavoratore a conservare la posizione lavorativa e del datore di lavoro a ricevere una prestazione utile)*>> (Cass., sez. lav., 11 settembre 2020, n. 18960).

Per quanto concerne poi le altre doglianze mosse dal lavoratore la Corte di Cassazione evidenzia correttamente che <<*né il datore di lavoro, in mancanza di un obbligo contrattuale in tal senso, era tenuto a comunicare al lavoratore l'approssimarsi del compimento del comporto ovvero ad indicare strumenti alternativi all'assenza per malattia*>> (Cass., sez. lav., 11 settembre 2020, n. 18960).

Infatti, nel licenziamento per superamento del periodo di comporto, tanto nel caso di una sola affezione continuata, quanto in quello del succedersi di diversi episodi morbosi (cosiddetta eccessiva morbilità), la risoluzione del rapporto costituisce la conseguenza di un caso di impossibilità parziale sopravvenuta dell'adempimento, in cui il dato dell'assenza dal lavoro per infermità ha una valenza puramente oggettiva. Non rileva pertanto, sostiene la Corte, la mancata conoscenza da parte del lavoratore del limite cd. esterno del comporto e della durata complessiva delle malattie e, <<*ove come nella specie non risulti esistente un obbligo contrattuale in tal senso, non costituisce violazione da parte del datore di lavoro dei principi di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto la mancata comunicazione al lavoratore dell'approssimarsi del superamento del periodo di comporto, in quanto tale comunicazione servirebbe in realtà a consentire al dipendente di porre in essere iniziative, quali richieste di ferie o di aspettativa, sostanzialmente elusive dell'accertamento della sua inidoneità ad adempiere l'obbligazione (cfr. Cass. 17/08/2018 n. 20761 e Cass. 28/06/2006 n. 14891)*>> (Cass., sez. lav., 11 settembre 2020, n. 18960).

Concludendo in caso di superamento del periodo di comporto il datore di lavoro può, sì, recedere dal rapporto immediatamente al termine di tale periodo, ma ha altresì la **facoltà di attendere la ripresa del servizio per sperimentare in concreto se residuino o meno margini di riutilizzo del dipendente all'interno dell'assetto organizzativo dell'azienda**. In tal caso l'eventuale prolungata inerzia datoriale, da valutare caso per caso e a decorrere dal rientro del lavoratore, può essere oggettivamente sintomatica della volontà di rinuncia al licenziamento e può ingenerare un corrispondente affidamento da parte del dipendente alla stabilità del rapporto contrattuale, ma l'onere della prova del difetto di congruità del tempo trascorso tra il termine del periodo di comporto e l'intimazione del licenziamento, ove il CCNL nulla preveda in tal senso, spetta al lavoratore.

Master di specializzazione
CONTENZIOSO DEL LAVORO: TRA DIRITTO PROCESSUALE E DIRITTO SOSTANZIALE
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

**Procedimenti di cognizione e ADR**

# *Sulla distinzione tra contestazione del fatto e osservazione del difetto di prova*

di **Marco Russo**

Cass., sez. VI., 27 agosto 2020, n. 17889 *Pres.* Amendola, *Rel.* Cirillo

Procedimento civile – Principio di non contestazione – Allegazione – Difetto di prova in ordine ad un fatto costitutivo (C.c. art. 2697; c.p.c. artt. 115, 116)

*Dire che di un fatto manca la prova non equivale, di per sé, a dire che quel fatto è da ritenere contestato: conseguentemente, la parte ha onere di affermare esplicitamente che il fatto allegato dalla controparte non è storicamente accaduto, dovendosi ritenere, in difetto di tale espressa dichiarazione, che l'affermazione si estrinsechi nella semplice osservazione della mancanza di prova del fatto, inidonea a sortire gli effetti della contestazione di cui all'art. 115 c.p.c.*

**CASO**

L'attore conviene la società erogatrice del carburante lamentando i danni derivati alla propria autovettura a seguito del rifornimento ad un distributore risultato "inquinato".

Il tribunale ritiene fondata la pretesa, e dunque condanna la convenuta al risarcimento del pregiudizio economico consistito essenzialmente nelle spese di riparazione del mezzo, sulla base della presunta non contestazione di alcuni dei fatti, tra cui l'avvenuto rifornimento ad uno dei distributori gestiti dall'ente.

La Corte d'appello, investita del gravame, accoglie l'impugnazione della società ritenendo effettivamente contestato il fatto in primo grado, non potendosi considerare pacifica una circostanza di cui una parte del processo abbia rimarcato la mancata prova.

Rilevata l'omessa riproposizione in appello delle istanze istruttorie vòlte alla dimostrazione del rifornimento, la Corte riforma quindi la sentenza sulla base del fallimento dell'attore all'onere della prova su uno dei fatti costitutivi della pretesa risarcitoria.

La decisione di secondo grado è impugnata per cassazione per "violazione e falsa applicazione degli artt. 115,116 e 167 c.p.c., per violazione del principio di non contestazione e omessa valutazione di documenti decisivi".

**SOLUZIONE**

La Cassazione dissente dal ragionamento espresso dal giudice d'appello e, in particolare, disattende il passaggio logico per cui "la linea difensiva secondo la quale manca la prova di un certo fatto", anche senza negazione espressa del fatto storico, "è da considerare equivalente alla contestazione del fatto medesimo".

Secondo la Suprema Corte, infatti, "dire che di un fatto manca la prova non equivale, di per sé, a dire che quel fatto è da ritenere contestato", tanto più laddove, come nel caso di specie, la mera affermazione dell'inesistenza della prova di uno dei fatti allegati si accompagni (non soltanto all'omessa, espressa affermazione che il fatto non si è mai verificato, ma anche) al riconoscimento di circostanze – quali la ricezione di contestazioni di altri automobilisti circa la possibile presenza di carburante inquinato nel medesimo distributore – attestanti la consapevolezza, in capo alla parte, dell'effettivo accadimento del fatto nella realtà storica.

Ne consegue, secondo la Cassazione, che "la Corte d'appello non avrebbe dovuto ritenere sussistente la contestazione del fatto storico del rifornimento per la sola ragione che [la convenuta in primo grado] aveva affermato che mancava la prova sul punto, ma avrebbe dovuto valutare la globalità delle circostanze per come risultavano dagli atti a sua disposizione".

Per tale ragione la sentenza è annullata, con rinvio alla medesima Corte territoriale in diversa composizione per il riesame della vicenda alla luce del principio di diritto espresso dalla Cassazione.

**QUESTIONE**

L'interessante distinzione richiamata dalla decisione in esame tra contestazione del fatto e osservazione della mancata prova della stessa circostanza assume un notevole rilievo pratico ai fini di cui all'art. 115 c.p.c.

E' evidente infatti che differenti effetti processuali discendono da un'effettiva assenza di contestazione, la quale comporta la soggezione ("deve") del giudice alla ricostruzione del fatto risultante dall'inerzia di una parte costituita che – con il proprio silenzio, o con una contestazione "non specifica" – quel fatto riconosce come pacifico, secondo la dinamica descritta dal citato art. 115 c.p.c.; ovvero dalla semplice sottolineatura difensiva in ordine all'insussistenza di prova circa il reale accadimento del fatto.

In quest'ultimo caso, il ragionamento del giudice non è soggetto ad alcuna limitazione dal comportamento processuale della parte, e anzi l'osservazione non sortisce altro effetto che richiamare l'attenzione sull'*opinione* – che il giudice nell'esercizio del prudente apprezzamento ex art. 116 c.p.c. può motivatamente disattendere – circa l'inesistenza di prova a sostegno del fatto allegato dalla controparte.

Ciò detto in ordine alla distinzione tra i due istituti, la cui chiarezza sul piano astratto spiega l'assenza di giurisprudenza sul tema specifico oggetto della sentenza che si commenta, si deve

forse evitare il rischio di trarre da tale dicotomia, e dal principio di diritto espresso dalla decisione, conclusioni eccessivamente dirompenti sul piano concreto (se non, per gli operatori del diritto, il consiglio, ispirato ad una saggia ottica prudenziale, di spendere una parola in più piuttosto che una in meno per l'espressa e inequivoca contestazione dell'accadimento storico dei fatti allegati dalla parte avversa, unitamente all'evidenziazione che quegli stessi fatti risultano sprovvisti di prova).

La Cassazione ha infatti valorizzato, nel caso di specie, l'esistenza di circostanze *a latere* emergenti dal fascicolo che, confermando la coscienza in capo alla parte della probabile veridicità del fatto asseritamente contestato, attestavano l'implausibilità della tesi espressa dal giudice di secondo grado.

Alla luce di ciò, appare fuorviante l'esportazione del principio al di là della particolare fattispecie esaminata dalla Corte.

Non appare infatti di per sé illogico affermare – sulla scia della Corte d'appello, ma in circostanze (diverse da quelle prese in esame dal giudice di secondo grado) nelle quali non sussistano ulteriori elementi in atti indicanti per altro verso la consapevolezza, nella parte, della probabile verità del fatto – che, dietro l'espressa osservazione della mancata prova di un fatto, si celi l'implicita, ma valida ai fini dell'art. 115 c.p.c., affermazione che quel fatto non è mai avvenuto (la possibilità per il giudice di ricavare "implicite" contestazioni da posizioni difensive incompatibili con il fatto affermato, e dunque anche in assenza di una contestazione specifica, è affermato da Cass., 8 agosto 2019, n. 21210 in una fattispecie già *ratione temporis* assoggettata all'attuale formulazione dell'art. 115 c.p.c.). Risulterebbe altrimenti difficilmente individuabile, e la Cassazione nella sentenza in esame si astiene dalla sua esplicazione, il significato processuale della nuda constatazione di parte in ordine all'insussistenza di prova circa un fatto costitutivo della pretesa avversaria, senza la volontà di procedere alla sua contestazione: a quale scopo, diverso dalla negazione dell'accadimento, la parte avrebbe infatti mosso l'osservazione?

La sintetica esposizione del fatto processuale contenuta nella sentenza della Corte non dirime infatti un altro elemento, probabilmente determinante ai fini della distinzione tra i due istituti: non è dato sapere se, nel caso di specie, l'osservazione della mancata prova del fatto sia giunta in primo grado prima o dopo il maturare delle preclusioni istruttorie.

