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

Edizione di martedì 27 ottobre 2020

Diritto e reati societari

Clausola compromissoria nello statuto di società e arbitrabilità della lite con gli eredi di un socio
di **Valerio Sangiovanni**

Procedimenti di cognizione e ADR

Opposizione a decreto ingiuntivo: l'onere di esperire il procedimento di mediazione obbligatoria grava in capo al creditore opposto
di **Valentina Baroncini**

Obbligazioni e contratti

Interessi moratori e usura: la soluzione delle Sezioni Unite
di **Martina Mazzei**

Comunione – Condominio - Locazione

Obbligo di consegna dell'elenco dei condomini morosi da parte dell'amministratore di condominio, al terzo creditore che ne fa richiesta
di **Saverio Luppino**

Diritto e procedimento di famiglia

Convivenza ultra triennale sana la nullità del matrimonio concordatario indipendentemente dal momento della conoscenza del vizio
di **Giuseppina Vassallo**

Diritto e reati societari

E' inammissibile l'autonoma impugnativa di una delibera consiliare meramente esecutiva del

contenuto di una precedente delibera assembleare
di **Eleonora Giacometti**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

La determinazione della competenza a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 27 CCII per i procedimenti relativi a imprese assoggettabili ad amministrazione straordinaria
di **Ludovica Carrioli**

Diritto Bancario

Invalidità delle fideiussioni conformi allo schema ABI: omnibus o specifiche?
di **Fabio Fiorucci**

Nuove tecnologie e Studio digitale

I vantaggi del cloud computing per il professionista
di **Giuseppe Vitrani**

Diritto e reati societari

Clausola compromissoria nello statuto di società e arbitrabilità della lite con gli eredi di un socio

di **Valerio Sangiovanni**

Corte di Cassazione, Sez. 1, n. 16556 del 31 luglio 2020

Parole chiave

Statuto di società – Clausola compromissoria – Arbitrato societario – Controversia fra soci – Eredi del socio – Arbitrabilità della controversia

Massima

In tema di arbitrato societario, la controversia fra il primo socio e gli eredi del secondo socio avente a oggetto la liquidazione della quota del socio defunto può essere oggetto di procedimento arbitrale, se lo statuto della società contiene una clausola compromissoria che prevede che le liti devolute ad arbitrato debbano riguardare anche quelle con gli eredi del socio.

Disposizioni applicate

Art. 34 d.lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003 (oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie)

CASO

È corrente una S.n.c. composta di due soci. **Uno dei due soci muore e lascia alcuni eredi**, i quali chiedono la liquidazione della quota sociale. Poiché nel contratto di società è contenuta una clausola compromissoria, la questione viene rimessa alla decisione di un collegio arbitrale. Il lodo riconosce il diritto degli eredi di avere la liquidazione della quota e condanna il secondo socio a corrispondere agli eredi del primo socio la somma di € 116.755,27, appunto a titolo di liquidazione della quota. Il socio che è stato condannato dal lodo a pagare detta somma agli eredi dell'altro socio impugna il lodo davanti alla corte di appello e, infine, la questione giunge davanti alla Corte di cassazione.

SOLUZIONE

Nel caso affrontato dalla Corte di Cassazione la clausola statutaria prevedeva **la**

compromettibilità in arbitri di "qualsiasi controversia dovesse insorgere tra i soci oppure tra alcuni di essi e/o tra loro eredi e la società circa l'interpretazione e l'esecuzione del presente statuto e delle deliberazioni assunte ai sensi dello stesso". La Cassazione dà peso al fatto che le controversie che riguardano gli eredi del socio sono, dalla clausola, espressamente comprese fra quelle arbitrabili. Per questa ragione sussisteva la *potestas iudicandi* degli arbitri e il lodo viene confermato.

QUESTIONI

Il provvedimento della Corte di Cassazione in commento si occupa dell'arbitrato societario, che – come è noto – è stato disciplinato negli **artt. 34 ss. d.lgs. n. 5 del 2003**. Si tratta del testo legislativo che, originariamente, disciplina il processo societario. Successivamente le disposizioni sul processo societario sono state abrogate, ma sono rimasti in vigore i pochi articoli dedicati all'arbitrato societario.

L'art. 34 comma 1 d.lgs. n. 5 del 2003 prevede che "gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'articolo 2325-bis del codice civile, possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le **controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società** che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale".

Come si può notare, il testo della legge non fa riferimento agli eredi del socio. Tuttavia, costituendo la morte un evento che determina la successione universale in capo agli eredi, gli eredi subentrano nella posizione del socio, comprese le vicende societarie, fra le quali rientra quella concernente la liquidazione della quota. La Corte di cassazione afferma che la questione è arbitrabile e che, dunque, il lodo pronunciato dal collegio è valido: **dà peso al tenore letterale della clausola statutaria**, che cita testualmente gli eredi, e ritiene che questi siano vincolati dalla clausola compromissoria.

La questione della vincolatività della clausola compromissoria statutaria per gli eredi del socio è stata affrontata anche in un precedente del **Tribunale di Milano (30 aprile 2018**, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*). Nel caso deciso dal giudice milanese si trattava di una s.r.l. Deceduto uno dei soci della s.r.l., la moglie – in qualità di erede – chiedeva alla s.r.l. la restituzione di un finanziamento socio per l'importo di € 529.048. La ricorrente otteneva dal Tribunale di Milano un decreto ingiuntivo rispetto al quale la società presentava opposizione. Fra i motivi di opposizione, la s.r.l. eccepiva la presenza di una clausola compromissoria nello statuto della società, con la conseguenza che la relativa controversia non era di competenza del giudice ordinario, bensì di un tribunale arbitrale.

Nel caso deciso dal Tribunale di Milano, la clausola compromissoria statutaria aveva il seguente tenore: "qualsiasi controversia dovesse insorgere, tra i soci o tra i soci e la società, che abbia ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale, ad eccezione di quelle nelle quali la legge prevede l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, dovrà essere risolta da un arbitro o da un collegio arbitrale, composto da tre membri". Come si può notare, in questo

caso – diverso da quello deciso dalla Corte di cassazione nel provvedimento in commento – **gli eredi del socio non vengono espressamente menzionati nella clausola**.

Il Tribunale di Milano accoglie l'eccezione d'incompetenza presentata dalla società opponente e dichiara che la cognizione in ordine alla pretesa azionata in sede monitoria è devoluta alla sede arbitrale. Il giudice milanese osserva che la clausola compromissoria costituisce un negozio dotato di propria individualità e autonomia, nettamente distinto dal contratto cui aderisce. Il Tribunale di Milano evidenzia che il successore a titolo universale, subentrando in tutti i rapporti giuridici sopravvissuti al venir meno dell'originario titolare, prende automaticamente il posto di questi nel rapporto posto in essere con la stipulazione del negozio compromissorio, anche ove non subentri nel rapporto giuridico controverso compromesso in arbitri, attesa l'autonomia della clausola compromissoria. Dunque, secondo il giudice milanese, **è irrilevante ai fini della decisione la circostanza che la moglie non abbia acquisito la qualità di socia della s.r.l.**, essendo subentrata *iure ereditario* in tutti i rapporti giuridici facenti capo al marito, e dunque anche nella titolarità del credito da finanziamento soci (rapporto obbligatorio non connotato da *intuitu personae*) e nella convenzione di arbitrato. In conclusione il Tribunale di Milano dichiara la propria incompetenza, per essere la questione di competenza del costituendo tribunale arbitrale.

Negli statuti delle società sono frequenti le clausole compromissorie ed è dunque probabile che anche in futuro simili controversie giungano all'attenzione dell'autorità giudiziaria.

Procedimenti di cognizione e ADR

Opposizione a decreto ingiuntivo: l'onere di esperire il procedimento di mediazione obbligatoria grava in capo al creditore opposto

di **Valentina Baroncini**

Cass., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19596, Pres. Mammone – Est. Cirillo

[1] Opposizione a decreto ingiuntivo – Onere di esperire il procedimento di mediazione ex art-5 del d.lgs. n. 28 del 2010 – Parte gravata – Individuazione – Parte opposta – Conseguenze (artt. 645, 647 c.p.c.; art. 5, comma *1-bis*, d.lgs. n. 28/2010*)*.

Nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5, comma 1-bis*, del d.lgs. n. 28 del 2010, i cui giudizi vengono introdotti con un decreto ingiuntivo, una volta instaurato il relativo giudizio di opposizione e decise le istanze di concessione o sospensione del decreto, l'onere di promuovere la procedura di mediazione è a carico della parte opposta; ne consegue che, ove essa non si attivi, alla pronuncia di improcedibilità di cui al citato comma 1*-bis *conseguirà la revoca del decreto ingiuntivo. (massima ufficiale)*

CASO

[1] Nell'ambito di un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, concessa la provvisoria esecuzione dello stesso e assegnato termine per la presentazione della domanda di mediazione, la procedura non veniva avviata.

L'adito Tribunale di Treviso dichiarava allora l'improcedibilità dell'opposizione, con contestuale passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 647 c.p.c. Nell'argomentazione della propria decisione, il Tribunale richiamava il principio affermato da Cass., 3 dicembre 2015, n. 24629, secondo cui nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo l'onere di esperire il tentativo obbligatorio di mediazione grava sul debitore opponente.

Proposto il gravame, la Corte d'Appello di Venezia ne dichiarava l'inammissibilità ai sensi degli artt. 348-*bis* e –*ter* c.p.c. in quanto privo di ragionevoli probabilità di essere accolto, con ciò mostrando di condividere il principio di diritto affermato dal precedente di legittimità testé menzionato.

Parte opponente presentava allora ricorso per cassazione lamentando violazione e falsa applicazione dell'art. 5, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, per avere la corte di merito identificato nell'opponente la parte tenuta a introdurre il procedimento di mediazione obbligatoria. In

particolare, il ricorrente rilevava come il precedente di legittimità del 2015 non fosse stato ritenuto persuasivo da ampia parte della giurisprudenza di merito, oltreché della dottrina, e chiedeva un mutamento di indirizzo che ponesse l'onere di avviare il procedimento di mediazione obbligatoria in capo al creditore opposto, con la conseguenza per cui all'improcedibilità del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo non segua il passaggio in giudicato dello stesso, bensì la sua revoca.

Ricevuto il ricorso, la Terza Sezione Civile della Suprema Corte, con ordinanza interlocutoria 12 luglio 2019, n. 18741, ha rimesso gli atti al Primo Presidente ai fini dell'eventuale trattazione del ricorso da parte delle Sezioni Unite, ravvisando una questione di massima di particolare importanza in ordine all'individuazione della parte – opponente od opposto – che è tenuta a promuovere la procedura di mediazione obbligatoria nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.

SOLUZIONE

[1] Le adite Sezioni Unite ritengono che l'orientamento inaugurato dalla citata Cass., n. 24629/2015 non possa essere confermato, e che il contrasto esistente nella giurisprudenza di merito debba essere composto nel senso che nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria *ex* art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010, una volta instaurato il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo e decise le istanze di concessione o sospensione del decreto, l'onere di promuovere la procedura di mediazione debba essere a carico del creditore opposto, con la conseguenza per cui, ove tale parte non si attivi, alla pronuncia di improcedibilità del giudizio conseguirà la revoca del decreto ingiuntivo.

Nel caso di specie, la sentenza accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, dichiara l'improcedibilità del giudizio di opposizione e la revoca del decreto ingiuntivo; compensa integralmente le spese in considerazione della novità e complessità delle questioni trattate, nonché dei dubbi interpretativi esistenti in materia.

QUESTIONI

[1] Con la sentenza in commento, trova infine definitiva soluzione una tormentata questione interpretativa che, sino all'intervento del massimo organo di nomofilachia, aveva profondamente diviso sia la giurisprudenza, specie di merito, sia la dottrina (per un approfondimento degli estremi del contrasto, che verranno di seguito solamente tratteggiati, sia consentito il rinvio a V. Baroncini, *Opposizione a decreto ingiuntivo e onere di attivazione del procedimento di mediazione obbligatoria: lo stato dell'arte*, in *www.eclegal.it*, 3 dicembre 2019).

Preliminarmente, è senz'altro utile ricordare il quadro normativo di riferimento.

Come noto, l'art. 5, comma 1-*bis* del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, prevede che chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a un determinato catalogo di materie è tenuto, assistito dall'avvocato, a esperire preliminarmente il procedimento di mediazione, quale

condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Per quanto di interesse ai presenti fini, è doveroso richiamare il 4°co. dell'art. 5 in esame, il quale prevede alcune ipotesi in cui, pur se l'oggetto della controversia coinvolga una delle materie elencate al precedente comma 1-*bis*, l'esperimento della mediazione non costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Tra tali fattispecie, alla lett. a) si fa menzione dei procedimenti d'ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione. In altri termini, nelle materie attratte all'area della mediazione obbligatoria, e suscettibili di essere veicolate nelle forme del rito monitorio, l'onere di promuovere il procedimento di mediazione scatta solamente una volta che, instaurato il giudizio di opposizione, il giudice si sia pronunciato sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione *ex* artt. 648 e 649 c.p.c.

Se la disciplina sin qui vista appare piuttosto limpida, il principale interrogativo dalla stessa implicato è rappresentato dall'identificazione della parte – debitore opponente ovvero creditore opposto – che, una volta innescato l'onere di promuovere la mediazione, sia concretamente onerata dell'avvio del procedimento: tale parte, ovviamente, sarà pure quella portatrice dell'interesse a evitare gli effetti negativi derivanti dalla pronuncia di improcedibilità del giudizio che consegua all'omissione del procedimento di mediazione.

Tale questione, come si può leggere nel provvedimento in esame, è stato oggetto di specifica decisione da parte della più volte richiamata Cass., n. 24629/2015, la quale ha affermato che nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo l'onere di esperire il tentativo obbligatorio di mediazione è da porre a carico del debitore opponente. Tale pronuncia, peraltro, non è rimasta isolata in sede di legittimità, in quanto confermata dalla successiva Cass., 16 settembre 2019, n. 22003.

Assai differente, come anticipato, è lo scenario riscontrabile a livello di corti di merito, radicalmente divise tra le due, inconciliabili, posizioni: quella che fa gravare l'onere in questione sulla parte opponente e quella che, all'opposto, lo colloca in capo all'opposto.

In considerazione dell'amplissima applicazione, a livello pratico, del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo e dell'istituto della mediazione obbligatoria, e in correlazione all'esigenza di assicurare prevedibilità alle decisioni giudiziarie, l'intervento delle Sezioni Unite era quanto mai doveroso.

Tale decisione – che, lo si ripete, non conferma la linea interpretativa inaugurata dalla Cassazione nel 2015, ma anzi colloca l'onere in esame in capo al creditore opposto, facendo conseguire alla sua inerzia la revoca del decreto ingiuntivo -, trova fondamento in un argomento testuale, in uno logico-sistematico, e nell'esigenza di fornire un'interpretazione della normativa che sia costituzionalmente orientata.

Sotto il primo profilo, le Sezioni Unite muovono dal dato testuale del d.lgs. n. 28/2010, che in

diverse disposizioni esprime, in definitiva, il concetto secondo cui l'onere di attivarsi per promuovere la mediazione debba essere posto a carico dell'attore e, quindi, del creditore opposto. Più nello specifico, è il caso: *a*) dell'art. 4, 2°co., che nella misura in cui richiede che la domanda di mediazione indichi l'oggetto e le ragioni della stessa, evidentemente sottintende che tale iniziativa debba essere posta a carico dell'attore (in senso sostanziale, ossia il creditore opposto), non potendosi certo immaginare che il debitore opponente sia costretto a indicare *petitum* e *causa petendi* di una pretesa che non è la sua; *b*) l'art. 5, comma 1-*bis*, che testualmente pone l'obbligo di esperire la mediazione a carico di chi intende esercitare in giudizio un'azione, ossia all'attore che, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, è il creditore opposto (attore in senso sostanziale); *c*) l'art. 5, 6°co., che, ricollegando alla presentazione della domanda di mediazione effetti favorevoli all'attore (quale l'interruzione della prescrizione), non può certo aver riferimento a un'iniziativa poi assunta dal debitore.

Passando all'argomento logico-sistematico, le Sezioni Unite osservano che, una volta instaurato il giudizio *ex* art. 645 c.p.c. – e, dunque, una volta instaurata la seconda fase, a cognizione piena, del procedimento per ingiunzione -, appare conforme al sistema che le parti riprendano le proprie posizioni "naturali", con la conseguenza per cui, a dover assumere l'iniziativa di promuovere la mediazione, non può che essere il creditore. La pronuncia in esame, inoltre, critica l'assimilazione – compiuta, tra l'altro, dalla pronuncia del 2015 -, tra il mancato esperimento del procedimento di mediazione e la mancata opposizione *ex* art. 647 c.p.c., assimilazione secondo la quale, poiché in caso di mancata opposizione si ha passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo, lo stesso dovrebbe accadere in caso di improcedibilità di tale giudizio per mancata instaurazione del procedimento di mediazione: in quest'ultimo caso, e a differenza del primo, l'opponente ha infatti attivato il giudizio *ex* art. 645 c.p.c., dimostrando la propria volontà di difendersi, circostanza discretiva che appunto escluderebbe la possibilità di assimilazione con l'ipotesi disciplinata dall'art. 647 c.p.c.

Da ultimo, le Sezioni Unite valorizzano l'esigenza di fornire un'interpretazione della normativa che sia conforme alla Costituzione e, in particolare, ai principi posti dalla Consulta in materia di giurisdizione condizionata: a tal riguardo, in particolare, si ricordi come siano da considerare illegittime quelle norme che ricollegano al mancato previo esperimento di rimedi di natura amministrativa, o comunque non giurisdizionale, la conseguenza della decadenza dall'azione giudiziaria. Nel caso di specie, porre l'onere di promuovere il procedimento di mediazione in capo all'opponente si tradurrebbe proprio nell'irrevocabilità del decreto ingiuntivo quale conseguenza del mancato esperimento di un procedimento di natura non giurisdizionale, con intollerabile compressione del diritto di difesa di tale soggetto.

Obbligazioni e contratti

Interessi moratori e usura: la soluzione delle Sezioni Unite

di **Martina Mazzei**

Cass. civ. Sez. Un. 18 settembre 2020, n. 19597 – Pres. Mammone – Rel. Nazzicone

[1] **Interessi moratori – Usura – Contratto – Applicazione della disciplina antiusura – Contratto di mutuo**

(Cod. civ. art. 1815)

[1] *"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."*

CASO

[1] Con sentenza del 30 luglio 2014, la Corte d'Appello di Genova ha respinto le impugnazioni, principale ed incidentale, avverso la decisione del Tribunale della stessa città con la quale era stato revocato il decreto ingiuntivo di Euro 18.500,94, oltre interessi al tasso del 17,57% annuo, emesso su istanza della FC Factor s.r.l. contro P.A. a titolo di rate insolute, capitale residuo, interessi moratori e penale, relativi ad un finanziamento concesso con un contratto di credito.

La corte territoriale, in particolare, ha confermato l'applicabilità della L. 7 marzo 1996, n. 108 agli interessi moratori, in virtù del fatto che il D.L. 29 dicembre 2000, n. 394, nel fornire l'interpretazione autentica dell'art. 644 c.p. e art. 1815 c.c., comma 2, fa riferimento agli interessi convenuti "*a qualunque titolo*" ed il criterio di cui alla L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 4, è applicabile anche per l'accertamento del carattere usurario degli interessi moratori pattuiti anteriormente all'entrata in vigore del D.M. 25 marzo 2003, che ha provveduto per la prima volta alla rilevazione del tasso di mora, sicchè, venendo in rilievo, nella fattispecie concreta, un interesse di mora del 18% annuo (superiore al cd. tasso soglia), la relativa clausola è nulla, ai sensi dell'art. 1815 c.c., comma 2, non rilevando il tasso in concreto applicato, pari al 17,57% annuo, in quanto, da un lato, esso deriva da una clausola comunque nulla, e, dall'altro lato, si tratta di una clausola vessatoria.

Avverso questa sentenza ha proposto ricorso per cassazione, affidato a dieci motivi, la Santander Consumer Bank s.p.a., in qualità di avente causa della Banca Ifis s.p.a., per effetto della retrocessione del credito precedentemente ceduto.

SOLUZIONE

[1] Con ordinanza interlocutoria del 22 ottobre 2019 n. 26946 la prima Sezione civile ha rimesso al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite, la risoluzione della questione di massima particolare importanza, ex art. 374, co. 2, c.p.c., relativa all'applicabilità della disciplina antiusura agli interessi moratori ed alle conseguenze dell'avvenuto superamento del tasso soglia. La questione che ha motivato la rimessione alla Sezioni Unite riguarda la necessità di stabilire, stante la presenza di due rigidi e contrapposti orientamenti sul punto, se la disciplina prevista dall'ordinamento con riguardo agli interessi usurari (art. 1815 cod. civ. e art. 644 cod. pen., nonché L. n. 108 del 1996, art. 2, D.L. n. 394 del 2000, convertito dalla L. n. 24 del 2001, e relativi decreti ministeriali, nella specie D.M. 22 marzo 2002) sia estensibile agli interessi moratori.

QUESTIONI

[1] Le Sezioni Unite, con la sentenza in commento, hanno dato risposta positiva al quesito di diritto relativo all'applicabilità della disciplina antiusura agli interessi moratori analizzando preliminarmente le due tesi contrapposte creatasi sul punto.

La tesi restrittiva

I fautori della tesi restrittiva, che adducono a sostegno ampia giurisprudenza di merito, numerosa dottrina e pronunce dell'Arbitro bancario e finanziario, espongono vari importanti argomenti:

a) lettera delle norme: l'art. 1815, comma 2, cod. civ., si riferisce ai soli interessi corrispettivi, contemplati pacificamente al comma 1 della disposizione; l'art. 644 cod. pen., comma 1, incrimina chi si fa "*dare o promettere*" interessi usurari "*in corrispettivo di una prestazione di denaro*"; del pari, l'inciso "*a qualunque titolo*", contenuto nel D.L. n. 394 del 2000, art. 1, comma 1, con riguardo agli interessi da considerare come usurari, è collocato dopo le parole "*promessi o convenuti*", non immediatamente dopo il termine "*interessi*", dovendosi quindi riferire ai costi accessori del credito convenuti dalle parti "*a titolo*" di commissioni, remunerazioni o spese, secondo quanto previsto della disposizione di legge oggetto dell'interpretazione autentica;

b) legislatore storico del 2001: i lavori preparatori non hanno valore normativo, ma di tenue indizio ermeneutico;

c) funzione degli interessi: gli interessi corrispettivi hanno funzione remunerativa, i moratori, invece, risarcitoria; vi è, dunque, una netta diversità di causa e di funzione tra interesse corrispettivo ed interesse moratorio, in quanto l'interesse corrispettivo costituisce la remunerazione concordata per il godimento diretto di una somma di denaro, avuto riguardo alla normale produttività della moneta, mentre l'interesse di mora, secondo quanto previsto dall'art. 1224 cod. civ., rappresenta il danno conseguente l'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria;

d) *ratio* della norma: il fondamento della disciplina introdotta dalla riforma di cui alla L. n. 108 del 1996 non è tanto quello di predisporre uno strumento per calmierare o livellare il mercato del credito quanto quella di mitigare il "*rischio bancario*"; il legislatore non ha inteso indirizzare in modo autoritario ed antinomico, rispetto all'autonomia privata, il mercato dei capitali ma, nel rispetto del principio, ha mirato al corretto funzionamento del mercato medesimo, attraverso la repressione delle condotte devianti rispetto alle sue dinamiche spontanee, nell'interesse non solo dei finanziati, ma anche degli operatori istituzionali ed, in ultima analisi, della stabilità del sistema;

e) evoluzione storica: rileva l'attuale conformazione del diritto positivo, con la distinzione degli interessi a seconda della loro funzione;

f) previsione dell'art. 1284, co. 4, cod. civ.: secondo la norma, se "*le parti non ne hanno determinato la misura, dal momento in cui è proposta domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*": essendo, invero, sovente il tasso della disciplina speciale, di cui al D.Lgs. n. 231 del 2002, art. 5 superiore al tasso-soglia usurario, allora, ai fini dell'usura, non possono rilevare gli interessi moratori convenzionali, perchè, altrimenti, la norma ammetterebbe una "*usura legale*";

g) mancato rilievo degli interessi moratori nel tasso soglia dei D.M.: nelle voci computate dai decreti ministeriali al fine della rilevazione del tasso medio non sono inclusi gli interessi di mora, mentre i due dati – T.e.g. del singolo rapporto e T.e.g.m. determinante il tasso soglia – devono essere omogenei: onde nel T.e.g. del singolo rapporto gli interessi moratori non devono essere conteggiati.