Nel primo caso l'affermazione poteva astrattamente configurare una valida contestazione ai fini di cui all'art. 115 c.p.c., ma, per come formulata (o, almeno, per come semplicemente riassunta ma non trascritta dalla sentenza in esame) appare imprudente a livello strategico, potendo essa sortire l'effetto autolesivo di stimolare la controparte ad offrire la prova del fatto che sino ad allora ne era sfornito e risultando "provvisoria" anche laddove intesa come evidenziazione, agli occhi del giudice, del difetto di prova in ordine al fatto allegato dalla controparte: quest'ultima infatti, nel quadro cronologico che si è ipotizzato ossia prima delle preclusioni, avrebbe ancora potuto sopperire eliminando la lacuna e neutralizzando la difesa avversaria sul (temporaneo) difetto di prova.

Nel secondo caso, ossia ponendo mentalmente la dichiarazione in un momento successivo al maturare delle barriere istruttorie, l'osservazione sulla mancanza della prova troverebbe maggiori spiegazioni in ottica difensiva, estrinsecandosi in un'opportuna sottolineatura del difetto quando ormai la lacuna non era più colmabile dall'iniziativa della controparte, e dunque, nell'ottica di parte, quando la causa poteva essere dichiarata matura per la decisione alla luce dell'omessa dimostrazione di uno dei fatti costitutivi della pretesa, e dunque della superfluità di qualsiasi ulteriore istruttoria sugli altri fatti.

Giova infine ricordare che la copiosa giurisprudenza sull'onere di contestazione ha visto recentemente confermare i seguenti, consolidati orientamenti: l'accertamento della sussistenza di una contestazione ovvero di una non contestazione, rientra nel quadro dell'interpretazione del contenuto e dell'ampiezza dell'atto della parte, ed è rimessa all'apprezzamento del giudice di merito (Cass., 12 maggio 2020, n. 8813; Cass., 11 dicembre 2019, n. 32403, con il limite del vizio di motivazione nei soli casi in cui questo si riverberi però in un difetto logico della sentenza incanalabile nel nuovo art. 360, n. 5 c.p.c. e dunque, in sintesi, solo laddove il cattivo esercizio dei poteri concessi dall'art. 115 c.p.c. abbia prodotto l'omesso esame del fatto); la già accennata soggezione dell'organo giudicante agli effetti della non contestazione, dotata di "effetti vincolanti per il giudice, che deve ritenere sussistenti i fatti non contestati, astenendosi da qualsivoglia controllo probatorio in merito agli stessi" (Cass., 27 febbraio 2020, n. 5429); l'operatività del principio ai soli casi in cui i fatti allegati rientrino nella sfera di conoscibilità della parte chiamata alla contestazione, "non potendosi certo imporre ad una parte di prendere specifica posizione su fatti che le sono ignoti, ciò che peraltro contrasterebbe con il dovere della parte di comportarsi secondo lealtà e probità" (Trib. Massa, 9 gennaio 2020, in *www.dejure.it*);

Malgrado la consonanza al tema processuale, non sembra potersi leggere un parallelo alla decisione in commento nella recente precisazione, resa da Trib. Savona, 7 luglio 2020, in *www.dejure.it*, per cui "la generica allegazione della inidoneità probatoria delle fatture prodotte ai fini della prova del credito non è sufficiente ad assolvere all'onere di cui all'art. 115 c.p.c.". In quel caso infatti il contesto dell'opposizione a decreto ingiuntivo attribuiva un diverso significato all'osservazione di parte circa l'inidoneità delle fatture, vòlto *in primis* all'evidenziazione del fatto che gli stessi documenti, già utilizzati dal giudice della fase monitoria per l'emissione del decreto, non potevano assolvere funzione probatoria nel giudizio a cognizione piena originato dall'opposizione, e dunque correttamente il Tribunale di Savona ha escluso che l'affermazione della mancanza di prova dovesse interpretarsi come implicita contestazione del fatto ai fini di cui all'art. 115 c.p.c.

**Procedimenti cautelari e monitori**

# *Qualche novità sulla chiamata (diretta) del terzo nell'opposizione a decreto ingiuntivo*

di **Cecilia Vantaggiato**

**Cassazione civile sez. VI, 30/07/2020, n. 16336**

*Nell'opposizione a decreto ingiuntivo, la chiamata in causa del terzo è implicitamente autorizzata se il giudice pronuncia nel merito nei confronti del terzo*

*Allorché l'opponente a decreto ingiuntivo, pur avendo citato direttamente un terzo che intenda chiamare in causa, richieda al giudice nell'atto di opposizione, in via subordinata, l'autorizzazione di cui all'art. 269 c.p.c., rimane impedita la decadenza della chiamata, dovendosi peraltro intendere implicitamente autorizzata tale chiamata ove il giudice pronunci nel merito nei confronti del terzo.*

**CASO**

Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo intrapreso dal Condominio contro l'opposta C. s.r.l. (esecutrice di lavori di rifacimento della rete condominiale del gas), il Tribunale bresciano aveva dichiarato fondata la domanda di garanzia formulata dal Condominio opponente nei confronti della C.C. s.c.a r.l., quale amministratrice ritenuta responsabile dell'esecuzione dei lavori non autorizzati dall'assemblea.

La sentenza veniva impugnata avanti al giudice di seconde cure da C.C. s.c.a.r.l., che deduceva l'irritualità della propria chiamata in causa operata dall'opponente con citazione diretta senza previa autorizzazione del giudice *ex* art. 269 c.p.c. A seguito della pronuncia della corte d'appello che riconosceva l'avvenuta decadenza dalla facoltà di evocare in lite la terza, il Condominio proponeva ricorso per cassazione.

**SOLUZIONE**

La Corte di cassazione ha ritenuto insussistente la decadenza relativa alla chiamata in causa del terzo, allorché l'opponente a decreto ingiuntivo, pur avendo citato direttamente il terzo chiamato in causa, richieda al giudice nell'atto di opposizione, in via subordinata, l'autorizzazione di cui all'art. 269 c.p.c., dovendosi intendere implicitamente autorizzata tale chiamata ove il giudice pronunci nel merito nei confronti del terzo.

**QUESTIONI**

Nel caso di specie occorre verificare se sia ammissibile che l'opponente, pur formulando l'istanza di chiamata in causa in via subordinata, provveda a citare direttamente oltre all'opposta anche il terzo, nonostante il giudice non abbia disposto a riguardo né abbia fissato una nuova udienza ai sensi dell'art. 269 c.p.c.

In tema di chiamata del terzo nell'opposizione a decreto ingiuntivo si riscontrano diversi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali.

Parte della giurisprudenza di merito ritiene che, poiché sussiste in capo al tribunale il potere di valutare la comunanza di causa e le ragioni poste dal chiamante a fondamento della richiesta di intervento del terzo, anche nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo sia necessario che l'opponente formuli nell'atto introduttivo un'apposita istanza di autorizzazione alla chiamata di terzo, pena la nullità della chiamata stessa (così *ex multis* Trib. Milano 30/04/2008).

Altro orientamento ritiene, invece, che nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo si debba applicare il combinato disposto dell'art. 269, 3° comma, c.p.c. e dell'art. 183, 5° comma, c.p.c. e non l'art. 269, comma 2, c.p.c. (Trib. Verona ord. 19/04/2003) ove l'opposto, in quanto attore in senso sostanziale, intenda chiamare in causa un terzo, in conseguenza delle difese svolte dall'opponente, convenuto in senso sostanziale.

Di diverso avviso è la dottrina: l'attore opponente ha il diritto di chiamare in causa il terzo senza dover chiedere l'autorizzazione al giudice, citando il terzo direttamente per la prima udienza fissata nel rispetto dei termini per comparire: v. Ronco, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, 393 ss.; Tedoldi, *sub* art. 645, in Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella (diretto da), *Commentario del c.p.c.*, VII, 1, Torino, 2014, 766 ss.; Di Rosa, *Il procedimento di ingiunzione – Tutela monitoria nel processo civile e amministrativo – Decreto ingiuntivo – Giudizio di opposizione*, 2ª ed., Milano, 2002, 333 ss.; Manna, *La fase preparatoria del giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo dopo la l. 353/1990*, in *RDC*, 1996, II, 211 ss..

Tale ultimo indirizzo sembra essere seguito anche dalla maggior parte della giurisprudenza di merito, secondo cui in sede di opposizione a decreto ingiuntivo non è necessario che l'opponente chieda né il differimento dell'udienza né l'autorizzazione alla chiamata del terzo poiché, rivestendo la posizione di attore in senso formale e di convenuto in senso sostanziale, può chiamare direttamente il terzo per la stessa udienza da lui fissata per la comparizione (T. Torino 26.2.2008; T. Bologna 5.2.2008; T. Milano 28.9.2005; T. Catania 10.9.2004; T. Casale Monferrato 22.12.2003; T. Milano 28.11.2002; P. Matera 4.11.1998; P. Torino 31.7.1996).

Ad altra tesi, infine, aderisce la costante giurisprudenza della Corte di cassazione, secondo la quale, per effetto dell'opposizione, non si verifica alcuna inversione della posizione sostanziale delle parti nel giudizio contenzioso. Il creditore mantiene la veste di attore e l'opponente quella di convenuto; ciò esplica i suoi effetti non solo in tema di onere della prova, ma anche in ordine ai poteri e alle preclusioni processuali rispettivamente previsti per ciascuna delle parti. Ne consegue, secondo tale tesi, che il disposto dell'art. 269 cod. proc. civ., che disciplina le modalità della chiamata di terzo in causa, non si concilia con l'opposizione al

decreto, dovendo in ogni caso l'opponente citare unicamente il soggetto che ha ottenuto detto provvedimento e non potendo le parti originariamente essere altre che il soggetto che ha chiesto l'ingiunzione e il soggetto nei cui confronti la domanda è diretta, così che l'opponente deve necessariamente chiedere al giudice, con l'atto di opposizione, l'autorizzazione a chiamare in giudizio il terzo al quale ritenga comune la causa o dal quale pretenda di essere garantito, sulla base dell'esposizione dei fatti e delle considerazioni giuridiche contenute nel ricorso per decreto (così, Cass. Sez. 3, 15/05/2012, n. 7526 e da ultimo Cass. civ. Sez. II Ord., 26/08/2019, n. 21706, con nota di G. Stasio, *La Cassazione conferma che l'opponente a decreto ingiuntivo, per chiamare in causa un terzo, deve chiedere l'autorizzazione al giudice, ai sensi dell'art. 269 c.p.c., in quanto convenuto in senso sostanziale*, in www.eclegal.it del 15/10/2019; v. anche Cass. n. 4800 del 2007; Cass. n. 1175 del 2003, oltre che Cass. n. 7818 del 2000).