La tesi estensiva

I fautori della tesi estensiva (in tal senso cfr. Cass. 17 ottobre 2019, n. 26286; Cass. 13 settembre 2019, n. 22890; Cass. 30 ottobre 2018, n. 27442; Cass. 6 marzo 2017, n. 5598; Cass. 4 aprile 2003, n. 5324) oppongono:

a1) lettera delle norme: la legge – art. 1815, comma 2, cod. civ., art. 644 cod. pen., comma 4, L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 4 e D.L. n. 394 del 2000, art. 1, comma 1, conv. dalla L. n. 24 del 2001 – non distingue tra tipi di interessi ed, anzi, in alcuni di tali articoli si parla espressamente di pattuizione "*a qualsiasi titolo*"; mentre la stessa apertura espressamente apportata dal D.L. n. 185 del 2008, art. 2-bis, comma 2, convertito dalla L. n. 2 del 2009, alle voci confluenti nel T.e.g. dovrebbe indurre a ricomprendervi oggi anche gli interessi di mora;

b1) legislatore storico del 2001: nei lavori preparatori della L. n. 24 del 2001, si afferma che si voleva considerare l'usurarietà di ogni interesse "*sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio*";

c1) funzione degli interessi: entrambi gli interessi costituiscono la remunerazione di un

capitale di cui il creditore non ha goduto, nel primo caso volontariamente, nel secondo caso involontariamente;

d1) *ratio* della norma o interpretazione finalistica: il criterio oggettivo previsto dalla L. n. 108 del 1996 intende tutelare le vittime dell'usura e il superiore interesse pubblico all'ordinato e corretto svolgimento delle attività economiche, fini che sarebbero vanificati ove si escludessero dall'ambito di applicazione gli interessi moratori; inoltre, in caso contrario, per il creditore potrebbe addirittura essere più conveniente l'inadempimento, con la possibilità, ad esempio, di fissare termini di adempimento brevissimi per indurre facilmente la mora e lucrare gli interessi;

e1) evoluzione storica: gli interessi moratori sono sorti per compensare il creditore dei perduti frutti del capitale non restituito, e quindi per riprodurre, sotto forma di risarcimento, la remunerazione del capitale; l'opinione secondo cui gli interessi moratori avrebbero una funzione diversa da quelli corrispettivi sorse per aggirare il divieto canonistico di pattuire interessi; la presenza della duplicazione normativa ex artt. 1224 e 1282 cod. civ. dipende dall'unificazione dei codici civile e commerciale;

f1) previsione dell'art. 1284, co. 4, cod. civ.: non rileva quanto stabilito da tale norma – secondo cui il saggio degli interessi legali diviene, dal momento della proposizione della domanda giudiziale, quello pari al tasso proprio dei ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali – perchè ivi il maggior tasso degli interessi legali ha la diversa funzione sanzionatorio/deflattiva a carico del debitore inadempiente, per i casi in cui l'inadempimento perseveri pur dopo la proposizione della domanda giudiziale (che risulterà fondata) e non discende dalla semplice mora;

g1) mancato rilievo degli interessi moratori nelle tasso soglia dei D.M.: è incontestato che le voci, computate nei decreti ministeriali al fine della rilevazione del tasso medio, escludano gli interessi moratori; ma ciò non ha rilievo ermeneutico, dato che la disciplina secondaria non può costituire un vincolo alle interpretazioni giurisprudenziali degli enunciati, pena un'inammissibile inversione metodologica. In sostanza, la circostanza che i decreti ministeriali di rilevazione non includano gli interessi moratori nella definizione del T.e.g.m., e quindi del relativo tasso-soglia, potrà, semmai, rilevare ai fini della verifica di conformità dei decreti medesimi, quali atti amministrativi, alla legge che attuano: però, in nessun caso il giudice è vincolato dal contenuto della normazione secondaria nell'esercizio del suo potere-dovere ermeneutico.

Le Sezioni Unite, dopo aver riportato le due tesi contrapposte, hanno avallato la tesi estensiva sostenendo che, alla luce delle *rationes legis* sottese alla disciplina antiusura (come la tutela del fruitore del finanziamento, la repressione della criminalità economica, la direzione del mercato creditizio e la stabilità del sistema bancario) ed in particolare dell'esigenza di piena tutela del soggetto debitore, **il concetto di interesse usurario e la relativa disciplina repressiva non possono ritenersi estranei all'interesse moratorio**.

Secondo il Supremo Collegio, infatti, "*l'esigenza primaria è quella di non lasciare il debitore alla mercé del finanziatore: il quale ultimo, 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*".

La ***disciplina antiusura***, pertanto, ***intende sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi, convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la concessione del denaro, inclusi gli interessi moratori che sono comunque convenuti e costituiscono un possibile debito per il finanziato***.

Comunione – Condominio - Locazione

Obbligo di consegna dell'elenco dei condomini morosi da parte dell'amministratore di condominio, al terzo creditore che ne fa richiesta

di **Saverio Luppino**

Tribunale civile di Avezzano, 01.03.2016, giudice unico dott. Andrea Dall'Orso.

"L'articolo 63 disp att cc espressamente dispone che l'amministratore condominiale è tenuto a comunicare ai creditori non ancora soddisfatti che lo interpellino i dati dei condomini morosi; correttamente interpretando la ratio finalistica della norma, si tratta per l'amministratore di un ***dovere legale di salvaguardia dell'aspettativa di soddisfazione dei terzi*** *titolari di crediti derivanti dalla gestione condominiale. Ciò delinea pertanto un* ***obbligo di cooperazione con il terzo creditore*** *posto direttamente dalla legge in capo all'amministratore, che esula dal contenuto del programma interno di mandato corrente tra lui ed i condomini".*

CASO

Attraverso il ricorso al **procedimento sommario di cognizione ex articolo 702 bis cpc**[1]**,** la società Alfa, creditrice dei Condominio Beta, evocava in giudizio l'amministratore per sentirlo condannare alla comunicazione e/o consegna in proprio favore della documentazione occorrente per individuare i dati anagrafici e fiscali dei condomini morosi, rispetto al credito vantato da Alfa e già accertato con decreto ingiuntivo nei confronti del Condominio Beta, a seguito di precedente rifiuto opposto dall'amministratore all'indicazione dei condomini morosi, per effetto degli obblighi di cooperazione di cui all'articolo 63, disp. att. cc. (L.220/12).

Il creditore Alfa accompagnava alla domanda principale anche la richiesta di condanna del convenuto al pagamento di una somma di €. 50,00 per ogni giorno di ritardo nella consegna, in applicazione dell'a articolo 614 bis cpc (misure di coercizione indiretta).

Il condominio non si costituiva nel procedimento rimanendo contumace.

SOLUZIONE

Il Tribunale accoglieva la domanda di Alfa, condannava il Condominio nella persona dell'amministratore a comunicare al terzo entro trenta giorni dalla notifica del provvedimento i dati anagrafici dei condomini risultanti dal registro (anagrafe del condominio), nonché i nominativi dei condomini morosi in relazione al credito portato dalla società Alfa in decreto e non corrisposto, con specificazione del debito pro quota; condannava il condominio a versare

al terzo €. 50,00, per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento, condannando il resistente alle spese di causa.