Nel caso di specie, l'opponente – oltre a citare l'opposta e direttamente la terza chiamata C.C. s.c. a r.l. – aveva comunque formulato in via subordinata l'istanza di autorizzazione alla chiamata in causa di terzo, senza che il Tribunale avesse provveduto al riguardo. Secondo quanto statuito dalle Sezioni Unite in tema di chiamata in causa di un terzo su istanza di parte, fuori delle ipotesi di litisconsorzio necessario di cui all'art. 102 cod. proc. civ., è discrezionale il provvedimento del giudice di fissazione di una nuova udienza per consentire la citazione del terzo, chiesta tempestivamente dal convenuto ai sensi dell'art. 269 cod. proc. civ.; conseguentemente, qualora sia stata chiesta dal convenuto la chiamata in causa del terzo, in manleva o in regresso, il giudice può rifiutare di fissare una nuova prima udienza per la costituzione del terzo, motivando la propria scelta sulla base di esigenze di economia processuale e di ragionevole durata del processo (Cass. sez. un. n. 4309 del 2010). Rientra, pertanto, nei poteri discrezionali del giudice istruttore autorizzare o non autorizzare la chiamata in causa, ma non anche autorizzare la chiamata tardiva e imporre al terzo chiamato di accettare il contraddittorio nello stato in cui la controversia si trova, così ledendone il diritto di difesa: sicché, se il terzo non presti adesione a tale stato ed eccepisca in via principale l'irritualità della chiamata e in via subordinata si difenda nel merito, le disposizioni sulle modalità e i termini della chiamata in causa di un terzo di cui agli artt. 167 e 269 c.p.c. non sono suscettibili di deroga (così Cass. Sez. 3, 06/07/2006, n. 15362).

Condivisibile è, nondimeno, il ragionamento della Corte nel caso in esame, avendo l'opponente provveduto sì a citare direttamente il terzo, ma anche a formulare l'istanza di autorizzazione tempestiva, sicché nessuna decadenza può essere invocata sul punto, essendosi il giudice di prime cure pronunciato sul merito della pretesa azionata dall'opponente contro il terzo chiamato e dovendo intendersi implicitamente autorizzata la chiamata di terzo proprio per effetto della disamina e della susseguente pronuncia sul merito nei confronti di quest'ultima.

12^ EDIZIONE
Master di specializzazione
DELEGATO NELLE VENDITE IMMOBILIARI
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

**Obbligazioni e contratti**

# *Il cessionario di un credito privo delle garanzie promesse ha sempre diritto al risarcimento del danno*

di **Paolo Cagliari**

**Cass. civ., sez. III, 15 giugno 2020, n. 11583 – Pres. Travaglino – Rel. D'Arrigo**

**Parole chiave**: Cessione di credito – Inesistenza della garanzia reale – Inadempimento del cedente – Sussistenza – Risarcimento del danno – Sussistenza

**[1] Massima**: *Nel caso di cessione del credito nominalmente assistito da una garanzia reale, qualora quest'ultima risulti nulla, prescritta, estinta o di grado inferiore rispetto a quello indicato dal cedente, il cessionario può agire nei confronti di quest'ultimo ancor prima di aver escusso il debitore ceduto, chiedendo il risarcimento del danno da inadempimento, senza necessità di domandare la risoluzione della cessione, poiché una diminuzione delle garanzie è in sé causativa di un danno patrimoniale immediato ed attuale, corrispondente alla diminuzione del valore di circolazione del credito.*

**Disposizioni applicate**: cod. civ., artt. 1218, 1223, 1260, 1263

**Parole chiave**: Cessione di credito – Risarcimento del danno – Diminuzione del valore di circolazione – Liquidazione equitativa – Criteri utilizzabili

**[2] Massima**: *La liquidazione del danno da diminuzione del valore di circolazione del credito ceduto, derivante dalla mancanza di una garanzia reale promessa dal cedente, deve essere parametrata, con giudizio necessariamente equitativo, alla maggiore prevedibile perdita in caso di insolvenza. Tuttavia, qualora il cessionario abbia già riscosso il credito in sede esecutiva e sia rimasto insoddisfatto, la liquidazione del danno per il vizio che rende impossibile escutere la garanzia non può avvenire più secondo un criterio prospettico, ma corrisponde in concreto alla minor somma fra la parte del credito rimasta insoddisfatta e l'importo ulteriore che il creditore avrebbe potuto riscuotere in sede esecutiva se egli avesse potuto espropriare il bene che avrebbe dovuto essere oggetto dell'ipoteca mancante.*

**Disposizioni applicate**: cod. civ., artt. 1218, 1223, 1226, 1263, 1266, 1267

**CASO**

Una banca cedeva, per un corrispettivo di € 400.000,00, i crediti (del valore nominale di € 1.752.065,81) vantati nei confronti di una società e garantiti da ipoteche iscritte su vari

immobili.

Al momento dell'espletamento delle formalità per l'annotazione della surroga in dette ipoteche, il cessionario apprendeva, tuttavia, che alcune di esse erano state precedentemente cancellate, all'esito dell'espropriazione forzata degli immobili che era stata promossa proprio dall'istituto di credito cedente.

Il cessionario agiva, quindi, in giudizio, lamentando il comportamento doloso del cedente e chiedendo il risarcimento dei danni.

La domanda del cessionario veniva accolta in primo grado, con sentenza confermata in appello, sicché il cedente proponeva ricorso per cassazione.

**SOLUZIONE**

[1] La Corte di cassazione ha affermato che il cessionario di un credito che non risulti assistito dalle garanzie reali promesse ha diritto di ottenere il risarcimento del danno, indipendentemente dal fatto di aver escusso o meno il debitore ceduto.

[2] Con riferimento, invece, ai criteri di liquidazione del danno, i giudici di legittimità hanno evidenziato che, dovendosi necessariamente procedere a una valutazione di carattere equitativo, dovrà essere considerata la diminuzione del valore di circolazione del credito, che assumerà contorni differenti a seconda che il cessionario abbia o meno provveduto all'escussione del debitore ceduto.

**QUESTIONI**

[1] L'interesse delle problematiche affrontate dalla sentenza che si annota emerge in tutta la sua evidenza se solo si considera che la Corte di cassazione, pur ravvisando l'inammissibilità del ricorso proposto dall'istituto di credito cedente, ha nondimeno ritenuto di dover esaminare le questioni con esso prospettate nell'interesse della legge.

In primo luogo, l'attenzione dei giudici di legittimità si è concentrata sulla possibilità per il cessionario di un credito che non abbia ancora promosso le azioni volte a realizzarlo – aggredendo il debitore ceduto – di agire nei confronti del cedente per ottenere il risarcimento del danno ascrivibile al fatto che il credito non risulta assistito dalle garanzie reali promesse.

Sotto questo profilo, è stato osservato che, costituendo la garanzia reale un diritto autonomo, ancorché collegato, rispetto al credito ceduto, il cedente che trasferisca al cessionario un credito assistito da ipoteche, delle quali alcune risultino estinte perché già escusse, si rende inadempiente agli impegni contrattualmente assunti, provocando un danno meritevole di essere risarcito.

Ciò in quanto il credito ha un valore di circolazione che dipende non solo dal suo importo

nominale, ma anche dalle garanzie (reali o personali) che lo assistono e dal tempo di riscossione, trattandosi di circostanze che influiscono sul suo grado di esigibilità e di realizzabilità.

Facendo propri concetti elaborati nell'ambito della matematica finanziaria, la sentenza annotata rileva come tale valore di circolazione si ottenga sottraendo al valore nominale del credito la perdita attesa in caso di inadempienza (*loss given default*), la cui determinazione è influenzata, da un lato, dall'entità delle garanzie che assistono il credito – risultando maggiore per quelli chirografari e, di converso, minore per quelli ipotecari – e, dall'altro lato, dal tempo che occorrerà per liquidare l'immobile costituito in garanzia (*time to liquidate*) e dal ricavato della vendita forzata (*recovery rate*).

In quest'ottica, l'inesistenza o l'invalidità di una garanzia (sia essa ipotecaria, pignoratizia o fideiussoria) incidono considerevolmente sul valore di circolazione del credito, rendendo meno sicuri i tempi e la misura della riscossione forzata in caso di inadempimento del debitore.

Poiché l'assenza della garanzia promessa è causa di per sé del minore valore di circolazione, il danno provocato al cessionario è risarcibile indipendentemente dal fatto che egli abbia già agito per l'escussione nei confronti del debitore ceduto; in questo senso, la situazione giuridica che, secondo i giudici di legittimità, è meritevole di tutela è l'aspettativa del cessionario di disporre di un bene (il credito ceduto) che presenti caratteristiche tali da rispecchiare il valore di circolazione che ragionevolmente poteva attendersi nel momento in cui è stata posta in essere la cessione, sicché non si tratta di salvaguardare l'aspetto inerente all'esistenza del credito (cui fa riferimento l'art. 1266 c.c.) o alla solvenza del debitore (considerato, invece, dall'art. 1267 c.c.).

In altre parole, parrebbe trattarsi di una sorta di danno *in re ipsa*, come tale risarcibile senza che il cessionario debba attendere ovvero provare l'avvenuta (infruttuosa) escussione del debitore ceduto, perché, attenendo al valore di circolazione del credito, viene in rilievo in un tempo necessariamente antecedente a quello in cui lo stesso sarà eventualmente incassato.

Da questo punto di vista, la pronuncia desta qualche perplessità, dal momento che, nel nostro ordinamento e pur a fronte delle aperture giurisprudenziali recentemente manifestatesi, il danno va sempre provato, giacché i cosiddetti danni punitivi possono essere riconosciuti soltanto nelle ipotesi tassativamente individuate dal legislatore o comunque riconducibili a fattispecie tipiche, nelle quali siano puntualizzati i limiti quantitativi delle condanne irrogabili e sussista proporzionalità tra risarcimento riparatorio-compensativo e risarcimento punitivo.

D'altra parte, anche in materia di compravendita, l'acquirente che agisca per ottenere il risarcimento del danno nei confronti del venditore è onerato della prova delle conseguenze dannose ascrivibili ai vizi della cosa e del nesso di causalità tra le une e gli altri (tra le tante, Cass. civ., sez. III, 31 luglio 2017, n. 18947), mentre l'art. 1518 c.c., il quale pone una presunzione di danno minimo in favore della parte non inadempiente nella vendita di cose mobili, è considerata norma eccezionale, applicabile solo quando si tratti di beni aventi prezzo

corrente stabilito per atto dell'autorità oppure risultante da listini di borsa o mercuriali, ai sensi dell'art. 1515, comma 3, c.c. (così Cass. civ. sez. II, 16 aprile 1994, n. 3614).

[2] Per quanto concerne la quantificazione del danno patito dal cessionario, i giudici di legittimità hanno osservato che il valore di circolazione del credito ha carattere prospettico, predittivo, esprimendo l'utilità che il creditore può trarre dalle vicende circolatorie del suo diritto.

Esso deve dunque essere parametrato – con giudizio necessariamente equitativo – alla misura in cui l'accresciuta prevedibile perdita in caso di insolvenza (dovuta all'assenza di garanzie che rafforzino le prospettive di incasso) ha ridotto il valore di circolazione del credito: in questo modo, riprendendo le parole impiegate nella sentenza che si annota, "*occorrerà ponderare la misura della probabilità in cui il debitore si renderà inadempiente e, nell'ambito di questa probabilità, prevedere quanto la mancanza della garanzia possa ridurre le aspettative di integrale soddisfazione del credito. Ad esempio, se il debitore è probabilmente adempiente e, comunque, è ampiamente patrimonializzato, il danno da riduzione del valore di circolazione del credito sarà minimo o prossimo allo zero; viceversa, se è altamente probabile che il debitore si riveli inadempiente (come quando la sua posizione sia stata girata "a sofferenza", secondo l'espressione in uso nel settore bancario) ed egli è impossidente, la perdita del valore di circolazione del credito è quasi interamente pari al suo valore nominale*".

Laddove, peraltro, nelle more del giudizio risarcitorio promosso dal cessionario, l'azione esecutiva da quest'ultimo intrapresa giunga a conclusione, non viene più in rilievo il valore di circolazione del credito (e, con esso, la possibilità di procedere alla liquidazione del danno secondo un criterio meramente prospettico), essendo per definizione venuti meno i presupposti per la circolazione (anche se, in effetti, a fronte di una soddisfazione solo parziale, il credito residuo sarebbe comunque suscettibile, almeno in astratto, di formare oggetto di ulteriore cessione; ma si tratta, verosimilmente, di ipotesi più che altro scolastica, tenuto conto della pressoché nulla appetibilità di un tale credito). In questo caso, il danno cagionato dal cedente al cessionario va individuato nella minore somma fra l'eventuale incapienza del ricavato dell'espropriazione forzata (corrispondente alla parte di credito rimasta insoddisfatta) e il presumibile valore per il quale il cessionario avrebbe partecipato al progetto di distribuzione, qualora fosse stato possibile procedere alla vendita dei beni che avrebbero dovuto essere gravati dall'ipoteca mancante.

Ne consegue, d'altro canto, che se il cessionario, nonostante l'assenza dell'ipoteca, sia rimasto comunque completamente soddisfatto, non vi è danno (salvo che, come precisato dai giudici di legittimità, il cessionario dimostri di avere perso, a causa della mancanza della garanzia, l'occasione di cedere a sua volta il credito a terzi a condizioni per lui più convenienti, quantomeno dal punto di vista della tempistica di riscossione); qualora, invece, il cessionario sia rimasto insoddisfatto per un importo superiore rispetto a quello che si sarebbe potuto ottenere dalla vendita forzata del bene che avrebbe dovuto essere ipotecato, è quest'ultimo importo a rappresentare il danno risarcibile.

Master di specializzazione
IMPATTO DEL CORONAVIRUS SUI CONTRATTI E SUL DIRITTO COMMERCIALE
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

**Proprietà e diritti reali**

# *L'exceptio doli e la garanzia fideiussoria ai tempi del Covid19*

di **Saverio Luppino**

**Tribunale Civile di Bologna, ordinanza del 7 maggio 2020 n. 4877, dott. M. Gattuso (inedita)**

*"Nel contratto autonomo di garanzia l'abusività della richiesta di garanzia, ai fini dell'accoglimento dell'exceptio doli, deve risultare prima facie o comunque da una prova c.d. liquida, cioè di pronta soluzione che il garante è tenuto a fornire mentre non possono essere addotte a suo fondamento circostanze fattuali idonee a costituire oggetto di accezione di merito opponibile dal debitore garantito al creditore beneficiario della garanzia, in ragione dell'inopponibilità da parte del garante di eccezioni di merito proprie del rapporto principale. Il debitore può avvalersi del rimedio generale dell'exceptio doli purché alleghi e dimostri la condotta abusiva del creditore che abbia escusso la garanzia in carenza del diritto di credito, al fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento e/o all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio al debitore.* ***Il giudice della cautela può e deve inibire, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., il pagamento da parte del garante soltanto quando sussista la prova liquida dell'abusività dell'escussione."***

*"La norma speciale di cui all'art. 3 comma 6 bis del D.L. n. 6/2020 esonera certamente il debitore dall'onere di provare il carattere imprevedibile e straordinario degli eventi che hanno reso impossibile la prestazione dedotta nel contratto, chiarendo che il rispetto delle misure di contenimento deve essere "sempre valutato" dal giudice, ma non pare prefigurare una generale sospensione ope legis dei termini di pagamento*".

**CASO**

Mediante ricorso cautelare in corso di causa, ex art. 700 c.p.c. – presentato dinanzi al Tribunale di Bologna – più società chiedevano l'inibizione del pagamento da parte della Banca garante di "fideiussioni a prima richiesta", a beneficio di società creditrici.

In via subordinata, le debitrici ricorrenti domandavano la proroga del termine di pagamento nei confronti delle società creditrici, in ragione della "*propria temporanea condizione di difficoltà*" conseguente all'attuale emergenza sanitaria.

Le ricorrenti, sollevavano, dunque, l'*exceptio doli* della escussione, in forza "*dell'incontestata incidenza, in danno delle ricorrenti, della emergenza collegata al COVID-19" ed alla assenza di ragioni* preordinate a giustificare il rifiuto, opposto al richiesto differimento di un termine di pagamento" da parte delle creditrici e dell'istituto bancario.

**SOLUZIONE**

Il Tribunale di Bologna, accertata l'assenza di una prova "liquida ed incontrovertibile" dell'asserita **abusività** dell'eventuale escussione, rigettava il ricorso delle società ricorrenti, parimenti offrendo un'attenta valutazione della portata della disciplina emergenziale di cui all'art. art. 3 comma 6 bis del D.L. 23 febbraio 2020 n. 6 (comma inserito all'art. 91 del D.L. 17 marzo 2020 n.18), **in materia di ritardi o omessi adempimenti del debitore, in periodo emergenziale.**

**QUESTIONI**

Il **contratto autonomo di garanzia**, espressione del principio di autonomia negoziale ex art. 1322 c.c., ha la finalità di tenere indenne il creditore dalle conseguenze derivanti dall'inadempimento della prestazione gravante sul debitore principale, consentendogli di ottenere l'immediata escussione della garanzia. La causa del contratto autonomo, dunque, riguarda il trasferimento da un soggetto ad un altro, del rischio economico discendente dalla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale.

Caratteristiche distintive del contratto autonomo di garanzia, rispetto alla fideiussione, sono l'assenza dell'elemento dell'accessorietà e l'inapplicabilità dell'art. 1945 c.c.; e da ciò consegue che "*il garante è obbligato a pagare senza il preventivo accertamento dell'inadempimento del debitore che non è tenuto a preavvisare, come invece stabilito per la fideiussione all'art. 1952 primo comma, cod. civ., non potendo opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, salvo l'"exceptio doli". Spetta, pertanto al garante che voglia dimostrare la natura fraudolenta od abusiva della richiesta di escussione della garanzia la prova dell'esatto adempimento del debitore."****[1]** In particolare, l'***exceptio doli*****,** ovvero l'eccezione di dolo, **pone al riparo il garante da eventuali escussioni abusive o fraudolente, purché faccia valere – sussistendone prova liquida ed incontrovertibile – la condotta abusiva del creditore**[2]. Occorre, dunque, che la sussistenza del *fumus* del dolo risulti da prove univoche e liquide, ovvero di pronta soluzione; giacché non sono ammissibili circostanze fattuali o mere difese.

In ordine al caso in rassegna, dalla lettura del ricorso cautelare, il tribunale felsineo desumeva che le ricorrenti motivavano l'asserito carattere abusivo dell'escussione, non tanto in relazione alla richiesta di riduzione del prezzo, quanto in relazione alla propria temporanea difficoltà conseguente alla emergenza sanitaria da COVID-19. A tal riguardo, dunque, il giudice adito escludeva che l'eventuale escussione della garanzia potesse assumere – in carenza di fondata e piena prova dell'insussistenza del diritto di credito – carattere fraudolento, esclusivamente in ragione delle difficoltà, peraltro temporanee, delle attrici.

Un diverso approdo, a ben vedere della medesima Curia, non era consentito neppure facendo appello alla disciplina emergenziale da COVID-19, ovvero, all'**art. 91 del D.L. 17 marzo 2020 n. 18**, in quanto la norma "emergenziale", introduce **l'obbligo per i giudici di "valutare" l'incidenza del rispetto delle misure del contenimento ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore**, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti".