QUESTIONI

La pronuncia del Tribunale di Avezzano, tra le prime conosciute, in materia, pone rilievo su tre questioni di attenzione:

1. l'utilizzabilità del procedimento di cognizione sommaria ex articolo 702 bis cpc, quale rimedio per tali specifiche situazioni, in luogo dell'eventuale ricorso d'urgenza.
2. Il consolidamento dell'insegnamento -ove ve ne fosse bisogno- della parziarietà delle obbligazioni condominiali.
3. L'applicazione di misure di coercizione indiretta i c.d. astreinte di origine cisalpina.

Riguardo il primo problema, ossia l'idoneità del rimedio processuale prescelto, il tribunale ritiene che si attagli perfettamente al caso concreto, in quanto la produzione documentale dimessa in atti dal ricorrente non richiede particolare istruzione, risultando sufficiente affinchè la controversia possa essere decisa con le forme del rito prescelto ed attraverso la decisione del tribunale territorialmente competente in composizione monocratica.

Risulta noto, che così come previsto dall'articolo 702 ter cpc, il giudice può sollevare d'ufficio e decidere con ordinanza non impugnabile se la materia non rientra tra quelle assoggettate alla sua competenza, ovvero mutare il rito, laddove ritenga che le difese rassegnate dalle parti richiedano un'istruzione non sommaria, ma di "plena cognitio".

Cosicchè nella fattispecie in commento, anche valorizzando la circostanza della contumacia del Condominio, non costituitosi in giudizio, il Tribunale ritiene che la controversia possa essere decisa con le forme del processo sommario di cognizione.

Relativamente alla seconda problematica in commento, il tribunale riafferma il consolidato orientamento della giurisprudenza, che successivamente a SSUU 8.4.2008 n.9148, riconosce alle obbligazioni assunte dal condominio verso terzi la natura parziaria e non più solidale.

Con il chè, ottenuta la condanna al pagamento del condominio in persona dell'amministratore, il terzo creditore può procedere all'esecuzione individuale di ogni singolo condomino entro i limiti della quota di ciascuno, secondo criteri simili a quelli previsti dagli articoli 752 e 1295 cc per le obbligazioni ereditarie[2].

D'altra parte la legge di riforma del condominio[3] ha espressamente previsto all'articolo 63 disp. att cc un obbligo dell'amministratore di condominio (dovere legale di cooperazione) di fornire ai creditori del condominio "insoddisfatti", i dati dei condomini morosi, affinchè possa agire in executivis nei di Loro confronti, previo ottenimento di un titolo esecutivo nei confronti del Condominio.

La dottrina successiva ha definitivamente chiarito che il dovere legale di cooperazione dell'amministratore esula dal contenuto del mandato corrente tra lui ed i condomini e che risulta sufficiente per il terzo la prova del credito ai fini di ottenere la comunicazione dei condomini morosi.[4]

Merito della sentenza è anche quello di valorizzare il contenuto della pretesa del creditore, assurgendo la carenza di cooperazione da parte dell'amministratore ad espressa violazione del canone di buona fede e del generale principio di solidarietà sociale pacificamente costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che impone alle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge.[5]

Riguardo l'ultimo profilo, ossia l'applicazione delle misure di coercizione indiretta ex articolo 614 bis cpc, il tribunale non ritiene "profondere fiumi di inchiostro", limitandosi a ritenere "meritevole di accoglimento", la domanda di condanna del resistente al pagamento di €.50,00 per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del presente provvedimento.

E' risaputo che l'istituto introdotto per la prima volta in Italia dall'articolo 49, comma 1, legge 69/2009, ha previsto una misura di coercizione indiretta a carattere pecuniario ed a carico del debitore, che non ottempera un provvedimento del giudice, modellata sull'istituto di derivazione francese dell'astreinte.

La norma circoscrive la portata dell'istituto all'inadempimento di obblighi di fare infungibili o di non fare, a differenza del processo amministrativo (art. 114, comma 4, lett. e) del Dlgs 104/2010, dove ha una portata più ampia, essendo ivi esteso a tutte le decisioni di condanna, comprese quelle avente ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria.

Limiti di applicabilità dell'istituto sono si natura oggettiva: " *salvo che ciò sia manifestamente iniquo*" e soggettiva, in quanto non possono trovare applicazione alle controversie: "*lavoro subordinato pubblico o privato e rapporti di collaborazione coordinata e continuativa"*.

La misura deve formare oggetto di specifica richiesta della parte ed il contenuto del provvedimento/la condanna, deve essere proporzionata: "al valore della controversia, alla natura della prestazione, al danno quantificato prevedibile ed ad ogni altra circostanza utile".

Ci risulta, che nello stesso modo, anche e più di recente, altra pronuncia del Tribunale di Roma, Sez. 5^, 1.2.2017, ha fatto medesima applicazione dell'astreinte, accogliendo la domanda del creditore di condanna del condominio al pagamento di €. 2000,00 per ogni mese di ritardo, successivo a quello di notifica del provvedimento di condanna alla consegna dell'elenco dei condomini morosi.

Pare il caso di evidenziare che anche successivamente agli affinamenti dell'istituto con la riforma del 2015, la misura di coercizione indiretta assolve funzione coercitiva all'ottemperamento dell'ordine del giudice e non punitiva di condanna, cui invece sono

deputati altri istituti processuali (art. 96 cpc), di tal chè si condivide la sentenza anche in tale sua parte.

[1] Il presente articolo e il capo a cui appartiene sono stati aggiunti dall'art. 51, L. 18.06.2009, n. 69 (G.U. 19.06.2009, n. 140, S.O. n. 95) con decorrenza dal 04.07.2009.

[2] Cass. civ., sez. VI, 17.2.2014 n.3636

[3] L.220/12

[4] Fra i tanti contributi, sia consentito rinviare anche a: Luppino S. "Il condomino che non paga e il recupero del credito", Maggioli 2014.

[5] Cass. civ. 15.2.2007 n.3462

Diritto e procedimento di famiglia

Convivenza ultra triennale sana la nullità del matrimonio concordatario indipendentemente dal momento della conoscenza del vizio

di **Giuseppina Vassallo**

Cassazione civile sez. I ordinanza 17 settembre 2020 n. 19329

Nullità del matrimonio concordatario – Delibazione della sentenza ecclesiastica – contrasto con l'ordine pubblico

(Art. 8 L. n. 121/1985, art. 122 c.c.)

Ai fini della dichiarazione di efficacia della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio, la convivenza protratta per oltre tre anni, ne impedisce il riconoscimento per contrarietà all'ordine pubblico italiano.

Non rileva il momento in cui il coniuge ha effettivamente conosciuto il vizio invalidante.

La decorrenza del triennio, a far data dalla celebrazione del matrimonio, implica un'accettazione consapevole e volontaria di qualsiasi vizio genetico riguardante il matrimonio.

CASO

Il Tribunale Ecclesiastico Regionale del Lazio aveva dichiarato la nullità del matrimonio concordatario tra due coniugi, per l'omosessualità del marito.

Il matrimonio era stato celebrato nel 1989 e vissuto serenamente fino al 1997, con la nascita di una bimba nel 1991. Solo a partire dal 1997, l'inclinazione omosessuale, pur preesistente e latente dell'uomo, aveva progressivamente prodotto cambiamenti nello stesso.

L'uomo agisce per far dichiarare efficace nella Repubblica Italiana la suddetta sentenza di nullità, ma la moglie si oppone sollevando l'eccezione secondo cui la sentenza non può essere riconosciuta perché contraria all'ordine pubblico italiano, in conseguenza della convivenza matrimoniale ultra-triennale.

La Corte d'Appello, richiamando integralmente il precedente della sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 16379/2014, respinge la domanda di riconoscimento della sentenza ecclesiastica, sul presupposto che la convivenza coniugale per almeno tre anni sana qualsiasi

vizio genetico del matrimonio.

Il coniuge ricorre in Cassazione.

In primo luogo, la Corte territoriale avrebbe errato nel ritenere sanante qualsiasi vizio genetico del matrimonio, in quanto in casi quali l'errore essenziale, il timore, la violenza o l'incapacità naturale, attribuire rilievo sanante alla convivenza triennale significherebbe obbligare alla conservazione di un vincolo non voluto liberamente e coscientemente, né in origine, né a posteriori.

La sentenza della Corte avrebbe inoltre violato la disposizione di cui all'art. 122 c.c.