La disposizione, secondo il giudicante, ha riguardo, quale esimente della responsabilità del debitore esclusivamente alla sopravvenuta impossibilità di quest'ultimo di adempiere alle proprie obbligazioni, a causa delle restrizioni su di lui gravanti in quanto impostegli dall'autorità, ovverossia le misure di contenimento del virus (c.d. *factum principis*); e non ad una generica impossibilità di adempimento in conseguenza della pandemia.

Per di più, **la disposizione di cui all'art. 91**, secondo la ricostruzione del tribunale bolognese, **non appare applicabile all'adempimento di obbligazioni pecuniarie, posto che l'art. 1218 c.c.** prescrive quale esimente della responsabilità del debitore **una oggettiva impossibilità della prestazione,** e non già una mera impossibilità soggettiva di adempiere, quale ad esempio la mancanza di liquidità (*genus nunquam perit).*

Ad ogni modo, anche accedendo ad una esegesi estensiva della norma, ovverossia pur volendo supporre che l'emergenza sanitaria rientri nel novero della fattispecie di cui all'art. 1218 c.c., e cioè renda "oggettivamente" impossibile il pagamento; va osservato **che le ricorrenti deducevano esclusivamente una condizione "grave difficoltà" economica e non una effettiva ed incontrovertibile "impossibilità" di adempiere alle proprie obbligazioni di pagamento.**

In buona sostanza, quindi, la norma speciale di cui all'**art. 91**, pur esonerando il debitore dall'onere probatorio circa l'imprevedibilità ed straordinarietà degli eventi, **non apporta "una generale sospensione *ope legis* dei termini di pagamento"** (contemplata, invece, dal Legislatore solo in relazione a fattispecie specifiche, tipiche, quali ad esempio per i soli soggetti residenti, con sede operativa o esercitanti la propria attività nella prima zona rossa, di Lodi e dintorni ex art. 10, comma 4^ DL 2.3.2020 n.9); ma introduce esclusivamente un obbligo gravante in capo al giudice di verificare: "*una prudente valutazione dell'effettiva esigibilità della prestazione*".

La formulazione scelta, quindi, pure nella sua esegesi più ampia, pare orientata ad un contemperamento concreto degli interessi coinvolti e delle ragioni del debitore e del creditore, verificando in che misura questi siano colpiti dalle misure di contenimento, con una cauta valutazione dell'effettiva esigibilità della prestazione, anche in relazione ai doveri di correttezza e solidarietà sociale, sulla base dei fatti allegati.

Rispetto, infine, alla richiesta gradata, formulata da parte ricorrente, ovverossia **la posticipazione della scadenza del pagamento**, il giudicante osservava che anche sotto il profilo del *periculum*, parte attrice non allegava in modo preciso e circostanziato quale diverso pregiudizio, imminente e irreparabile, avrebbe conseguito dalla escussione della garanzia alla data di sua scadenza e al pagamento da parte dell'istituto bancario, attesa l'assenza effettiva di una procedura esecutiva in corso e ponendosi il problema del periculum effettivo, solo allorquando escussa la garanzia e versato il relativo importo, l'istituto di credito, agisca in regresso nei confronti del debitore.

Tutto ciò premesso e considerato, il Tribunale di Bologna rigettava il ricorso cautelare ex. art. 700 c.p.c., in virtù **dell'assenza di prova "liquida e incontrovertibile"** dell'asserita abusività dell'eventuale escussione; e dell'**impossibilità di applicare al caso di specie, neppure**

**estensivamente, la normativa emergenziale ex. art 91** in materia di ritardi o omessi adempimenti del debitore, al caso di specie.

[1] Corte di Cassazione, Sezione 3, Civile, Sentenza del 12 dicembre 2008 n. 29215; nel medesimo senso: Corte di Cassazione, Sezione 3, Civile, Ordinanza del 11 dicembre 2018 n. 31956.

[2] Corte di Cassazione, Sezione 1, Civile, Sentenza del 21 giugno 2018 n. 16345; nel medesimo senso: Corte di Cassazione, Sezione 3, Civile, Sentenza del 22 novembre 2019 n. 30509

**Diritto successorio e donazioni**

# *L'amministrazione di sostegno e le disposizioni testamentarie a favore dell'amministratore*

di **Corrado De Rosa**

**Cass. Civ. , Sez. II 4 marzo 2020 n. 6079 – TEDESCO – Presidente, OLIVA – Relatore**

**Amministrazione di sostegno – testamento olografo – incapacità del tutore e del protutore**

(C.c., artt. c.c. 411-591- 596)

"*In assenza di divieto previsto dalla legge, nel caso dell'amministrazione di mera assistenza il beneficiato è pienamente capace di disporre del suo patrimonio, anche per testamento e con disposizione in favore dell'amministratore di sostegno, a prescindere dalla circostanza che tra i due soggetti (amministratore e beneficiato) sussistano vincoli di parentela di qualsiasi genere, o di coniugio, ovvero una stabile condizione di convivenza – la quale ultima è stata evidentemente ritenuta dal legislatore, ai fini che qui interessano ed in funzione del suo connotato di stabilità e del vincolo affettivo che essa implica, assimilabile al rapporto coniugale.*"

**CASO**

Nel 2005 A.G., L. e S. convocano in giudizio innanzi il Tribunale di Palermo D.M. e C. B. chiedendo l'annullamento o la nullità del testamento olografo di Ag. Gi. e l'apertura della successione legittima dello stesso. In particolare, con le disposizioni testamentarie, redatte nel 2003, il *de cuius* aveva: i) istituito erede il proprio curatore D.M. attribuendogli tutta la quota disponibile dell'asse; ii) devoluto alla convivente C.B. una rendita vitalizia annuale pari alla metà dei frutti della predetta quota disponibile; iii) riservato ai figli solo la quota legittima al netto delle elargizioni ricevute dagli stessi durante la vita del testatore e di quanto trattenuto senza titolo sull'eredità della madre del testatore. Per la loro domanda, gli attori deducevano che il padre avesse redatto il testamento in condizione di incapacità naturale o comunque determinato da un vizio di volontà. Inoltre, sostenevano che il curatore del soggetto inabilitato, quale il convenuto D.M., dovesse essere ritenuto incapace di succedere al proprio assistito al pari di quanto accade per la figura del tutore ex art. 596 c.c. . I giudici di merito rigettarono la domanda ritenendo non raggiunta la prova dell'incapacità naturale sia di errore, violenza o dolo. In sede d'Appello, la Corte aggiunse che l'incapacità naturale del *de cuius* fosse esclusa in radice in virtù della sentenza del 21.03.12 che ne revocava la precedente interdizione, dichiarandolo solamente inabilitato. Ricorrono per la cassazione i figli del *de cuius*. Gli appellanti sostengono la disparità di trattamento e l'incostituzionalità della norma ex art. 596 c.c., rispetto alla figura del curatore dell'inabilitato, ritenendo che l'applicazione

residuale ex art. 411 c.c. si debba integrare, a maggior ragione, all'istituto della curatela.

**SOLUZIONE**

La Corte di Cassazione, nella pronuncia in commento, afferma come l'errore della parte ricorrente sembra quello di ritenere che gli istituti della tutela dell'interdetto, della curatela dell'inabilitato e dell'amministrazione di sostegno corrispondano a gradi decrescenti di inattitudine a curare i propri affari, o di infermità. In particolare, la parte ricorrente ritiene che gli articoli 596, 597 e 598 c.c., stabilendo l'incapacità del tutore dell'interdetto a succedere per testamento, dovrebbero essere applicati anche all'inabilitato in quanto si applicano, seppur in via residuale, all'amministrazione di sostegno la quale esige un minor grado di infermità rispetto all'istituto della inabilitazione. La pronuncia elaborata dalla Corte, benché la fattispecie riguardasse un testamento redatto da un soggetto inabilitato, si impernia, a causa della reiterata posizione assunta dalla ricorrente, sull'istituito dell'amministrazione di sostegno. Sul tema, la Corte afferma che: i) l'amministrazione di sostegno non rappresenta un *quid minus* rispetto all'istituto dell'interdizione o inabilitazione e l'ambito di applicazione non può essere individuato con riguardo al meno inteso grado di infermità ma rispetto "*alla maggiore idoneità di tale strumento ad adeguarsi alle esigenze di detto soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa*"; ii) vanno distinte diverse ipotesi di amministrazione di sostegno c.d. sostitutiva o mista e l'amministrazione puramente di assistenza: nella prima l'amministrazione si avvicina molto alla tutela in quanto l'amministrato, pur non essendo incapace di compiere atti giuridici, non è in grado di determinarsi senza un aiuto attivo dell'amministratore, a contrario, nella seconda, l'amministrazione è simile alla curatela, per la quale l'ordinamento non prevede i divieti di ricevere testamento e donazione; iii) per l'ultima tipologia, in assenza di un esplicito divieto, il beneficiario può disporre del suo patrimonio a favore dell'amministratore, anche tramite disposizioni testamentarie, a prescindere che sussistano vincoli di parentela, di coniugio o una convivenza ex art. 411 c.c. ; iv) la mancata inclusione delle disposizioni testamentarie a favore dell'amministratore oltre il quarto grado non comporta automaticamente l'invalidità o l'inefficacia delle disposizioni testamentarie, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente; v) all'amministratore di sostegno, in linea generale, non è preclusa la capacità di succedere per testamento al proprio assistito, potendosi configurare un siffatto limite soltanto con riguardo ai casi di amministrazione mista o sostitutiva, in coerenza con la normativa prevista in tema di tutela.

**QUESTIONI**

Benché la sentenza abbia statuito in merito all'amministrazione di sostegno, sembra utile precisare che l'inabilitato non è un soggetto incapace in quanto le regole fissate dall'articolo 591 c.c. si ritengono tassative e non danno menzione dell'incapacità dell'inabilitato (*G. Capozzi, Successioni e donazioni, Giuffrè, Milano, 2015, p. 666*). Secondo la legge, sono incapaci di testare coloro che sono privi della capacità di agire ovvero i minori, gli interdetti e coloro che, per qualsiasi causa, anche transitoria, si provi essere stati incapaci d'intendere e di volere. Inoltre, l'incapacità del testatore "*postula l'esistenza non già di una semplice anomalia o alterazione delle*

*facoltà psichiche ed intellettive del de cuius, bensì la prova che, a cagione di una infermità transitoria o permanente, ovvero di altra causa perturbatrice, il soggetto sia stato privo in modo assoluto, al momento della redazione dell'atto di ultima volontà, della coscienza dei propri atti ovvero della capacità di autodeterminarsi*" (*Cass. 30 novembre 2017 n. 28758*). Per tale motivo, come è stato osservato, gli attori, oltre a sostenere l'incapacità naturale del testatore e la coartazione dello stesso, affermavano l'incostituzionalità dell'art. 596 c.c. al fine di eliminare, per lo meno, la disposizione testamentaria a favore del curatore. Come osservato, la Corte di Cassazione ha, dapprima, evidenziato come la differenza tra interdizione/inabilitazione e amministrazione di sostegno non stia nel maggiore o minor grado di infermità ma nella "*maggiore idoneità dello strumento ad adeguarsi alle esigenze del soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa; pertanto appartiene all'apprezzamento del giudice di merito la valutazione della conformità di tale misura alle suindicate esigenze, tenuto conto essenzialmente del tipo di attività che deve essere compiuta per conto del beneficiario e considerate anche la gravità e la durata della malattia, ovvero la natura e la durata dell'impedimento*" (*Cass. 26 luglio 2013, n. 18171*). A causa della reiterata declaratoria di incostituzionalità, la pronuncia in commento ha, principalmente, statuito in merito all'istituto dell'amministrazione di sostegno. La figura dell'amministratore di sostegno, introdotta con la legge n. 6 del 2004, ha il compito di affiancare la persona che, per effetto di infermità o di menomazione, si trovi nell'impossibilità, temporanea o parziale, di provvedere ai propri interessi. Per tale misura protettiva si richiede al giudice una doppia valutazione: i) sul requisito soggettivo, la sussistenza di un'infermità o di una menomazione; ii) sul requisito oggettivo, incidenza di tali condizioni sulla capacità del soggetto di gestire i propri interessi (*Cass. 4 febbraio 2014, n. 2364*). Le norme che ne regolano la disciplina, ossia gli articoli dal 404 al 413 del c.c., richiamano un consistente numero di disposizioni relative alla tutela dell'interdetto giudiziale e, in particolare, l'articolo 411 c.c., oltre ad affermare che all'amministrazione di sostegno si applicano le regole di cui agli art. 596, 597 e 598 c.c., stabilisce che il giudice tutelare può estendere al beneficiario dell'amministrazione di sostegno le norme dettate in tema d'interdizione e d'inabilitazione. Per tale richiamo in dottrina ci si è chiesti se l'amministratore di sostegno fosse munito della capacità di testare. Su tal punto, la dottrina ha dato risposta affermativa, salvo che, ex art. 411 c.c., il giudice tutelare abbia adottato un provvedimento stabilendo che "*determinati effetti, limitazioni o decadenze previsti da disposizioni di legge per l'interdetto e l'inabilitato si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno*" (*A. Auciello, La volontaria giurisdizione, Milano, Giuffrè, 2015, p. 283*; *G. Capozzi, Successioni e donazioni, Giuffrè, Milano, 2015, p. 670*; *L. Genghini, La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia, Cedam, Padova, 2010, p.741*). Nello stesso senso si è espressa la giurisprudenza, confermando la capacità di testare del beneficiario dell'amministrazione di sostegno in quanto "*in tema di amministrazione di sostegno, il giudice tutelare può prevedere d'ufficio la limitazione della capacità di testare o donare del beneficiario, ove le sue condizioni psico-fisiche non gli consentano di esprimere una libera e consapevole volontà, essendo tuttavia esclusa la possibilità di estendere in via analogica l'incapacità di testare, prevista per l'interdetto dall'art. 591 c.c., comma 2, al beneficiario dell'amministrazione di sostegno*" (*Cass. 21 maggio 2018, n. 12460*). Sulla stessa onda, la sentenza in commento evidenzia come il richiamo affermato delle norme in tema di interdizione debba avvenire essere "in quanto compatibile" sulla base delle concrete esigenze

del soggetto beneficiario dell'amministrazione di sostegno mentre deve essere esclusa "*l'automatica estensione anche all'amministratore di sostegno di tutte le prescrizioni contenute nelle norme oggetto del rinvio, inclusa quella relativa all'incapacità di succedere all'assistito*". Inoltre, il rinvio all'art 596 c.c. risulta calzante in caso di amministrazione di sostegno c.d. sostitutiva mentre non può esservi un rinvio in caso di amministrazione c.d. mista, simile alla curatela, per carenza di incompatibilità. Da quanto osservato discende che, in assenza di divieto previsto dalla legge, nel caso dell'amministrazione di mera assistenza il beneficiato è pienamente capace di disporre del suo patrimonio, anche per testamento e con disposizione in favore dell'amministratore di sostegno. La capacità a succedere è prevista, afferma la Corte, "*a prescindere dalla circostanza che tra i due soggetti (amministratore e beneficiato) sussistano vincoli di parentela di qualsiasi genere, o di coniugio, ovvero una stabile condizione di convivenza*".

**Diritto e reati societari**

# *Arbitrato internazionale societario e nullità della clausola compromissoria*

di **Virginie Lopes**

Corte d'Appello di Genova, Sezione I, Sentenza n. 649 del 9 luglio 2020

**Parole chiave**: Società – Società di capitali – Statuto – Clausola compromissoria – Meccanismo di nomina degli arbitri – Nullità

**Massima**: A norma dell'art. 34, comma 2, D. Lgs. 5/2003, sussiste la nullità della convenzione di arbitrato unicamente laddove la clausola compromissoria non devolva la nomina degli arbitri ad un soggetto esterno alla società, mentre non è prevista alcuna ipotesi di nullità negli artt. 35 e 36 D. Lgs. 5/2003, i quali afferiscono a questioni di natura meramente processuale.

**Disposizioni applicate**: artt. 34-36 D. Lgs. 5/2003 – artt. 1343-1345 c.c.

Nel caso in esame, la Corte d'Appello di Genova è stata chiamata a pronunciarsi in merito all'**opposizione ad un decreto di riconoscimento di lodo arbitrale straniero** emesso in forza di una **clausola compromissoria contenuta nello statuto di una S.p.A.** di diritto italiano, la quale prevedeva un procedimento arbitrale amministrato dalla Camera di Commercio Internazionale con sede in Svizzera, con applicazione della legge processuale svizzera e della legge sostanziale italiana.

Nella specie, era stata devoluta agli arbitri una controversia vertente su un'**azione di responsabilità della società** nei confronti di un suo **amministratore** che, costituitosi nel procedimento arbitrale, aveva eccepito la nullità della clausola compromissoria.

Successivamente, a fronte del parziale accoglimento delle sue domande dal lodo arbitrale, la società aveva chiesto alla Corte d'Appello di Genova di riconoscere il lodo, sennonché il convenuto/amministratore aveva proposto opposizione avverso il decreto di riconoscimento del lodo, eccependo, in particolare, che il lodo non sarebbe stato riconoscibile in Italia in ragione della **nullità della clausola compromissoria per arbitrato internazionale societario**. Più nello specifico, l'amministratore, divenuto attore, eccepiva la violazione di norme imperative, considerando che la clausola compromissoria fosse in **contrasto con la disciplina inderogabile di cui agli artt. 34-36 D. Lgs. 5/2003** in materia di clausole compromissorie contenute negli statuti di società aventi sede in Italia e la **frode alla legge ai sensi degli artt. 1343-1345 c.c.**. La contestazione dell'amministratore risiedeva nella mancata impugnabilità, ai sensi dell'applicabile legge processuale svizzera, del lodo nei casi di cui agli artt. D. Lgs. 5/2003.

La Corte territoriale ligure ha sottolineato come la clausola compromissoria contenuta nello statuto della società:

***(i)*** fissasse la sede dell'arbitrato a Ginevra, determinando cosi? la nazionalità dell'arbitrato ed individuando nella **legge svizzera la legge processuale** (*lex arbitri*), ai sensi degli artt. 816 e 810, comma 3, c.p.c. e

***(ii)*** disponesse che gli arbitri dovessero applicare le disposizioni di cui al codice civile, ovvero che la **legge italiana** fosse la **legge sostanziale** (*lex causae*) in base alla quale gli arbitri avrebbero dovuto decidere il merito della controversia.

Una volta chiarito che la legge processuale applicabile all'arbitrato fosse quindi quella svizzera e la legge sostanziale quella italiana, la Corte d'Appello ha indicato che la validità della clausola compromissoria andava valutata non secondo la legge processuale, bensì secondo la legge sostanziale applicabile.

Orbene, la Corte ligure ha sottolineato che ***(i)*** l'art. 34, comma 2, D. Lgs. 5/2003 commina la **nullità della convenzione di arbitrato solo laddove la clausola compromissoria non devolva la nomina degli arbitri a un soggetto esterno alla società**, mentre ***(ii)*** l'art. 35 D. Lgs. 5/2003 reca la "*disciplina inderogabile del procedimento arbitrale*" societario italiano, precisando che non fosse applicabile a quel procedimento arbitrale, in quanto retto, come detto, dalla legge processuale svizzera, e ***(iii)*** l'art. 36 D. Lgs. 5/2003 non prescrive il contenuto della clausola compromissoria, bensì disciplina le impugnazioni dei lodi interni emessi in esito a procedimenti arbitrali aventi sede in Italia e si applica solo e soltanto ai procedimenti arbitrali aventi sede in Italia (diversamente da quanto avvenuto in specie).