La norma prevede l'impugnazione del matrimonio civile per errore sulle qualità personali dell'altro coniuge. Se la moglie avesse conosciuto l'inclinazione sessuale del marito, non avrebbe dato il consenso al matrimonio. Dalla sentenza del Tribunale Ecclesiastico e dalle dichiarazioni delle parti emerse nel giudizio, era evidente che l'inclinazione sessuale del ricorrente fosse già manifesta all'epoca del matrimonio, sia pure allo stato latente.

Il richiamo alla durata del vincolo coniugale, senza un accertamento sulla scoperta o sulla persistenza del vizio, e quindi sulla prosecuzione consapevole della convivenza, avrebbe comportato, secondo il ricorrente, la violazione del principio di cui all'art. 122 c.c. e conseguentemente un'errata interpretazione del limite di ordine pubblico opposto alla delibazione della sentenza ecclesiastica.

SOLUZIONE

La sentenza impugnata si è richiamata a un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato della Cassazione, secondo il quale la convivenza triennale "come coniugi", quale elemento essenziale del "matrimonio-rapporto", se ha una durata di almeno tre anni dalla celebrazione del matrimonio concordatario, integra una "situazione giuridica di ordine pubblico italiano" perché connessa all'esercizio di diritti, adempimento di doveri e assunzione di responsabilità di natura personalissima.

Con due sentenze gemelle (la n. 16379 e la n. 16380) del 2014, le Sezioni Unite sono intervenute a comporre un contrasto di giurisprudenza: l'orientamento tradizionale (ex multis Cass. Civ. Sez. 1, 4/6/2012, n. 89261) negava che la convivenza tra i coniugi potesse impedire la delibazione della sentenza di nullità del matrimonio pronunciata dal Tribunale ecclesiastico.

Con le citate sentenze la Cassazione ha dichiarato che l'instaurazione della convivenza prolungata per un determinato periodo di tempo – intesa non come mera coabitazione ma come comunione di vita – implica un'accettazione consapevole e volontaria di qualsiasi vizio genetico riguardante il matrimonio, che esclude il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche che dichiarano la nullità del vincolo canonico.

Non c'è contrarietà all'ordine pubblico quando l'esclusione di un *bonum matrimonii*, sia pure unilaterale, sia stato portato a conoscenza dell'altro coniuge prima della celebrazione del matrimonio, se il coniuge ne abbia comunque preso atto, ovvero quando ci siano stati elementi rivelatori di quell'atteggiamento psichico non riconosciuti dall'altro coniuge solo per sua colpa grave (Cass. Civ. n. 4517 del 14/02/2019).

Al di fuori di questi casi, prevale l'esigenza di tutelare la buona fede e l'affidamento incolpevole dell'altro coniuge.

Nel caso di specie, secondo il ricorrente, sarebbe stato necessario verificare se e per quanto tempo la convivenza coniugale delle parti si fosse protratta dopo la scoperta da parte della moglie delle inclinazioni sessuali del marito, perché solo da tale momento il perdurare della convivenza avrebbe giustificato la ragione di ordine pubblico protettiva del matrimonio rapporto.

Secondo la Cassazione, tuttavia, una tale interpretazione contrasta con l'orientamento attuale e non sono stati offerti convincenti elementi per indurre a un ripensamento in termini interpretativi.

Il principio di diritto fissato dalle Sezioni Unite individua chiaramente il *dies a quo* del triennio dalla data di celebrazione del matrimonio religioso e non attribuisce rilievo alla scoperta del vizio invalidante da parte del coniuge che non ha espresso un consenso viziato.

QUESTIONI

Recentemente la Cassazione ha accolto la domanda di riconoscimento di una sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio durato dieci anni con la nascita di tre figli (Cass. Civ. n. 7923/2020).

La domanda di nullità del matrimonio era stata accolta dal Tribunale Ecclesiastico per esclusione dell'indissolubilità del vincolo da parte del marito e per l'omosessualità della moglie (incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio per cause di natura psichica). Nel caso di specie, la condizione soggettiva della moglie non era l'unico motivo di nullità del matrimonio.

Pertanto la Corte territoriale aveva correttamente escluso il contrasto della sentenza con l'ordine pubblico, a fronte di un'ipotesi ritenuta non dissimile da quella della simulazione di cui all'art. 123 c.c., che presuppone da parte di entrambi i coniugi, la volontà di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti discendenti dal matrimonio.

Seminario di specializzazione
RAPPORTI DI CONVIVENZA
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

Diritto e reati societari

E' inammissibile l'autonoma impugnativa di una delibera consiliare meramente esecutiva del contenuto di una precedente delibera assembleare

di **Eleonora Giacometti**

Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in materia di Impresa, sentenza n. 2895 del 21 maggio 2020

Parole chiave: delibera del C.d.A. – delibera assembleare – impugnazione – cooperativa –

Massima: E' inammissibile e non può quindi essere accolta la domanda di annullamento di una delibera del C.d.A. meramente esecutiva del contenuto di precedente delibera assembleare in assenza di contestuale impugnazione di quest'ultima, ossia dell'atto presupposto, e ciò a meno che i profili di illiceità sollevati non riguardino specificamente l'atto impugnato.

Disposizioni applicate: articoli 2388 c.c., 2377c.c., 2378 c.c., 2265 c.c. e 2379 c.c.

Con il giudizio in esame un gruppo di soci di una Cooperativa hanno convenuto quest'ultima per impugnare due delibere consiliari della società che avrebbero illegittimamente determinato dei criteri di ripartizione degli oneri di gestione c.d. "oneri accessori", ripartizione in forza della quale solo alcune categorie di soci (assegnatari in proprietà indivisa e in godimento semplice o locazione) risultavano onerate del pagamento dei costi di funzionamento della Cooperativa, che secondo le tesi attoree avrebbero invece dovuto essere ripartiti tra tutti i componenti della compagine sociale.

La Cooperativa si è costituita in giudizio, sollevando diverse e numerose eccezioni, ossia **(i)** la carenza di interesse e di legittimazione ad agire in capo ad alcuni soci; **(ii)** l'inammissibilità delle domande formulate per il mancato raggiungimento del *quorum* previsto dalla legge per l'impugnazione delle delibere; **(iii)** la nullità della citazione per indeterminatezza dell'oggetto e **(iv)** l'inammissibilità dell'impugnazione delle delibere consiliari per difetto di impugnazione della precedente delibera assembleare, quale atto presupposto di quelle impugnate.

A fronte di tali rilievi, il Tribunale delle Imprese di Milano ha innanzitutto invocato il cd. principio della ragione più liquida, applicando il consolidato orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione secondo cui una domanda può essere respinta sulla base della soluzione di una questione assorbente e di più agevole e rapido scrutinio, anche se logicamente subordinata, senza che sia necessario esaminare previamente tutte le altre questioni, anche se preliminari, secondo l'ordine previsto dagli articoli 276 c.p.c. e 118 disp.

att. (cfr. S.U. Cass. Civ. 12 dicembre 2014, n. 26242, con cui è stato appunto affermato che "occorre dare priorità alla ragione più evidente, più pronta, più piana, che conduca ad una decisione, indipendentemente dal fatto che essa riguardi il rito o il merito: criterio alla base del quale vi è un'evidente esigenza di maggiore economia processuale, poiché la sua applicazione consentirà di ridurre l'attività istruttoria e quella di stesura della motivazione").

Applicando tale principio, il Tribunale ha rigettato *de plano* tutte le domande dei soci attori sul presupposto che fosse innanzitutto fondata l'eccezione della Cooperativa in base alla quale l'impugnazione delle delibere consiliari era inammissibile in quanto non era stata precedentemente impugnata la delibera assembleare sulla cui base le delibere consiliari erano state emesse, essendo le stesse meramente esecutive di decisioni già pienamente formate.

Quanto a tale natura meramente esecutiva, il Tribunale ha infatti evidenziato che i criteri di quantificazione degli oneri accessori tra i soci erano già contenuti e quantificati in una determinata percentuale nella delibera assembleare che, però, non era stata precedentemente impugnata.