In quanto alla contestazione dell'amministratore con riguardo al fatto che la scelta della sede svizzera dell'arbitrato determinerebbe la frode alla legge, la Corte d'Appello di Genova ha sottolineato che non vi era stato alcun tentativo di aggirare un divieto, giacché **l'arbitrato estero non e? escluso dalle previsioni in materia di arbitrato societario**, e che, nel caso di specie, **le garanzie ritenute inderogabili dall'amministratore** (quali, ad esempio, quelle in tema di impugnazioni) **non fossero state disattese**, posto che il lodo arbitrale fosse in ogni caso impugnabile secondo i rimedi di cui all'art. 190 della Legge svizzera sul diritto internazionale privato, applicabile al suddetto procedimento arbitrale.

A tale ultimo riguardo, l'affermazione della Corte d'Appello di Genova secondo cui l'arbitrato estero non e? escluso dalle previsioni in materia di arbitrato societario è probabilmente quella di maggior interesse a parere di chi scrive, proprio perché fa di questa sentenza un precedente a favore dell'ammissibilità dell'arbitrato internazionale societario.

Master di specializzazione
CONSULENZA SOCIETARIA AI TEMPI DEL COVID-19
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

**Procedure concorsuali e Diritto fallimentare**

# *Piano del consumatore, grado della colpa ai fini del giudizio di meritevolezza e ludopatia*

di **Carlo Trentini**

Trib. di Vicenza, 24 settembre 2020 – presidente ed estensore G. Limitone

## La questione affrontata

Investito da un reclamo avverso il decreto di omologazione di un piano del consumatore, il Tribunale di Vicenza è stato chiamato a risolvere, fondamentalmente, la questione se potesse riconoscersi, in capo alla debitrice, il c.d. requisito della meritevolezza, i.e. della non addebitabilità alla stessa del sovraindebitamento. Dopo una disamina delle ragioni dell'insorgenza dell'indebitamento (da ascriversi all'onere per gravose spese mediche, a un disturbo ludopatico e all'incremento del debito per interessi su una serie di finanziamenti), il tribunale conclude per il rigetto del reclamo, motivando la decisione sulla base dell'inesistenza della colpa grave in capo alla debitrice sovraindebitata, principalmente sulla scorta dell'affermazione che, interpretando le disposizioni della legge speciale n. 3/2012 alla luce del *favor* che accompagna le procedure di composizione del sovraindebitamento e l'istituto dell'esdebitazione, si deve applicare, anticipatamente rispetto all'entrata in vigore del c.c.i.i., la regola di questo, secondo cui il difetto di meritevolezza, ostativo all'omologazione del piano del consumatore, è determinato non da una colpa di qualsivoglia grado, ma soltanto da una colpa grave, che, nel caso di specie, il tribunale berico non ravvisa.

## I termini della questione

Ancorché altri passi della decisione meriterebbero un approfondimento (in particolare, la questione della nozione di sovraindebitamento, da ricondursi non soltanto allo stato d'insolvenza, ma anche allo squilibrio, patrimoniale, tra attività e passività), i limiti di ampiezza di questo contributo impongono di restringere la disamina a due distinte, se pur connesse, questioni, di particolare rilievo per la loro frequenza nell'ambito delle procedure da sovraindebitamento: la rilevanza del vizio del gioco (in termini psicologici, la ludopatia) e il grado della colpa del debitore nell'aver causato il proprio sovraindebitamento; più specificamente, se è impeditiva dell'omologazione una colpa di grado medio (se non addirittura lieve) ovvero se è richiesta una colpa grave, dovendosi sin d'ora precisare che, a stare alla lettera della legge, ad escludere la meritevolezza sembrerebbe sufficiente una qualsiasi colpa, nel regime della legge speciale del 2012, oggi vigente – mentre sarebbe richiesta una colpa grave, secondo la disciplina del c.c.i.i. (quanto meno secondo il testo licenziato, e salvo ripensamenti che possano scaturire dall'atteso decreto correttivo).

Quanto ai debiti contratti per ragioni voluttuarie, in particolare da parte di chi sia dedito al gioco, la giurisprudenza sembra distinguere tra chi è affetto da un vero e proprio disturbo psicologico (ludopatia) e chi ha semplicemente sperperato il proprio patrimonio e si è indebitato per essere dedito al gioco, non in chiave patologica[1]: nel primo caso, la meritevolezza non è esclusa, per evidente difetto d'imputabilità (chi è malato non è colpevole, di per sé, della sua malattia); nel secondo caso, al contrario, chi si è sovraindebitato per aver sperperato i soldi al gioco non è certo immune da colpa. Il Tribunale di Vicenza dà conto del percorso terapeutico intrapreso dalla debitrice e, correttamente, perviene ad escludere che il suo disturbo possa far concludere per la sua immeritevolezza.

Il tema del grado della colpa nelle procedure di composizione della crisi del consumatore – che è il punto cruciale della decisione – è risolto in modo diverso nella legge speciale del 2012 e nel c.c.i.i.

Il c.c.i.i. (art. 69, comma 1, parte finale) annovera, quale ultima delle condizioni soggettive ostative all'omologazione, l'aver, il debitore, "determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode".

Si noti come la disposizione richieda una "colpa grave": il c.c.i.i. detta dunque una disciplina meno rigorosa rispetto a quella della legge speciale, a tenore della quale è inammissibile la domanda proposta dal sovraindebitato il cui stato oggettivo sia dipeso (da dolo o anche) da colpa non qualificata[2]. A tale proposito, si ricordi che, a norma dell'art. 12-*bis*, comma 3, l. 3/2012, per poter omologare il piano del consumatore il giudice deve escludere che il debitore abbia assunto obbligazioni "senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere" e che il debitore abbia "colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali". Come si può constatare, nella legge speciale, è ostativa all'omologazione una colpa non necessariamente grave; è sufficiente che siano stati contratti debiti senza la "ragionevole prospettiva" di poterli adempiere, ciò che segnala indubbiamente una colpa, ma non certo una colpa particolarmente grave; così come è sufficiente ad escludere l'esito positivo della procedura che il debitore si sia sovraindebitato in misura sproporzionata rispetto alle sue capacità; anche questa ipotesi segnala una condotta colposa, ma non un'imprudenza o una negligenza massime.

Il c.c.i.i. richiede, invece, che la colpa sia "grave".

E' difficile, esaminando le ipotesi considerate dalla giurisprudenza, che hanno affermato l'addebitabilità o imputabilità del sovraindebitamento al ricorrente, distinguere il grado della colpa. In particolare, può ritenersi colpa grave l'aver aggiunto nuovi debiti a quelli preesistenti, anziché accedere ad un nuovo finanziamento con cui estinguere le precedenti esposizioni, riducendo l'onere finanziario per interessi[3]? Ove il debitore abbia contratto più finanziamenti, per un ammontare di rimborsi rateali che eccede un terzo del suo reddito mensile[4], può affermarsi che l'indebitamento è stato determinato da colpa grave?

Premesso che la questione del grado della colpa è questione molto delicata, in cui la

discrezionalità del giudicante finisce inevitabilmente per giocare un ruolo decisivo, è indubbio che il c.c.i.i. segua una linea di minore rigore rispetto all'interpretazione accolta della legge speciale. Se, come è pacifico, la colpa grave denota un grado di negligenza o imprudenza particolarmente elevati[5], deve dirsi che non basta aver semplicemente ecceduto, aver mal calcolato la capacità di rimborso, non aver tenuto conto di possibili difficoltà ovvero di eventuali, future, riduzioni delle capacità di reddito; perché si possa affermare la ricorrenza della condizione soggettiva ostativa, occorre che il debitore sia stato assai avventato, che la sua imprudenza rasenti l'irragionevolezza, etc.

In questo quadro, complesso, ma non confuso, il Tribunale di Vicenza opta per seguire la tesi più favorevole al debitore, anticipando la disciplina del c.c.i.i. e giustificando tale opzione interpretativa con l'invocazione del *favor* verso le procedure di composizione del sovraindebitamento[6].

**Conclusioni**

Non abbiamo certamente rilievi di sorta circa la posizione assunta nella decisione in rassegna quanto alla non imputabilità del disturbo ludopatico; chi soffre di simili disturbi è capace di intendere, ma non di volere, come esattamente si legge nel provvedimento, e un giudizio d'immeritevolezza sarebbe palesemente fuori luogo.

Più difficile, invece, ci risulta condividere la decisione nella parte in cui dichiara di voler "anticipare" la disciplina del c.c.i.i., ancorché *sub specie* d'interpretare la normativa vigente alla luce della corrispondente disciplina del c.c.i.i. Se la legge n. 3/2012 è tuttora vigente, essa, e non altra, è quella da applicarsi; ricorrere al *favor* può servire come elemento di conforto ad una certa interpretazione, non può servire, né tanto meno bastare, per rovesciare una chiara previsione legislativa: e la legge attuale esclude che possa omologarsi un piano del consumatore nel caso in cui il sovraindebitamento sia stato cagionato dal debitore, per sua "colpa", senza qualificazione di sorta.

[1] Così Trib. Mantova 5 settembre 2019, in *Il Caso.it*, p. 15.10.2019, che ha negato l'omologazione di un piano del consumatore di un sovraindebitato dedito al gioco d'azzardo, senza connotazioni di disturbo patologico; secondo C. Marino – C. Cracolici – A. Curletti, *Ludopatia e meritevolezza del consumatore nelle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Il Caso.it*, p. 21.7.2020, 7, nel caso di di vera e propria ludopatia, la giurisprudenza è invece indirizzata per non escludere il requisito della meritevolezza: in tal senso sono citati: Trib. Torino 8 giugno 2016, in *Il Diritto degli affari*, p. 20.7.2016; Trib. Cuneo 19 giugno 2017, in *www.tribunale.cuneo.it*; Trib. Torino 31 dicembre 2018, inedita. Vedi anche Trib. Catania 17 febbraio 2015, in *Mass. OCI* 00024, che ha omologato un piano del consumatore di un sovraindebitato già dedito al gioco d'azzardo in ragione della condotta virtuosa assunta per il superamento della patologia.

[2] Come affermato, esattamente, da L. Modica, *La ristrutturazione dei debiti del consumatore*, a cura di E. Pellecchia – L. Modica, Pisa, 2020, 124, "il passaggio è … dalla assenza di colpa alla

assenza di colpa grave".

[3] Trib. Udine 4 gennaio 2017, in *Unijuris.it,* p. 4.1.2017; Trib. Ravenna 15 febbraio 2017, in *Juris Data*; per ipotesi simili, v. Trib. Vibo Valentia 30 ottobre 2019, in *Diritto e Giustizia*, p. 9.1.2020 e Trib. Torino 30 settembre 2015, in *Foro it.* 2015, I, 4028; in senso difforme, per l'ipotesi di finanziamenti "a catena", assunti cioè al fine di far fronte a precedenti finanziamenti contratti, è stato ritenuto che la meritevolezza non fosse esclusa per il solo fatto dell'assunzione di nuovi impegni, ma soltanto nel caso in cui il mancato assolvimento del debito precedentemente contratto sia imputabile a cause impreviste, v. Trib. Torino 7 dicembre 2019, in *Il Caso.it*, p. 5.2.2020; per considerazioni non dissimili, v. C. Marino – C. Cracolici – A. Curletti, *Ludopatia e meritevolezza del consumatore nelle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, cit., 4.

[4] Come nel caso esaminato da Trib. Udine 4 gennaio 2017, cit., che ha negato, sul presupposto dell'addebitabilità del sovraindebitamento al ricorrente, l'ammissibilità del piano del consumatore.

[5] Tant'è vero che, secondo un antico brocardo, la colpa grave "*dolo aequiparatur*".

[6] In motivazione è richiamato Trib. Ancona 16 luglio 2019, in *Il Caso.it*, p. 16.10.2019, che effettivamente invoca il *favor* del legislatore verso le procedure da sovraindebitamento e un'interpretazione evolutiva, fondata sull'art. 69, comma 1, c.c.i.i., secondo cui la colpa che esclude l'ammissibilità della domanda del consumatore deve essere grave, di talché la colpa di grado minore non sarebbe rilevante.

**Diritto Bancario**

# *Sezioni Unite n. 19597/2020: gli interessi moratori sono assoggettati alla normativa antiusura*

di **Fabio Fiorucci**

L'assoggettamento degli interessi di mora alla disciplina antiusura è al centro di un intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, in sintesi riassumibile come segue.

Un diffuso indirizzo giurisprudenziale, anche di legittimità, afferma che gli interessi di mora (autonomamente considerati) debbano essere inclusi nelle soglie d'usura. In primo luogo, è evidenziato che la locuzione concernente gli interessi « promessi o convenuti, a qualunque titolo » (art. 1, comma 1, D.L. n. 394/2000, convertito in L. n. 24/2001), induce a ritenere che la normativa antiusura sia applicabile, oltre che agli interessi corrispettivi e compensativi, anche a quelli di mora.

La Cassazione ha posto a sostegno di questo indirizzo l'esistenza di un « principio di omogeneità di trattamento degli interessi, pur nella diversità di funzione » e la circostanza che « il ritardo colpevole … non giustifica il permanere della validità di una obbligazione così onerosa e contraria alla legge ».

Il fondamento giuridico di tale impostazione è la naturale fecondità del denaro, per cui ogni tipo di interesse è remunerativo; in sostanza, alla base dell'assoggettamento degli interessi moratori alla L. n. 108/1996 è posto il richiamato "principio di omogeneità di trattamento" degli interessi, desumibile dall'allineamento dei tassi moratori a quelli pattuiti per i corrispettivi previsto dall'art. 1224, comma 1, c.c.

La circostanza che gli interessi moratori non concorrano a determinare il TEGM non appare di ostacolo ai fini della loro rilevanza usuraria. La loro mancata inclusione fra gli elementi da considerare ai fini della determinazione del TEGM è giustificata, infatti, dalla necessità di evitare l'innalzamento del tasso soglia immettendo nel suo calcolo una voce che attiene alla patologia (non fisiologia) del rapporto e meramente eventuale.

Un altrettanto compatto filone giurisprudenziale esclude, invece, la possibilità di applicare la normativa antiusura agli interessi moratori. È rilevato che le "Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura" emanate dalla Banca d'Italia stabiliscono (paragrafo C4, Trattamento degli oneri e delle spese nel calcolo del TEG) che dal calcolo del tasso di interesse delle operazioni oggetto di rilevazione sono esclusi « gli interessi di mora e gli oneri assimilabili contrattualmente previsti per il caso di inadempimento di un obbligo »: ne consegue l'illegittimità matematico-finanziaria e giuridica di operare un

confronto tra due realtà disomogenee, il tasso-soglia desunto dal TEGM pubblicato (privo degli interessi di mora) e il TEG del singolo rapporto (comprensivo degli interessi moratori).

Insomma, il c.d. principio di omogeneità di confronto esige che la valutazione di usurarietà sia realizzata tra entità (TEG e TEGM) omogenee. Tale ultimo profilo (simmetria di confronto) è autorevolmente valorizzato dalla Cassazione (Cass. nn. 12965/2016 e 22270/2016 e Cass., Sez. Un. n. 16303/2018). La mancanza di un tasso soglia *ad hoc* degli interessi moratori ha altresì indotto alcuni Tribunali ad escludere la loro assoggettabilità alla disciplina sull'usura oggettiva (restando impregiudicata l'eventuale verifica dell'usura "soggettiva" o "in concreto").

Un altro ordine di considerazioni è di natura testuale: l'art. 1815, comma 2, c.c., ove contempla gli interessi « convenuti » e l'art. 644, comma 1, c.p., che si riferisce ad interessi « in corrispettivo » di una prestazione di denaro o di altra utilità, attestano che il legislatore richiede la corrispettività degli interessi ai fini usurari, per cui ad essere colpiti dalla normativa antiusura sarebbero solo gli interessi corrispettivi (che attengono alla fase fisiologica del rapporto).

Sulla scia dei rilievi che precedono è altresì affermata la differenza concettuale e funzionale degli interessi moratori (rispetto a quelli corrispettivi), aventi natura risarcitoria/sanzionatoria, ai fini della loro esclusione dal campo di applicazione della normativa antiusura (agganciata alla corrispettività degli interessi) nonché l'assenza di diretta correlazione tra le condizioni di erogazione del credito e gli interessi di mora.

Le Sezioni Unite della Cassazione n. 19597/2020, dirimendo il contrasto giurisprudenziale, hanno definitivamente stabilito che gli interessi moratori sono assoggettati alla normativa antiusura. Al riguardo, è argomentato che esiste l'esigenza primaria di non lasciare il debitore alla mercé del finanziatore, il quale, se è subordinato al rispetto del limite della soglia usuraria quando pattuisce i costi complessivi del credito, non può dirsi immune dal controllo quando, scaduta la rata o decorso il termine pattuito per la restituzione della somma, il denaro non venga restituito e siano applicati gli interessi di mora, alla cui misura l'ordinamento (cfr. art. 41 Cost.) e la disciplina *ad hoc* dettata dal legislatore ordinario non restano indifferenti.

Gli interessi moratori sono comunque convenuti e costituiscono un possibile debito per il finanziato: è stato dunque enunciato il seguente principio di diritto: « La disciplina antiusura si applica agli interessi moratori, intendendo essa sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la concessione del denaro, ma anche la promessa di qualsiasi somma usuraria sia dovuta in relazione al contratto concluso ».

Master di specializzazione
DIRITTO E CONTENZIOSO BANCARIO
Scopri le sedi in programmazione >

**Nuove tecnologie e Studio digitale**

# *Passaggi generazionali*

di **Giulia Maria Picchi - Senior partner Marketude**

Questione interessante e credo di grande momento quella dei passaggi generazionali negli studi professionali.

Proprio qualche giorno fa, ha attirato la mia attenzione il "Rapporto 2019 sull'Albo dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili" redatto dalla Fondazione Nazionale dei Commercialisti in cui, tra gli altri dati, mi ha colpito quello della composizione per età degli iscritti.

La suddivisione in tre classi (mi avrebbe fatto piacere ragionare su un dato meno aggregato ma tant'è) indica che il 16.9% degli iscritti ha meno di 40 anni, il 64.7% tra 41 e 60 e il 18.4% oltre 60.

Letto in altro modo, ci sono più iscritti oltre i 60 anni che iscritti con meno di 40.
O ancora: quasi un quinto dei commercialisti è alla soglia o ha felicemente (spero per loro) fatto l'ingresso nella c.d. terza età …almeno finché non aggiornano il concetto e spostano i limiti più avanti -e non mancano già autorevoli proposte in tal senso.

Quale che sia l'etichetta con cui ci si sente maggiormente a proprio agio, **la questione dell'età e del conseguente passaggio di consegne penso che meriti di essere affrontato con lucidità e lungimiranza** -e non trovo grandi evidenze in tal senso, almeno stando al mio (senz'altro limitatissimo) osservatorio.

A differenza di quelle realtà in cui è molto stringente la regola dell'*up or out* o dove sono ben delineati i percorsi di carriera o, ancora, dove viene deciso "sulla carta" quando i professionisti devono diventare *of counsel*, la maggior parte degli studi ruota attorno a una o poche figure chiave, in genere **i fondatori**, che **arrivato il momento in cui sarebbe prudente cominciare a pianificare un avvicendamento, dimostrano di non avere nessuna intenzione di farsi da parte e cedere il bastone del comando.**

Complici la forma fisica, l'esperienza, le grandi capacità e -diciamocelo- la loro necessità di mantenersi attivi, anche solo provare a insinuare l'idea che sarebbe opportuno pensare al futuro dello studio immaginando chi potrebbe guidarlo al loro posto suscita, come minimo, una serie più o meno suggestiva di gesti scaramantici e, al massimo, la vaga promessa di fare una riflessione più avanti.

Eppure, tornando alla ricerca, **la stragrande maggioranza dei professionisti (64.7%) si colloca**

**in una fascia di età in cui non solo un commercialista ha (o dovrebbe avere) ampiamente acquisito la capacità di prendere in mano le redini dell'attività** che svolge ma anzi, non vede l'ora di farlo, stanco di essere considerato "il giovane di studio".

Arrivati a questo punto, propongo tre ordini di riflessioni.

**CONTINUA A LEGGERE**