E' stato inoltre osservato che, diversamente opinando, consentire un'impugnativa autonoma e l'annullamento delle delibere consiliari in questione avrebbe:

1. i) comportato una inaccettabile elusione dei termini per impugnazione dell'atto presupposto, immediatamente lesivo dei diritti dei soci; e
2. ii) consentito, in modo del tutto contraddittorio, che rimanesse valida ed efficace una delibera assembleare a fronte di una dichiarata illegittimità dei soli esecutivi della medesima (profili di illegittimità peraltro interamente riferibili alla delibera assembleare presupposta).

Per tutte le suddette ragioni il Collegio ha quindi concluso che, a causa dell'omessa impugnazione della delibera assembleare presupposta, divenuta in tal modo inoppugnabile, le domande dei soci attori in merito all'invalidità delle delibere consiliari, ed al conseguente risarcimento del danno, erano da considerarsi inammissibili.

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

La determinazione della competenza a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 27 CCII per i procedimenti relativi a imprese assoggettabili ad amministrazione straordinaria

di **Ludovica Carrioli**

Trib. Bergamo, Seconda Sez. Civile, decreto, 8.7.2020

Massima: "*A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 27 CCII, è competente a conoscere delle procedure di concordato o degli accordi di ristrutturazione proposti da imprese assoggettabili ad amministrazione straordinaria il tribunale sede della sezione specializzata in materia di impresa*".

Disposizioni applicate: art. 27 CCII – art. 350 CCII – art. 3, d.lgs. 270/1999

Parole chiave: competenza – sezione specializzata in materia di impresa – CCII – amministrazione straordinaria

CASO

Il Tribunale di Bergamo, in composizione collegiale, ha affrontato la questione della competenza a conoscere della domanda di concordato preventivo proposta da una società avente i requisiti dimensionali per essere assoggettata a procedura di amministrazione straordinaria *ex* d.lgs. 270/1999.

Secondo la prospettazione della società ricorrente, l'art. 27 CCII (e, in particolare, la deroga alla competenza in favore del tribunale ove ha sede la sezione specializzata in materia di impresa) sino all'integrale entrata in vigore del Codice della Crisi, sarebbe applicabile esclusivamente in riferimento ai procedimenti volti alla declaratoria d'insolvenza in vista dell'apertura di amministrazione straordinaria ma non anche alle domande di concordato preventivo (o di accordo di ristrutturazione). Ciò in quanto, secondo la tesi della società istante, l'art. 27, co. 1, CCII, nel riferirsi ai "*procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza*", sarebbe necessariamente riferita (e riferibile) ai soli strumenti disciplinati dal CCII e meglio indicati nell'art. 1 del medesimo codice, ma "*non anche quelli previsti dalla legge fallimentare che è, attualmente, ancora in vigore*".

SOLUZIONE

Con il decreto in commento, il Tribunale di Bergamo ha confermato l'effettiva applicabilità dell'art. 27 CCII nel caso di procedure di concordato preventivo e accordi di ristrutturazione

dei debiti presentati da società in possesso dei requisiti dimensionali per poter essere assoggettate alla procedura di amministrazione straordinaria di cui al d.lgs. 270/1999, declinando così la propria competenza a conoscere della domanda di concordato in favore del Tribunale di Brescia (sede della sezione specializzata in materia di impresa).

QUESTIONI

Quella in esame è, nei fatti, una delle prime pronunce dei tribunali di merito avente ad oggetto l'applicazione dei "neointrodotti" criteri di determinazione della competenza previsti dall'art. 27, d.lgs. 14/2019.

Come noto, infatti, il legislatore – con la legge delega n. 155/2017 – ha previsto una serie di principi generali ai quali il governo doveva attenersi nel riformare in modo organico la disciplina delle procedure concorsuali (v. art. 2, l. 155/2017), tra i quali quello di "*assicurare la specializzazione dei giudici addetti alla materia concorsuale, con adeguamento degli organici degli uffici giudiziari la cui competenza risulti ampliata: attribuendo ai tribunali sede delle sezioni specializzate in materia di impresa la competenza sulle procedure concorsuali e sulle cause che ne derivano, relative alle imprese in amministrazione straordinaria e ai gruppi di imprese di rilevante dimensione*" (v. art. 2 co. 1, lett. n), n. 1, CCII).

In conformità a tale previsione, l'art. 27 CCII ha delineato una serie di novità in riferimento ai criteri di determinazione della competenza prevedendo, per quanto di interesse in questa sede, che "*Per i procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza e le controversie che ne derivano relativi alle imprese in amministrazione straordinaria e ai gruppi di imprese di rilevante dimensione è competente il tribunale sede delle sezioni specializzate in materia di imprese di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168. Il tribunale sede della sezione specializzata in materia di imprese è individuato a norma dell'articolo 4 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, avuto riguardo al luogo in cui il debitore ha il centro degli interessi principali*" (così il comma 1).

Tale norma, così come la modifica dell'art. 3, co. 1, d.lgs. 270/1999 ad opera dell'art. 350, co. 1, CCII (in forza del quale "*All'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, le parole «del luogo in cui essa ha la sede principale» sono sostituite dalle seguenti: «competente ai sensi dell'articolo 27, comma 1, del codice della crisi e dell'insolvenza»*"), **è di immediata applicazione**, in forza di quanto previsto dall'art. 389 CCII.

Ebbene, il Tribunale di Bergamo chiamato a pronunciarsi su una domanda di concordato presentato da una società avente i requisiti per essere assoggettata ad amministrazione straordinaria *ex* d.lgs. 270/1999, ha ritenuto che la competenza, per l'ipotesi di procedure relative a società in possesso dei requisiti dimensionali di cui al d.lgs. 270/1999, sia attribuita al tribunale sede della sezione specializzata in materia di impresa ove si trova il c.d. **c.o.m.i**. del debitore.

Secondo il tribunale, infatti, l'entrata in vigore dell'art. 27, co. 1, CCII **comporta l'immediata**

devoluzione alla competenza delle sezioni specializzate a conoscere di **ogni procedura concorsuale – anche alternativa alla declaratoria di insolvenza propedeutica all'apertura dell'amministrazione straordinaria – relativa a un'impresa in possesso dei requisiti dimensionali di cui al d.lgs. 270/1999,** deponendo in tal senso una serie di argomenti di carattere:

(i) **letterale**, poiché l'art**.** 27 non richiede che "*i procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza e le controversie che ne derivano relativi alle imprese in amministrazione straordinaria*" siano quelli "previsti" o "regolati" dal CCII;

(ii) **sistematico**, in ragione della modifica dell'art. 3, d.lgs. 270/1999 (diversamente opinando, in caso di scostamento tra "la sede principale" e il c.o.m.i. dell'impresa, dovrebbe ritenersi competente per la domanda di concordato un diverso tribunale rispetto a quello competente per la dichiarazione d'insolvenza dell'impresa);

(iii) **funzionale**, considerato il principio di maggior specializzazione (l. 155/2017 art. 2, co. 1, lett. n, n. 1, *supra*) voluto dal legislatore (a tale proposito, infatti, il Tribunale di Bergamo argomenta che, diversamente opinando, "*si dovrebbe allora ritenere che il tribunale più specializzato sia competente solo per il procedimento più semplice (dichiarazione d'insolvenza) e non per quelli di pari o maggiore complessità, pure d'iniziativa della stessa società*");

(iv) "***di ragionevolezza***" poiché una diversa interpretazione comporterebbe una competenza "variabile" *secundum eventum liitiis* (nel senso che, come sottolineato dal Tribunale di Bergamo, "*se il concordato preventivo o l'a.d.r. hanno un risultato favorevole per la società rimarrebbe competente il tribunale ordinario, in caso contrario la competenza transiterebbe su quello specializzato*").

Diritto Bancario

Invalidità delle fideiussioni conformi allo schema ABI: omnibus o specifiche?

di **Fabio Fiorucci**

Come noto, la Banca d'Italia (in funzione di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi) con il Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 ha censurato i rischi di una applicazione in modo uniforme della modulistica ABI sui contratti di fideiussione omnibus contenente previsioni (in particolare gli artt. 2, 6 e 8) relative alla c.d. clausola di sopravvivenza, di reviviscenza nonché di rinuncia termini *ex* art. 1957 c.c.

In argomento, Cass. n. 24044/2019 (v. anche Cass. n. 4175/2020) ha stabilito che è da escludere una nullità *in toto* della fideiussione omnibus: le clausole di cui agli articoli 2, 6 e 8 della fideiussione schema ABI possono apparire anti-concorrenziali e quindi affette da una nullità relativa, che però non travolge l'intero contratto di garanzia: « *dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dalla Autorità Antitrust ai sensi dell'art. 2 della legge n. 287 del 1990, non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti* ».

Sostanzialmente dello stesso tenore sono le conclusioni del Collegio di coordinamento dell'ABF n. 14555/2020: nullità parziale del contratto di fideiussione – attesa la accessorietà, non essenzialità, delle clausole 'incriminate' – e responsabilità extrapatrimoniale .

Tanto succintamente premesso, riferendosi il Provvedimento della Banca d'Italia del 2 maggio 2005 n. 55 alla « *fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie, che disciplina la prestazione della garanzia fornita da un soggetto (fideiussore) a beneficio di qualunque obbligazione, presente e futura, del debitore di una banca* », secondo un orientamento risultano escluse le fideiussioni che non hanno le caratteristiche proprie della fideiussione 'omnibus', ossia aventi ad oggetto un credito esattamente individuato, diversamente da quanto avviene nelle fideiussioni omnibus o per obbligazioni future (Trib. Pisa 6.11.2019; App. Milano 20.4.2020; Trib. Milano 21.7.2020; App. Milano 22.7.2020; Trib. Napoli 16.6.2020).

Secondo altra parte della giurisprudenza, la Banca d'Italia, nel censurare l'intesa ABI, ha fatto riferimento alle condizioni generali di contratto da applicare alla *"fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie*" in generale e, comunque, anche a voler ritenere la censura operata dalla predetta autorità di vigilanza limitata alle sole fideiussioni omnibus, nulla impedirebbe al giudice di ritenere illegittimo tale schema contrattuale quando applicato ad altri tipi di

fideiussione, in quanto anch'essa posta in essere in violazione dell'art. 2 della legge n. 287/1990 (Trib. Matera 6.7.2020). Anche per Trib. Padova 7.6.2020, atteso che le clausole 2, 6, 8 dello schema ABI sanzionato dal provvedimento n. 55/2005 della Banca d'Italia sono di per sé anticoncorrenziali, è ragionevole dedurne che tale caratteristica si mantenga in relazione a qualsiasi tipo di fideiussione che riproduca il modello ABI, sia pure con il diverso titolo di "fideiussione specifica" anziché di "fideiussione omnibus.

Nuove tecnologie e Studio digitale

I vantaggi del cloud computing per il professionista

di **Giuseppe Vitrani**

Il Cloud Computing è una realtà ormai diffusa per molti professionisti e il motivo di tale affermazione è probabilmente insito nella definizione fornita dal NIST (*National Institute for Standard and Technologies*), secondo il quale la "nuvola informatica" è un modello che permette da qualsiasi luogo e in maniera comoda l'accesso, su richiesta e tramite rete, ad un insieme di risorse di elaborazione condivise e configurabili (es. reti, server, storage, applicazioni e servizi) che vengono rapidamente fornite e rilasciate con il minimo sforzo di gestione o di interazione da parte del fornitore del servizio.

Già solo da queste poche righe traspare la flessibilità e la facilità di utilizzo della risorsa, il che spiega in gran parte le ragioni del suo successo.

Volendo approfondire l'analisi va detto che il modello in questione, per quanto riguarda il mondo dei professionisti, viene generalmente fruito secondo due articolazioni:

- **Software as a Service (SaaS):** l'utente usufruisce di applicazioni informatiche del fornitore che vengono eseguite su un'infrastruttura cloud anziché essere installate in locale. Le applicazioni sono accessibili dai vari dispositivi client (es. tablet, smartphone) oppure attraverso un web browser; in tale scenario l'utente non gestisce e non controlla l'infrastruttura cloud sottostante, che comprende la rete, i server, i sistemi operativi, lo storage o addirittura le singole funzionalità delle applicazioni. Egli può però gestire in piena libertà le impostazioni di configurazione.
- **Infrastructure as a Service (IaaS):** viene fornito all'utente un servizio di elaborazione e archiviazione, come ad esempio un software remoto presso il quale seguire il backup dei dati. Anche in tal caso non si gestisce e non si controlla l'infrastruttura cloud sottostante, ma si ha il controllo su sistemi operativi, storage e applicazioni distribuite.

Le due tipologie di servizio sono ormai ampiamente utilizzate e rivelano la loro grande utilità soprattutto al tempo presente in cui, in piena emergenza sanitaria, il lavoro al di fuori dello studio è non di rado una necessità anche per i professionisti.

Una piena digitalizzazione dello studio professionale, completata dall'utilizzo della nuvola informatica, costituisce senza dubbio il modello più efficace per impostare un lavoro che al giorno d'oggi deve contemplare l'eventualità che si possa svolgere al di fuori dello studio legale o professionale in genere. In tal senso, è evidente che sarebbe di scarsa utilità una gestione informatica che vedesse pratiche, atti ed incombenti vari allocati su cartelle locali di un server o di un computer allocato presso lo studio professionale; in caso di quarantena, di

lockdown o di altri eventi in grado di influire sulla capacità di movimento, il rischio è veder bloccata l'attività.

Al contrario, l'allocazione dei medesimi contenuti su di una infrastruttura cloud consente di evitare questo pericolo: l'accesso ai dati avviene per il tramite di una infrastruttura decentrata (non collocata all'interno dello studio professionale) e quindi è consentito con qualunque dispositivo, a condizione naturalmente che si disponga di un collegamento a internet e delle credenziali di accesso.

È dunque evidente il vantaggio per l'attività professionale; vantaggio che peraltro non si ferma al solo aspetto della fruibilità del dato ma si allarga anche al tema della sicurezza informatica, posto che l'utilizzo di risorse cloud consente generalmente di fruire di standard organizzativi e di protezione dei dati molto migliori rispetto a ciò che può offrire un'organizzazione per così dire "domestica".

Tale argomento appare vincente e convincente soprattutto laddove si pensa agli adempimenti in materia di protezione dei dati personali imposti dal regolamento UE n. 679 del 2016. Il "ruolo privacy" assunto da chi fornisce infrastrutture di cloud computing è certamente quello di responsabile del trattamento e dunque i contratti (o gli altri atti negoziali aventi pari efficacia giuridica) dovranno rispettare le previsioni dell'art. 28 GDPR. Il professionista – titolare del trattamento dovrà dunque scegliere accuratamente i propri partner visto che la norma sopra citata pone l'obbligo, in capo al titolare del trattamento, di ricorrere "*unicamente a responsabili del trattamento che presentino garanzie sufficienti per mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate in modo tale che il trattamento soddisfi i requisiti del presente regolamento e garantisca la tutela dei diritti dell'interessato*".

Effettuata tale attività preliminare di auditing sui possibili fornitori, sarà però possibile assicurarsi standard elevatissimi di sicurezza in grado di assicurare una piena *compliance* con il regolamento citato. In tal senso sarà dunque fondamentale ricercare partner che possano offrire le certificazioni internazionali principali per il settore, quali la ISO 27001 e la ISO 27018, e che dichiarino espressamente il luogo (o i luoghi) in cui vengono conservati i dati, dando così modo al titolare del trattamento di verificare se i dati vengano trattenuti all'interno dell'Unione Europea o se l'eventuale trasferimento transfrontaliero dei dati avvenga nel rispetto delle disposizioni del capo V del GDPR.

Inoltre, l'attività di ricerca consentirà di verificare se e come venga applicata la misura di sicurezza fondamentale della crittografia dei dati, cautela imprescindibile che i servizi cloud offrono nella maggior parte dei casi per impostazione predefinita e che invece all'interno di una installazione locale potrebbe essere sviluppata solo con operazioni lunghe e laboriose.

CONTINUA A LEGGERE

Master di specializzazione
PCT: SOLUZIONI OPERATIVE E ASPETTI DEONTOLOGICI
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >