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

Edizione di martedì 7 febbraio 2023

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Fallibilità della società start-up e termini per l'accertamento
di **Federico Callegaro, Cultore di Diritto Commerciale presso l' Università degli Studi di Verona**

Proprietà e diritti reali

Parasubordinazione dell'agente di commercio e competenza del giudice del lavoro del luogo di domicilio dell'agente
di **Valerio Sangiovanni, Avvocato**

Procedimenti di cognizione e ADR

Intervento delle Sezioni Unite sui limiti di sanabilità della procura alle liti
di **Valentina Baroncini, Avvocato e Ricercatore di Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Verona**

Esecuzione forzata

La riduzione del termine per proporre opposizione a decreto ingiuntivo
di **Paolo Cagliari, Avvocato**

Responsabilità civile

Responsabilità da cose in custodia per il danno riportato dal minore che cade su recinzione appuntita e tagliente
di **Daniele Calcaterra, Avvocato**

Comunione – Condominio - Locazione

Il singolo condomino può proporre opposizione a precetto ed opposizione tardiva al decreto

ingiuntivo pronunciato nei confronti del Condominio
di **Francesco Luppino, Dottore in giurisprudenza**

Diritto e procedimento di famiglia

La figlia con incapacità deve essere ascoltata dal giudice e può indicare la madre quale amministratore di sostegno
di **Giuseppina Vassallo, Avvocato**

Diritto e reati societari

Cause di incompatibilità e ineleggibilità a sindaco di società di capitali
di **Eleonora Giacometti, Avvocato**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Concordato fallimentare ed esdebitazione dai debiti tributari
di **Paolo Cagliari, Avvocato**

Diritto Bancario

Ius variandi e giustificato motivo
di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

LEGAL COUNSEL

La carta dei valori
di **Giulia Maria Picchi - Senior partner Marketude**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Fallibilità della società start-up e termini per l'accertamento

di **Federico Callegaro, Cultore di Diritto Commerciale presso l' Università degli Studi di Verona**

Cass. Civ. Sez. 1, Ordinanza 18 maggio 2022[1], n. 14316, Pres. Cristiano M. – Rel. Vella P.

Parole chiave: Start-up innovativa – natura dell'iscrizione nel Registro delle Imprese – non preclusa la successiva verifica giudiziale prefallimentare

Riferimenti normativi: D.l. n. 179 del 18 ottobre 2012[2]: artt. 25 e 31, Legge Fallimentare art. 6, Cod,civ.: art. 2193, L. n. 2248 del 20 marzo 1865: all. E artt. 4 e 5.

CASO

La questione sottoposta a mezzo ricorso alla Suprema Corte ha per oggetto l'efficacia, con riferimento ad una Procedura fallimentare richiesta in capo ad una società iscritta, nella sezione speciale del competente Ufficio del Registro delle Imprese, quale *start-up innovativa*, nella sezione speciale del Registro delle imprese.

Le ragioni del gravame si fondano sulle motivazioni espresse dai Giudici del reclamo[3], nel revocare il Fallimento, secondo i quali:

1. l'iscrizione "automatica" di una start-up innovativa nella sezione speciale del Registro delle imprese è assistita da una "presunzione di veridicità";
2. tale iscrizione avviene sulla base dell'autocertificazione del legale rappresentante – resa sotto la sua responsabilità penale – quanto ai prescritti requisiti, quindi derivandone la sua esclusione dalla soggezione a fallimento[4];
3. ne risulterebbe, di conseguenza, preclusa la verifica in sede prefallimentare dell'effettivo possesso dei requisiti medesimi.

Secondo la ricorrente avanti il Giudice di Legittimità tale iscrizione è elemento necessario ai fini di pubblicità "costitutiva" o "normativa", ma risulta privo di efficacia sanante, ove manchino

i rispettivi elementi della fattispecie, non peraltro surrogabile dalla semplice autocertificazione del legale rappresentante[5].

SOLUZIONE

La Corte, riconoscendo la fondatezza del motivo di impugnazione, preliminarmente analizza le disposizioni normative applicabili[6] e richiama la loro evoluzione operando, a supporto sella propria decisione, un raffronto con le analoghe previsioni quanto all'impresa agricola. Nel contempo evidenzia come i requisiti prescritti dalla legge, ed in modo particolare quelli *alternativi***[7]**, testimoniano l'intento del legislatore di incentivare, agevolandola, solo la start-up che sia effettivamente – non solo formalmente o statutariamente – e nel continuum[8] munita di una reale capacità innovativa, correlata alla propria concreta attività[9].

Nel richiamare una *parte minoritaria della giurisprudenza di merito***[10]**, che valorizza le disposizioni di carattere procedimentale per sostenere come "*il dato formale dell'iscrizione della start-up innovativa nella sezione speciale del Registro delle imprese costituirebbe in via esclusiva, esaurendolo, il presupposto della fruizione dei benefici di legge*", la Corte ritiene più condivisibile una lettura meno formalistica – e restrittiva – seguita dal Giudice di prime cure, così come dalla prevalente giurisprudenza di merito[11], per cui tale "*iscrizione rappresenta una condizione certamente necessaria, ma non anche sufficiente a garantire l'applicazione della disciplina agevolata e, segnatamente, l'esonero dalla dichiarazione di fallimento*". Ciò in quanto, puntualizza la Corte, "*dovendo essere sempre assicurato e verificato, nella sede giudiziale specificamente preposta, l'effettivo e concreto possesso dei requisiti prescritti, al di là della loro formale attestazione e di un loro riscontro meramente cartolare*". Si osservi, quindi, come ne derivi un obbligo, per il giudice, procedere a detta verifica in sede prefallimentare che in un'interpretazione ampia dell'indirizzo di Legittimità, potrebbe spingersi non solo ai due momenti statiti, riconducibili all'iscrizione ed all'esame in sede prefallimentare, ma anche nel continuum intercorso tra i due attesi gli effetti che derivano dal poter venir meno, anche temporaneo, dei prescritti requisiti di legge.

Merita attenzione il passo della Pronuncia in cui, apparendo quale elemento fondante della rilevanza attribuita alla materia in questione, relativamente agli effetti derivanti da illeciti in materia di iscrizione non legittima, precisa come siano stati segnalati i rischi di abusi e turbative del mercato e della concorrenza, derivanti da un illegittimo beneficio di incentivi/ benefici fiscali, finanziari, in materia di lavoro e concorsuale.

In primis la Corte sgombra il campo dalla «*pretesa "presunzione di veridicità" dell'autocertificazione resa dal legale rappresentante della start-up innovativa*»[12], indicando come non assuma dirimente neppure il conseguimento dell'iscrizione nella sezione speciale del Registro delle imprese[13]. Le argomentazioni della Corte traggono riferimento dalla diversa posizione giuridica, proprio in ragione di espressa disposizione normativa[14], prevista in materia di impesa artigiana – sempre avuto riferimento alla fruibilità di agevolazioni – che comunque la Corte medesima ha interpretato nel senso che «*integra un elemento necessario ma non sufficiente per definire l'impresa come artigiana, costituendo un "coelemento" della fattispecie*

acquisitiva della qualifica soggettiva … la cui sussistenza deve essere «verificata in concreto dal giudice»»[15]. Di rilevante interesse appare l'ulteriore considerazione dalla Corte[16], a supporto della scelta interpretativa operata, per la quale diversamente affermando "*la sufficienza del mero dato formale*" si verrebbe a collidere con "*il potere del giudice di disapplicare il provvedimento illegittimo, «in quanto adottato in assenza delle condizioni previste dalla legge …*"[17].

Viene quindi analizzata la portata dell'attività di verifica amministrativa in sede di presentazione della domanda di iscrizione alla Sezione Speciale definita, dalla dottrina "controllo qualificatorio" che. secondo l'orientamento prevalente nella giurisprudenza di merito[18], "*è di tipo prettamente formale – così come di mera legalità è quello spettante in seconda battuta al Giudice del registro – in quanto limitato alla verifica della corrispondenza tipologica dell'atto da iscrivere a quello previsto dalla legge, senza alcuna possibilità di accertamento in ordine alla sua validità, controllo invece riservato alla sede giurisdizionale contenziosa*". Chiarisce la Corte, quindi, come tali principi generali siano applicabili anche al controllo da operarsi in sede di iscrizione delle start-up innovative, derivandone come: a) il perimetro di competenza del Conservatore risulterebbe limitato alla carenza formale dei presupposti[19], b) restando esclusa ogni analisi nel merito delle dichiarazioni presentate[20], c) la sorveglianza demanda al Giudice del Registro delle imprese (art. 2188, comma 2, c.c.) è da intendersi esercitata a tutela di interessi generali.

La Corte, analizzando compiutamente ogni rilevante aspetto connesso e collegato alla materia posta alla sua decisione, considera anche gli effetti di profilo *processuale della tutela dei diritti*, sottolineando come "*la contraria opinione rende ingiustamente più onerose – in contrasto con gli artt. 24 Cost. e 6, par. 1, Cedu – le iniziative dei creditori di fronte alla insolvenza di un debitore iscritto nella sezione speciale delle start-up innovative*". Ne deriverebbe infatti l'onere, prima di presentare il ricorso per dichiarazione di fallimento, ex art. 6 l.f. di ottenerne la cancellazione dell'iscrizione nelle forme giudiziarie previste.

Si richiama all'attenzione come la Corte, inoltre, sottolinei ed evidenzi – quasi quale elemento a supporto della rilevanza a disporre, da un lato, la cancellazione in sede di Volontaria Giurisdizione e, dall'altro, di non veder ostacolato né ritardato il legittimo svolgimento delle iniziative volte a sottoporre all'Autorità giudiziaria un'istanza di fallimento vieppiù ove sussista un illegittimo formale impedimento -.

Principio di Diritto

A conclusione dell'analisi svolta dalla Corte, formulando il seguente principio di diritto "*L'iscrizione di una società quale start-up innovativa nella sezione speciale del Registro delle imprese, in base all'autocertificazione del legale rappresentante circa il possesso dei requisiti formali e sostanziali, ed alla successiva attestazione del loro mantenimento, ai sensi dall'art. 25 del d.l. n. 179 del 2012, convertito dalla l. n. 221 del 2012, non preclude la verifica giudiziale dei requisiti medesimi in sede prefallimentare***[21]***, in quanto la suddetta iscrizione costituisce presupposto necessario ma non sufficiente per la non assoggettabilità a fallimento, a norma*

dell'art. 31, d.l. cit., essendo necessario anche l'effettivo e concreto possesso dei requisiti di legge per l'attribuzione della qualifica di start-up innovativa". Giova sottolineare come il principio di diritto richiami la condizione della "*successiva attestazione del loro mantenimento*" sottolineando la continuità nello *status* escludendosi, quindi, la sua cristallizzazione ad un tempo momento, iniziale, indipendentemente dalle evoluzioni, ad esso successive, che l'attività della start-up venga ad assumere o sviluppare.

QUESTIONI APPLICATE NELLA PRATICA

Appare legittimo ritenersi opportuno, quindi:

a) in sede di strutturazione del Progetto di Start-up Innovativa deve essere definito un preciso e concreto perimetro delle attività, chiamate a consentirne il riconoscimento, sotto gli aspetti sostanziale e formale individuandone i vari elementi, processi, procedure, potenziali di sviluppo, termini e modalità di loro applicazioni in sede di svolgimento dell'attività stessa così come le loro prospettive di sviluppo nonché, ove possibile, le aree di futuro intervento di ulteriori innovazioni;

b) nel perdurare dell'attività imprenditoriale[22], risulta non privo di effetti il monitorare puntualmente – prevedendo in via cautelativa anche l'evitare di soluzioni di continuità -, da parte degli Amministratori, il permanere o meno delle condizioni previste dalla normativa tempo per tempo vigente, delle condizioni e requisiti per la qualificazione di Start-up Innovativa[23]. Di tali verifiche risulta opportuno, anche a fini di eventuale ulteriore prova e fermi i previsti obblighi di informativa societaria (infra), presentare, a cadenza almeno annuale, un puntuale e completo Report al Consiglio di Amministrazione, contenente i termini, modalità, criteri e verifiche effettuate, assistito eventuali analisi svolte da consulente esterni da cui risulti il mantenimento dei prescritti requisiti;

c) "lato creditore" appare non solo opportuno acquisire ed analizzare, per tempo[24], gli elementi ed i dati rilevanti e giustificanti l'iscrizione nella Sezione Speciale, così come il suo mantenimento, resi disponibili ai terzi a' sensi di legge (infra).

[1] Data pubblicazione 4 luglio 2022.

[2] Convertito dalla l. n. 221 del 2012.

[3] Corte d'Appello di Trieste, sentenza n. 537/2018 depositata il 08/10/2018, in revoca del fallimento dichiarato dal Tribunale di Udine con sentenza del 22/05/2018.

[4] Puntualizzano i Giudici di merito, in ogni caso, "*ferma restando l'accessibilità alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*".

[5] Si sottolinea, aspetto processuale ma comunque di sicuro interesse, come la Corte riporti – richiamando anche un proprio precedente (Cass. 16538/2020) il dare atto, a cura di entrambe

le parti hanno dato atto in rispettive memoria, dell'intervenuta chiusura del fallimento, "*per compiuta ripartizione finale dell'attivo, pur rilevandone concordemente l'irrilevanza processuale in sede di legittimità*").

[6] Richiamando, in particolare, che:

- "*il primo comma dell'art. 31 prevede che «la start-up innovativa non è soggetta a procedure concorsuali diverse da quelle previste dal capo II della legge 27 gennaio 2012 n. 3» ("Procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio")*", e
- "*(solo con l'ormai prossima entrata in vigore del Codice della crisi e dell'insolvenza i creditori saranno legittimati, in determinati casi, a proporre la domanda di liquidazione controllata, ai sensi dell'art. 268, comma 2, come modificato dal d.lgs. n. 147 del 2020)*".

[7] Art. 25, comma 2, lettera h) n,1 1), 2) e 3) in materia di spese in ricerca e sviluppo, percentuale di dipendenti o collaboratori a qualsiasi titolo aventi caratteristiche di elevato standing formativo accademico, titolarità (anche come depositaria o licenziataria) di almeno una privativa industriale in taluni specifici settori che siano direttamente afferenti all'oggetto sociale e all'attività di impresa.

[8] Pur se limitatamente al periodo previsto dalla legge stessa, con i limiti derivanti dalla non *contestuale* costituzione in sede di iscrizione nell'apposita sezione (art. 25, comma 3 d.l. 179/2012) da coordinarsi, quanto ai successivi effetti che ne derivano, con il successivo art. 31, comma 4.

[9] La particolare attenzione del Legislatore al rispetto delle agevolazioni riconosciute a tali iniziative imprenditoriali appare sottolineata, sotto l'aspetto della significatività dei controlli, dal comma 5 dell'art. 31 nella parte in cui espressamente, prevede che il Ministero dello sviluppo economico, in materia di vigilanza sul corretto utilizzo delle agevolazioni e sul rispetto della disciplina qui trattata, possa avvalersi del Nucleo speciale spesa pubblica e repressione frodi comunitarie della Guardia di finanza.

[10] Citando Trib. Milano 7 settembre 2017.

[11] Citando "*da ultimo*" App. Milano 8 luglio 2021, Trib. Milano 8 aprile 2021, App. Brescia 25 gennaio 2021, Trib. Genova 3 novembre 2019, sottolineandosi in Pronuncia "*tutte in ambito prefallimentare*"., a meglio significare la specifica loro riferibilità all'istituto in trattazione.

[12] Richiamando propri precedenti quanto all'esaurirsi dei loro effetti nell'ambito dei rapporti con la P.A. non costituendo ex sé prova in sede giudiziale lasciando, quindi, al giudice di adeguatamente valutarla (Cass. Sez. U, 12065/2014; Cass. 11276/2018, 8973/2020, Cass. 32568/2019).

[13] Richiamando come, ai sensi dell'art. 2193 c.c., primo comma essa abbia natura di

pubblicità dichiarativa, sottolineando come talune disposizioni prevedano espressamente una natura costitutiva "*tra le quali rientra, in primis, l'efficacia costituiva dell'iscrizione delle società di capitali*". Lo stesso dicasi viene chiarito, anche con riferimento all'iscrizione nelle sezioni speciali del registro delle Imprese.

[14] Art. 5 della l. n. 443 del 1985 (legge quadro sull'artigianato).

[15] Citando Cass. 18723/2018.

[16] Richiamando propri precedenti Cass. 18723/2018, 29916/2018.

[17] Nell'ipotesi, richiamata a riferimento "*per il riconoscimento della qualifica di impresa artigiana*" che, mutatis mutandis, viene ritenuto applicabile anche per le Startup Innovative.

[18] Richiamando "*ex multis, Trib. Roma 5 aprile 2019*".

[19] *"(sia pure non limitata all'esistenza della domanda e dell'autocertificazione circa il possesso dei requisiti, ma estesa alla manifesta mancanza di elementi, emergente dall'esame degli stessi atti e documenti allegati)".*

[20] A titolo che appare quale necessario chiarimento, trattandosi di diversa perimetrazione di compiti nell'ambito di soggetti appartenenti all'Amministrazione Pubblica, viene richiamato il potere di vigilanza "*sul corretto utilizzo delle agevolazioni e sul rispetto della relativa disciplina*", attribuito al Ministero dello sviluppo economico dall'art. 31, comma 5, d.l. n. 179 del 2012 (infra).

[21] La Corte, a definizione di tale escursus, viene ad affermare la *piena compatibilità* tra tale *potere di controllo formale* ed il più ampio sindacato di merito dell'autorità giudiziaria competente ad esaminare la domanda di fallimento della start-up.

[22] Attese il contenuto delle previsioni normative sopra richiamate e descritte, il termine finale – ai fini del mantenimento dei vantaggi previsti dalla normativa stessa – cessa con la cancellazione dalla Sezione Speciale per scelta dell'Imprenditore ovvero per decorrenza del termine finale – quinquennale (art. 31, comma 4) a decorrere dalla data di costituzione e della Società, fermi termini più brevi in caso di costituzione ante entrata in vigore della Legge di Conversione del D,l, 172/2912-.

[23] A tale proposito si richiama, tra le altre, uno dei requisiti – che appaio limitati temporalmente al momento della richiesta di iscrizione – previsti per l'scrizione nella Sezione Speciale riservata alle Start-up Innovative, secondo il quale le spese in ricerca e sviluppo devono a) risultare dall'ultimo bilancio approvato e b) essere descritte in nota integrativa (d.l. 172/2012, art. lettera h), n. 1).

[24] Sia in sede di instaurazione dei rapporti con la parte interessata che nel durante, in

particolare al rilevarsi di circostanze e/o elementi anche prospettici di sua insolvibilità.

Proprietà e diritti reali

Parasubordinazione dell'agente di commercio e competenza del giudice del lavoro del luogo di domicilio dell'agente

di **Valerio Sangiovanni, Avvocato**

Corte di cassazione, Sezione 6, n. 32100 del 31 ottobre 2022, Pres. Lombardo, Rel. Criscuolo

Parole chiave

Agente – Parasubordinazione – Competenza del giudice del lavoro – Competenza presso il domicilio dell'agente

Massima: "*Nell'ambito di un rapporto di agenzia, quando l'agente sia imprenditore individuale, in assenza di prova del fatto che l'agente si fosse munito di una peculiare organizzazione tale da far svanire il connotato della parasubordinazione, deve presumersi che la sua attività sia stata svolta in maniera prevalentemente personale, con la conseguente applicazione delle regole che fissano la competenza del giudice del lavoro*".

Disposizioni applicate

Art. 409 c.p.c. (controversie individuali di lavoro), art. 413 c.p.c. (giudice competente)

CASO

Fra una società (in qualità di preponente) e una impresa individuale (in qualità di agente) viene concluso un contratto di agenzia. L'agente conclude pochi affari e così il preponente recede dal contratto di agenzia. Il preponente effettua i conteggi di fine rapporto e, sulla base di essi, risulta creditore di € 2.757,66 nei confronti dell'agente. La società preponente ottiene decreto ingiuntivo dal Tribunale di Nocera Inferiore. **Il contratto di agenzia fra le parti prevedeva come foro competente quello di Milano**. Nell'atto di opposizione, l'agente eccepisce l'incompetenza territoriale del Tribunale di Nocera Inferiore per essere competente il Tribunale di Milano. Il Tribunale di Nocera Inferiore accoglie l'eccezione di incompetenza

sollevata dall'agente e si dichiara incompetente. Secondo il Tribunale di Nocera Inferiore, poiché l'agente era una società di capitali, la clausola di deroga alla competenza per territorio contenuta nel contratto di agenzia era legittima, cosicché il giudizio doveva essere riassunto davanti al Tribunale di Milano. La società preponente si rivolge allora alla Corte di cassazione con ricorso per regolamento di competenza.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione cassa la sentenza del Tribunale di Nocera Inferiore, in quanto il giudice di merito aveva errato nel qualificare l'agente come società di capitali. In realtà **l'agente operava come singola persona fisica (imprenditore individuale)**. In questo caso l'art. 413 c.p.c. prevede la competenza inderogabile del luogo in cui l'agente ha il proprio domicilio. In conclusione la Cassazione accoglie il ricorso della società preponente e dichiara la competenza del Tribunale di Nocera Inferiore, quale giudice del lavoro, dinanzi al quale il processo dovrà essere riassunto nel termine di legge.

QUESTIONI

Nel nostro ordinamento, **la figura dell'agente di commercio è ibrida** fra la posizione dell'imprenditore commerciale – del tutto indipendente e autonomo (questa è invero l'impostazione del diritto comunitario, da cui origina la disciplina italiana del contratto di agenzia) – e la posizione del lavoratore dipendente: a tale riguardo si utilizza l'espressione di "parasubordinazione".

Il collocamento mediano dell'agente come parasubordinato emerge anche con riferimento ai profili processuali. Se si analizza il codice di procedura civile, si rinvengono alcune disposizioni che avvicinano l'agente al lavoratore dipendente:

1. l'art. 409 c.p.c. prevede che si osservano le norme sul rito del lavoro anche per i rapporti di agenzia e rappresentanza commerciale;
2. l'art. 413 comma 4 c.p.c. stabilisce che competente per territorio è il giudice nella cui circoscrizione si trova il domicilio dell'agente.

La giurisprudenza ha però affermato che, **se l'agente è dotato di una struttura imprenditoriale**, non può essere equiparato a un lavoratore parasubordinato, con la conseguenza che non operano né l'art. 409 c.p.c. né l'art. 413 c.p.c. Ad esempio Corte di cassazione n. 3029 del 16 febbraio 2015 ha deciso che ove l'agente abbia organizzato la propria attività di collaborazione in forma societaria, anche di persone, o comunque si avvalga di una autonoma struttura imprenditoriale, non è ravvisabile un rapporto di lavoro coordinato e continuativo ai sensi dell'art. 409 c.p.c. Precedentemente la medesima Corte di cassazione n. 15535 del 14 luglio 2011 aveva statuito che la società in accomandita semplice, quale che ne sia il numero dei soci, costituisce comunque un centro autonomo d'imputazione di rapporti giuridici rispetto ai soci stessi; pertanto, concluso un contratto di agenzia tra l'impresa preponente e una società in accomandita semplice, la controversia sulla risoluzione di tale contratto esula dalla

competenza per materia del giudice del lavoro.

Nel solco di questa giurisprudenza si colloca la recentissima ordinanza della Corte di cassazione n. 32100 del 31 ottobre 2022 oggetto di questo breve commento. La particolarità di questa decisione è che l'agente operava non in forma societaria, bensì come imprenditore individuale. Secondo la Cassazione, **non essendoci alcuna struttura societaria né alcuna organizzazione imprenditoriale**, gli articoli 409 e 413 c.p.c. devono trovare applicazione. Ne consegue che la competenza a conoscere della controversia non è del Tribunale di Milano, ma di quello di Nocera Inferiore dove l'agente ha il proprio domicilio. In presenza di una struttura societaria in capo all'agente, può escludersi sempre l'applicabilità del rito del lavoro e la competenza inderogabile del luogo di sede della società. In presenza invece di un imprenditore individuale (come nel caso oggetto dell'ordinanza n. 32100 in commento), bisogna valutare se l'imprenditore individuale sia dotato di una struttura imprenditoriale tale per cui la struttura prevale sulla persona fisica dell'agente. Nel discernere se l'agente persona fisica sia o meno dotato di una significativa struttura imprenditoriale, opera – dice la Corte di cassazione – una presunzione: in assenza del fatto che l'agente si sia munito di una peculiare organizzazione tale da far svanire il connotato della parasubordinazione deve presumersi che la sua attività sia stata svolta in maniera prevalentemente personale, con la conseguente applicazione delle regole che fissano la competenza del giudice del lavoro.

Nella fattispecie affrontata dalla Corte di cassazione, il Tribunale di Nocera Inferiore è incorso in un errore, avendo affermato che non sussiste la competenza del giudice del lavoro per il fatto che l'agente era una società di capitali. In realtà, l'agente era un imprenditore individuale. L'art. 413 comma 8 c.p.c. prevede che "*sono nulle le clausole derogative della competenza per territorio*". In assenza di una struttura societaria dell'agente e in assenza della prova contraria che l'agente imprenditore individuale è dotato di una significativa struttura imprenditoriale, **la clausola del contratto di agenzia è nulla** e la competenza non può essere radicata presso il Tribunale di Milano, bensì deve essere radicata nel luogo di domicilio dell'agente. In conclusione la Corte di cassazione dichiara la competenza del Tribunale di Nocera Inferiore, luogo di domicilio dell'agente, quale giudice del lavoro.

Procedimenti di cognizione e ADR

Intervento delle Sezioni Unite sui limiti di sanabilità della procura alle liti

di **Valentina Baroncini, Avvocato e Ricercatore di Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Verona**

Cass., sez. un., 21 dicembre 2022, n. 37434, Pres. Curzio – Est. Grasso

[1] Procedimento civile – Mandato alle liti (procura alle) – art. 182, comma 2, c.p.c. – Disciplina vigente – Inesistenza o mancanza in atti della procura – Sanatoria – Esclusione (art. 182 c.p.c.)

L'art. 182, comma 2, c.p.c., nella formulazione introdotta dall'art. 46, comma 2, della l. n. 69 del 2009, non consente di "sanare" l'inesistenza o la mancanza in atti della procura alla lite.

CASO

[1] L'intervento delle Sezioni Unite che ci apprestiamo a commentare è stato sollecitato dalla Seconda Sezione Civile, la quale, con ordinanza interlocutoria del 15 febbraio 2022, n. 4932, aveva rimesso gli atti al Primo Presidente per sottoporre al massimo organo di nomofilachia la seguente questione di massima di particolare importanza: "Se, ai sensi dell'art. 182, 2°co., c.p.c., come novellato dalla l. n. 69 del 2009, il giudice debba assegnare un termine per il rilascio della procura *ad litem* o per la rinnovazione della stessa solo nel caso in cui la procura rilasciata al difensore di una parte sia materialmente presente in atti ma, tuttavia, risulti affetta da un vizio che ne determini la nullità, o anche nel caso in cui un avvocato abbia agito in rappresentanza di una parte senza che in atti esista alcuna procura da quest'ultima rilasciata in suo favore".

SOLUZIONE

[1] Le Sezioni Unite, dopo aver ripercorso i termini del vigente dibattito giurisprudenziale, hanno sposato la soluzione più restrittiva, secondo cui il vigente art. 182, 2°co., c.p.c., come riformato dalla l. n. 69/2009, non consente di sanare l'inesistenza o la mancanza in atti della

procura alla lite.

QUESTIONI

[1] La questione sottoposta alle Sezioni Unite attiene, in definitiva, ai limiti di sanabilità della procura alle liti e, in particolare, se il meccanismo di sanatoria predisposto dall'art. 182, 2°co., c.p.c., come modificato dalla l. n. 69/2009, possa trovare applicazione anche in caso di materiale mancanza agli atti di causa della procura alle liti ovvero di sua radicale inesistenza.

Il problema interpretativo appena posto è innescato dal tenore del richiamato art. 182, 2°co., c.p.c., il quale, testualmente, consente la sanatoria esclusivamente del «vizio che determina la nullità della procura al difensore», ossia un vizio che, evidentemente, presuppone la presenza sulla scena di una procura, seppur viziata.

Attorno a tale questione è possibile richiamare due distinti orientamenti.

Il primo, più estensivo, ritiene che l'art. 182, 2°co., c.p.c., imponga al giudice, anche in grado d'appello, l'assegnazione del termine per la sanatoria del vizio non solo nel caso di procura alle liti affetta da vizi che ne procurino la nullità, ma anche nell'ipotesi di procura inesistente o, comunque, non in atti, invitando la parte alla relativa regolarizzazione (in tal senso, Cass., 22 maggio 2014, n. 11359). Tale orientamento, in particolare, poggia sull'elemento testuale, sempre rinvenibile in tale norma, che rende possibile, oltre alla *rinnovazione*, anche il *rilascio* (evidentemente, da intendersi *ex novo*) della procura, così restando priva di rilievo la distinzione tra inesistenza e nullità (in tal senso, Cass., 7 maggio 2018, n. 10885, Cass., 29 ottobre 2020, n. 23958).

Il secondo e più restrittivo orientamento, viceversa, nega che la parte possa ovviare, con effetto sanante *ex tunc*, alla mancanza di procura alle liti o, comunque, alla sua assenza in atti.

A tal proposito, il provvedimento richiama l'arresto di Cass., sez. un., 27 aprile 2017, n. 10414, la quale ha affermato che nel giudizio dinanzi al Consiglio Nazionale Forense intrapreso, personalmente, da un avvocato privo di *ius postulandi*, perché non iscritto nell'albo speciale di cui all'art. 33, r.d.l. n. 1578/1933 (nelle specie, in quanto radiato) o sospeso dall'esercizio della professione, non è applicabile l'art. 182, 2°co., c.p.c., come modificato dalla l. n. 69/2009, che presuppone la regolarizzazione in favore del soggetto o del suo procuratore già costituiti e non consente, pertanto, la costituzione in giudizio di un soggetto diverso dal ricorrente, iscritto in quell'albo, previo rilascio di mandato speciale.

Successivamente, la Cassazione (il riferimento è a Cass., 16 maggio 2018, n. 11930) ha avuto modo di giudicare manifestamente infondata l'eccezione d'illegittimità costituzionale dell'art. 182 c.p.c., nella parte in cui non troverebbe applicazione in caso d'inesistenza della procura "non essendo le situazioni delineate suscettibili di comparazione, come pure affermato da Cass., sez. un., 27 aprile 2017, n. 10414, onde non è fonte di un *vulnus* costituzionalmente rilevante il fatto che la disciplina prevista dall'art. 182, 2°co., c.p.c., non trovi applicazione in

caso di difetto originario della procura".

Analogamente, si è negata la sanatoria a riguardo del ricorso in appello proposto dalla parte personalmente priva del potere di postulare per sé stessa (Cass., 4 ottobre 2018, n. 24257).

Anche questo secondo orientamento valorizza il tenore letterale della disposizione, ma in senso opposto al primo: il rifermento espresso a un vizio determinante la nullità della procura al difensore implicherebbe, secondo tale lettura, l'esistenza in atti della procura stessa, escludendo la possibilità di sanatoria della procura sì esistente, ma mancante agli atti, ovvero inesistente *tout court*.

Tale dato testuale è posto a base anche della scelta compiuta dalle Sezioni Unite, con il provvedimento che si commenta, di sposare l'interpretazione più restrittiva: secondo la decisione in epigrafe, infatti, la legge non avrebbe voluto contemplare l'inesistenza della procura, avendo inteso esclusivamente considerare la procura affetta da nullità.

Dunque, l'unica categoria di vizio inficiante la procura considerata dalla norma è quella della nullità, emendabile attraverso la rinnovazione, evidentemente eliminando il vizio che l'affetta, oppure, a discrezione della parte, mediante il rilascio di una nuova procura.

Anche il riferimento alla possibilità del rilascio della nuova procura, quale modalità di sanatoria del vizio, viene disinnescato dalla pronuncia in esame, da potenziale argomento a favore della tesi estensiva: secondo le Sezioni Unite, infatti, tale opzione non contemplerebbe affatto che una procura possa non essere esistita, ma, ben diversamente, che la parte possa sanare il vizio, implicante nullità, mediante un nuovo rilascio.

Ancora, secondo le Sezioni Unite ipotizzare un'estensione del meccanismo di sanatoria all'inesistenza si porrebbe in irrisolvibile contrasto con il principio enunciato dagli artt. 82 e 83 c.p.c., che impone – salvo casi limitati ed eccezionali – il ministero di un difensore, negando alla parte che non sia essa stessa avvocato di poter stare in giudizio personalmente. Tale regola è tradizionalmente diretta ad assicurare la miglior tutela possibile dei diritti a ciascuno dei contendenti e lo svolgimento rapido e ordinato del processo, garantito dalla presenza di tecnici in grado di purgarlo da rimostranze, lamentele e ostruzionismi privi di fondamento giuridico, evitando un coinvolgimento emotivo delle parti, prive di competenza giuridica, che ne dilaterebbero inutilmente i tempi e agevolerebbero deprecabili liti, anche con passaggio a sgradevoli vie di fatto.

Tale principio, con tutta evidenza, resterebbe radicalmente frustrato con l'ammissione della possibilità di sanare l'inesistenza della procura, per la semplice ragione che la parte priva di ministero difensivo avrebbe il diritto processuale di vedersi assegnato un termine per nominare il difensore, e, a nomina avvenuta, l'effetto *ex tunc* sancirebbe la piena validità degli atti fino a quel momento compiuti personalmente, come se fosse stata difesa da un avvocato, regolarmente munito di procura.

Altro passaggio interessante della pronuncia delle Sezioni Unite riguarda il riferimento all'interpretazione da offrire all'art. 182, 2°co., c.p.c., come novellato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149.

La riforma, infatti, è intervenuta sul testo dell'art. 182, 2°co., c.p.c., nei termini seguenti: «Quando rileva la *mancanza* della procura al difensore oppure un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione che ne determina la nullità il giudice assegna alle parti un termine perentorio per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza o l'assistenza, per il rilascio delle necessarie autorizzazioni, ovvero per il rilascio della procura alle liti o per la rinnovazione della stessa. L'osservanza del termine sana i vizi, e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono fin dal momento della prima notificazione [corsivo nostro]».

La radicale modifica attribuisce un contenuto chiaramente diverso rispetto alla disposizione precedente: viene, infatti, espressamente indicato il caso della mancanza della procura.

Trattasi di innovazione che, secondo le Sezioni Unite, è destinata a costituire uno spartiacque con la disciplina attuale e ad aprire uno scenario nuovo per il futuro, ammettendo la possibilità di rimediare alla mancanza in atti della procura alle liti.

L'intervento in questione, secondo la pronuncia in commento, varrebbe così a confermare *a contrario* la correttezza della linea interpretativa sposata dal provvedimento, secondo la quale la norma vigente non consente la sanatoria dell'inesistenza della procura.

Peraltro, la riforma non si riferisce al fenomeno del mondo tangibile della inesistenza, avendo evocato, invece, la mancanza. Dal che, sempre secondo la Corte, potrebbe essere lecito dubitare se si sia voluto attribuire rilievo esclusivamente al mancato inserimento fra le carte processuali della procura esistente, oppure, seppure con la derivazione dal verbo mancare, si sia inteso evocare anche l'inesistenza in natura.

Esecuzione forzata

La riduzione del termine per proporre opposizione a decreto ingiuntivo

di **Paolo Cagliari, Avvocato**

Cass. civ., sez. II, 27 luglio 2022, n. 23418 – Pres. Orilia – Rel. Trapuzzano

Massima: *"Il potere, attribuito al giudice dall'art. 641, comma 2, c.p.c., di ridurre o aumentare il termine entro il quale il debitore può proporre opposizione al decreto ingiuntivo se concorrono giusti motivi non si sottrae all'obbligo di motivazione imposto dal precedente comma 1 per l'emissione del provvedimento di ingiunzione, se esistono le condizioni previste dall'art. 633 c.p.c.; pertanto, i motivi che consentono la modifica della durata di detto termine, nonché le ragioni che li caratterizzano come giusti, devono essere enunciati nel provvedimento, quantomeno con rinvio implicito alle condizioni che ne giustificano la sussistenza, specificamente rappresentate dal creditore nel ricorso, in modo che si possa ritenere, da un lato, che il giudice le abbia vagliate e accolte e, dall'altro lato, che sia stato garantito il diritto di difesa del debitore ingiunto".*

CASO

Una società chiedeva l'emissione di un decreto ingiuntivo nei confronti di persona residente in Svizzera, instando espressamente perché ne venisse concessa la provvisoria esecuzione e affinché fosse ridotto il termine per proporre opposizione, in considerazione della rilevanza della somma, dell'infondatezza delle contestazioni mosse da controparte per sottrarsi al pagamento, del tempo trascorso e della necessità di attivare l'esecuzione forzata in un paese straniero, una volta ottenuto il titolo esecutivo.

La domanda monitoria veniva accolta e il giudice assegnava all'ingiunto il termine di quaranta giorni per interporre opposizione.

Ciononostante, l'atto di citazione introduttivo della stessa veniva notificato una volta scaduto il suddetto termine, ma entro quello di sessanta giorni previsto dall'art. 641, comma 2, c.p.c. per il caso in cui l'intimato risieda in uno Stato non appartenente all'Unione europea.

Il Tribunale di Tivoli dichiarava la tardività dell'opposizione e, nel contempo, la nullità del decreto ingiuntivo, per assenza di motivazione in merito alla riduzione del termine di cui all'art. 641, comma 2, c.p.c.

La Corte d'Appello di Roma confermava la tardività e la conseguente inammissibilità dell'opposizione, ma riformava la sentenza di primo grado nella parte in cui aveva annullato il decreto ingiuntivo, in quanto l'omessa motivazione circa l'abbreviazione del termine per l'opposizione, in realtà, non poteva dirsi sussistente, dal momento che l'accoglimento della relativa richiesta, debitamente argomentata in ricorso, era da reputarsi fondato sulle stesse ragioni addotte dal ricorrente e implicitamente richiamate nel provvedimento monitorio e, in ogni caso, doveva essere dedotta – quale motivo di nullità – con l'opposizione tempestiva; pertanto, la sua proposizione dopo la scadenza del termine concesso aveva comportato la cristallizzazione del decreto ingiuntivo, divenuto definitivo ed esecutivo ai sensi dell'art. 647 c.p.c.

La sentenza di secondo grado era impugnata con ricorso per cassazione.

SOLUZIONE

[1] La Corte di Cassazione ha respinto il ricorso, affermando che, quando il ricorrente ha esposto nel ricorso le ragioni che fondano la richiesta di abbreviazione del termine per l'opposizione avverso il decreto ingiuntivo, deve ritenersi che il giudice le abbia lette e vagliate, con la conseguenza che il provvedimento di accoglimento della domanda monitoria che assegni al debitore un termine inferiore a quello ordinariamente previsto dall'art. 641, comma 1, c.p.c. va considerato validamente assunto, in quanto motivato *per relationem*, mediante rinvio implicito alle argomentazioni addotte dal ricorrente.

QUESTIONI

[1] L'art. 641 c.p.c. stabilisce che, con il provvedimento di accoglimento del ricorso monitorio, al debitore viene ingiunto di pagare la somma (o di consegnare la cosa) dovuta entro quaranta giorni dalla notifica del decreto, con l'avvertimento che, nel medesimo termine, può proporre opposizione.

Tuttavia, qualora il debitore risieda all'estero, il comma 2 del medesimo art. 641 c.p.c. stabilisce che il termine per l'opposizione è di cinquanta o di sessanta giorni, a seconda che il destinatario dell'ingiunzione risieda, rispettivamente, in uno Stato appartenente o non appartenente all'Unione europea.

In tutti i casi, il termine per l'opposizione, in presenza di giustificati motivi, può essere aumentato o ridotto, con provvedimento motivato, nei limiti fissati sempre dal comma 2 dell'art. 641 c.p.c., purché il ricorrente ne abbia fatto richiesta (non potendo tale provvedimento essere assunto d'ufficio); l'istanza, pur dovendo essere manifestata in modo inequivoco, non richiede l'utilizzo di formule sacramentali, essendo necessario e sufficiente

che i giusti motivi sui quali è fondata siano debitamente rappresentati.

Va ricordato che, di converso, l'opponente, nel regime anteriore alle modifiche apportate all'art. 645 c.p.c. dalla l. 218/2011, poteva assegnare al creditore opposto un termine di comparizione inferiore a quello legale, ma, in questo caso, era tenuto a costituirsi in giudizio entro cinque (anziché dieci) giorni dal perfezionamento della notifica dell'atto introduttivo, giusta quanto stabilito dall'art. 165 c.p.c., a pena di improcedibilità dell'opposizione.

Venendo all'analisi dell'ordinanza che si annota, i giudici di legittimità hanno evidenziato che l'obbligo di motivazione cui fa riferimento il comma 1 dell'art. 641 c.p.c., attiene al provvedimento che accoglie non solo la domanda monitoria, ma pure l'istanza di abbreviazione del termine per interporre opposizione; ciò, peraltro, non significa che vadano esplicate le ragioni che hanno indotto a reputare fondata l'istanza del ricorrente, visto che, di regola, debbono ritenersi implicitamente richiamati i motivi addotti a fondamento della stessa, che vengono portati a conoscenza del debitore con la notifica – oltre che del decreto ingiuntivo – del ricorso.

Quindi, secondo questa impostazione, le ragioni sulle quali il creditore ha fondato la richiesta di abbreviazione del termine per proporre opposizione hanno da intendersi lette e vagliate dal giudice e, così, enunciate nel provvedimento di accoglimento, per effetto di rinvio implicito a esse.

Per la ricorrente, invece, il fatto che fosse stato assegnato il termine di quaranta (anziché di sessanta) giorni, ossia quello fissato in via ordinaria dall'art. 641, comma 1, c.p.c., doveva considerarsi una svista del giudice, che, utilizzando il modulo prestampato normalmente utilizzato per l'emissione del decreto ingiuntivo, non si era avveduto del fatto che l'ingiunta risiedeva all'estero (e, precisamente, in uno Stato non appartenente all'Unione europea); pertanto, la presunta riduzione del termine andava considerata il frutto non già di una valutazione e decisione meditatamente assunta, ma – come detto – di una svista, che aveva indebitamente leso il diritto di difesa della debitrice.

La Corte d'appello di Roma prima e la Corte di cassazione poi hanno respinto questa tesi, evidenziando che ricorso monitorio e decreto ingiuntivo – che debbono entrambi essere portati a conoscenza dell'ingiunto mediante notifica – formano un corpo unico, integrandosi la motivazione del secondo con le deduzioni contenute nel primo, sicché non possono essere letti in chiave atomistica e parcellizzata, ma debbono costituire oggetto di una disamina complessiva e sinergica.

A fronte del dato oggettivo risultante dall'integrazione del decreto monitorio con le motivazioni addotte nel ricorso a fondamento della richiesta di abbreviazione del termine ai sensi dell'art. 641, comma 2, c.p.c., non residuano margini valutativi per indagare, in base a considerazioni di carattere puramente soggettivistico, se il giudice abbia effettivamente voluto accogliere la domanda di riduzione o abbia incautamente indicato quello previsto in via ordinaria. In altre parole, la corrispondenza tra l'istanza motivata del ricorrente e il

provvedimento di abbreviazione assunto con il decreto di accoglimento consente di fondare l'uno sulle argomentazioni addotte a sostegno dell'altra e, così, di ritenere soddisfatto l'obbligo motivazionale imposto dal legislatore.

Quando, come nel caso di specie, l'opposizione sia stata proposta tardivamente, il decreto ingiuntivo dev'essere confermato.

Invece, qualora, all'esito del giudizio di opposizione, il provvedimento monitorio venga revocato, non permane alcun effetto del suo contenuto sostanziale e, di conseguenza, non solo il titolo esecutivo non si forma (se la provvisoria esecuzione non era stata concessa ai sensi degli artt. 642 o 648 c.p.c.) o viene definitivamente meno (se il decreto ingiuntivo era stato munito della clausola di provvisoria esecuzione), ma non si forma nemmeno alcun giudicato, non permanendo alcun effetto del suo contenuto sostanziale (così Cass. civ., sez. III, 7 settembre 2022, n. 26397). In altre parole, la revoca del decreto ingiuntivo non incide ai soli fini dell'azione esecutiva (nel senso di impedirla), ma determina la caducazione di ogni ulteriore effetto connesso alla pronuncia monitoria, come si evince dall'art. 653 c.p.c., ove si prevede che l'accoglimento parziale dell'opposizione fa sì che il decreto ingiuntivo non sopravviva nemmeno in parte, essendo il titolo esecutivo costituito esclusivamente dalla sentenza (sicché, *a fortiori*, la revoca integrale non può consentire la sopravvivenza di alcun effetto).

D'altra parte, l'accoglimento dell'opposizione comporta la caducazione definitiva del decreto ingiuntivo, nel senso che l'eventuale riforma della sentenza di primo grado da parte del giudice d'appello non ne determina la reviviscenza quale titolo esecutivo.

Da ultimo, va rammentato che la giurisprudenza è ferma nel ritenere che, quando il debitore ingiunto lamenti di non essere venuto a conoscenza del decreto ingiuntivo per nullità della notifica, lo strumento utilizzabile non è lo speciale procedimento delineato dall'art. 188 disp. att. c.p.c. (che può essere attivato solo in caso di inesistenza o di radicale mancanza della notifica, ovvero di completa inerzia del creditore, che rinunci ad avvalersi del decreto, astenendosi dal tentarne la notifica nel termine perentorio di legge), ma l'opposizione, eventualmente tardiva, ai sensi dell'art. 650 c.p.c. (così, di recente, Cass. civ., sez. III, 15 novembre 2022, n. 33516, in un caso di asserita nullità della notifica del decreto ingiuntivo effettuata a società avente sede legale in uno Stato estero sulla base delle disposizioni dettate dal Regolamento CE 1393/2007, con modalità che, secondo il giudice italiano, non garantivano con sufficiente certezza la conoscenza o la conoscibilità dell'atto da parte del debitore ingiunto).

Responsabilità civile

Responsabilità da cose in custodia per il danno riportato dal minore che cade su recinzione appuntita e tagliente

di **Daniele Calcaterra, Avvocato**

Tribunale di Macerata, 29 novembre 2022, n. 1048, Sent., G.U. Dott. U. Rana

Responsabilità da cose in custodia – Prova contraria – Concorso colposo del danneggiato – Esclusione (art. 2051 c.c.)

Il proprietario-custode della recinzione che delimita la sua proprietà dal suolo pubblico risponde del danno patito dal minore che in bici cade su detta recinzione riportandone un danno, a nulla rilevando l'assenza dei genitori al momento del fatto lesivo che non è fattore idoneo a escluderne il carattere di prevedibilità ed evitabilità.

CASO

Tizio e Caia, quali esercenti la responsabilità genitoriale sul figlio minore Sempronio, citavano in giudizio la società Alfa e i soci illimitatamente responsabili, per ottenere il risarcimento del danno patito dal figlio. Esponevano infatti che Sempronio in sella alla sua biciletta era caduto sulla recinzione posta attorno alla proprietà di Alfa, riportando un rilevante danno biologico.

Successivamente all'integrazione del contraddittorio nei confronti della compagnia assicurativa della società e all'istruzione della causa, la causa veniva trattenuta in decisione.

SOLUZIONE

Il Tribunale accoglie la domanda, condannando i convenuti e la compagnia assicurativa, in solido fra loro, al risarcimento del danno non patrimoniale patito da Sempronio.

QUESTIONI

L'esame della questione posta all'attenzione del tribunale offre l'occasione per riaffermare alcuni principi oramai consolidati nel nostro ordinamento, in tema di responsabilità da cose in custodia disciplinata dall'art. 2051 c.c.

Anzitutto, è un dato assodato quello per cui l'art. 2051 c.c. prevede un'ipotesi di responsabilità oggettiva. È ormai superato, infatti, l'orientamento che ravvisava nella fattispecie un'ipotesi di responsabilità soggettiva per colpa, in favore dell'altro contrapposto indirizzo, secondo cui si tratterebbe di responsabilità oggettiva. È solo il caso di ricordare che la differente impostazione ha avuto in passato conseguenze di notevole impatto pratico, tra cui, in particolare la diversa concezione del caso fortuito, cui la norma fa riferimento quale unico limite alla responsabilità che grava sul custode: la natura oggettiva della responsabilità in esame consente di ricomprendere nel concetto di caso fortuito solamente fattori esterni e autonomi rispetto alla sfera di controllo del custode, idonei a interrompere il nesso causale tra l'attività di custodia e l'evento lesivo e non più la dimostrazione di avere diligentemente adempiuto al dovere di custodia (circostanza che rileverebbe invece ove si desse credito alla tesi che ravvisa nella norma in commento una responsabilità soggettiva per colpa).

Da qui la considerazione per cui l'art. 2051 c.c. impone al danneggiato l'onere di provare esclusivamente il nesso causale tra la cosa in custodia e il danno.

La prova di cui è onerato il danneggiato si esaurisce nella dimostrazione che l'evento si è prodotto come conseguenza normale della particolare condizione potenzialmente lesiva (originaria o acquisita nel tempo) della cosa, mentre non è necessario dare prova della pericolosità della cosa, che resta di per sé fattore estraneo alla fattispecie (v. Cass. 02/10641).

Spetta invece al custode la prova liberatoria mediante la dimostrazione del caso fortuito, cioè di un fatto estraneo alla sua sfera di custodia che ha valenza di fattore causale autonomo e carattere di imprevedibilità e di assoluta eccezionalità.

Questi caratteri dovrebbero essere presenti pure nel comportamento del danneggiato, nel caso in cui si voglia addurre tale giustificazione quale prova contraria ai sensi dell'art. 2051 c.c.: dovendo il custode prevenire anche il fatto del danneggiato, per quanto possibile evitandolo, si dovrebbe trattare di comportamenti sui quali il custode non abbia avuto alcuna signoria di controllo, e il cui verificarsi apparisse poco probabile, altrimenti il custode è pienamente responsabile verso la vittima.

Nello specifico, il concetto di prevedibilità deve intendersi come concreta possibilità per il danneggiato di percepire o prevedere la situazione di pericolo (v. Cass., n. 21/1456 e Cass., 12/22898).

Ed è appunto sul versante della prevedibilità/imprevedibilità dell'evento che si è giocata la partita innanzi al tribunale, nel caso di specie. Questi osserva infatti che per la oggettiva conformazione della recinzione – recinzione in ferro con terminali appuntiti e taglienti, alta

solo un metro e mezzo dal piano del calpestio del marciapiede pubblico – l'evento si sarebbe verificato anche se fossero stati presenti i genitori e si sarebbe potuto verificare anche in danno di un adulto che per un qualsiasi motivo (malore, perdita di equilibrio, disattenzione o altro) fosse caduto sui ferri appuntiti della recinzione. La recinzione, cioè, nel pensiero dell'organo giudicante, presentava un'oggettiva potenzialità lesiva, tale per cui era del tutto prevedibile che un evento lesivo, come quello per cui è causa, si sarebbe potuto verificare. Ed in quanto evento prevedibile e quindi pienamente evitabile da parte del proprietario-custode, va affermata la sua responsabilità ai sensi dell'invocata disposizione (art. 2051 c.c.), senza che la condotta del danneggiato minore o l'assenza dei genitori possa in alcun modo valere quale esimente per il custode. Segue, in conseguenza di ciò, la condanna dei convenuti al risarcimento del danno patito dal minore.

Comunione – Condominio - Locazione

Il singolo condomino può proporre opposizione a precetto ed opposizione tardiva al decreto ingiuntivo pronunciato nei confronti del Condominio

di **Francesco Luppino, Dottore in giurisprudenza**

Cassazione civile, sez. 6 2, ordinanza 22.02.2022 n. 5811. Presidente L.G. Lombardo – Estensore A. Scarpa

Massima: "*Al condomino al quale sia intimato il pagamento di una somma di danaro in base ad un decreto ingiuntivo non opposto ottenuto nei confronti del condominio, va riconosciuta la disponibilità dei rimedi dell'opposizione a precetto e dell'opposizione tardiva al decreto, potendosi far valere, rispettivamente, mediante opposizione le ragioni di nullità del decreto ovverosia i vizi in cui sia incorso il giudice nel procedere o nel giudicare e con opposizione a precetto le ragioni che si traducono nella stessa mancanza del titolo esecutivo o in altri vizi del procedimento esecutivo*".

CASO

L'avvocato Tizio ricorreva al Tribunale di Napoli per ottenere decreto ingiuntivo nei confronti di un Condominio insistente nel capoluogo campano affinché gli venisse riconosciuto il diritto al pagamento di compensi professionali in virtù di prestazioni eseguite in favore del Condominio.

Il Tribunale di Napoli accoglieva il ricorso proposto da Tizio e ingiungeva al Condominio di pagare quanto dovuto al professionista.

Il decreto monitorio veniva notificato all'amministratore del Condominio e avverso lo stesso non veniva promossa alcuna opposizione.

Il condomino Caio proponeva opposizione tardiva al decreto ingiuntivo sostenendo che quest'ultimo era stato notificato a un soggetto che non era più legittimato a rappresentare i condòmini poiché era stato revocato con ordinanza dal Tribunale partenopeo qualche anno

prima.

Nuovamente adìto il Tribunale di Napoli accoglieva l'eccezione di difetto di legittimazione attiva sollevata dall'opponente (avvocato Tizio) nel giudizio di opposizione tardiva, affermando che **soltanto il Condominio avrebbe potuto proporre opposizione al decreto ingiuntivo e non il singolo condomino.**

Il condomino Caio ricorreva per Cassazione sostenendo che nel caso *de quo* non era possibile ipotizzare una rappresentanza del Condominio in capo all'*ex* amministratore al quale era stato notificato il decreto ingiuntivo, dal momento che quest'ultimo era stato revocato dall'autorità giudiziaria diversi anni prima per gravi irregolarità e, di conseguenza, il Condominio era privo del soggetto che potesse legalmente e validamente svolgere tale funzione e compiere atti di gestione anche conservativi non essendo nella fattispecie ipotizzabile la *prorogatio* dei suoi poteri.

Secondo Caio, la questione da esaminare non verteva sulla legittimazione processuale autonoma e sostituiva del condomino nelle normali ipotesi di scadenza del mandato o sostituzione dell'amministratore prima della sua scadenza per scelta dell'assemblea, bensì se l'amministratore revocato dall'autorità giudiziaria per gravi omissioni resti o meno dotato dei poteri riconosciutigli dalla legge (cosiddetta *prorogatio*) e, conseguentemente, se persista anche la legittimazione di questi ai sensi dell'articolo 1131 c.c.

In altri termini, in base a quanto sostenuto dal ricorrente, dal momento che l'amministratore destinatario della notifica sarebbe privo della rappresentanza processuale del Condominio, **il Tribunale avrebbe dovuto ritenere legittimati a proporre opposizione i singoli condòmini** (quindi anche Caio), invece di pronunciare con ordinanza il difetto di legittimazione attiva di quest'ultimo.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione, con ordinanza del 22 febbraio 2022 n. 5811, ha accolto il ricorso proposto dal singolo condomino e, conseguentemente, ha cassato l'ordinanza impugnata, con rinvio al Tribunale di Napoli che, in diversa composizione, dovrà esaminare nuovamente la causa uniformandosi al principio di diritto enunciato in sede di legittimità, con decisione anche in merito alle spese del giudizio di cassazione.

QUESTIONI

Il Tribunale di Napoli aveva motivato la propria decisione richiamando alcune pronunce della Corte di Cassazione nelle quali i giudici di Piazza Cavour avevano sostenuto che «*i singoli condòmini non sono legittimati a proporre opposizione avverso il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del condominio in una controversia relativa alla gestione di un servizio svolto nell'interesse comune, in quanto nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo le parti possono essere soltanto colui il quale ha proposto la domanda di ingiunzione e colui contro cui tale*

domanda è diretta»[1]e che il decreto ingiuntivo esecutivo valevole nei confronti del condominio deve intendersi ottenuto nei confronti «*di soggetto distinto da ognuno dei singoli condomini*»[2], con conseguente inoperatività dell'articolo 654, comma 2, c.p.c.

Tuttavia, nella pronuncia in commento, gli Ermellini hanno ritenuto che i principi richiamati dal Tribunale partenopeo per motivare la propria decisione sono stati in realtà superati in virtù di una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di legittimità, le quali hanno chiarito che **nell'ambito di controversie condominiali che investono i diritti dei singoli condòmini sulle parti comuni, ciascun condomino ha una concorrente legittimazione ad agire e resistere in giudizio a tutela dei suoi diritti** di comproprietario "*pro quota*", **in quanto la regola sulla rappresentanza dell'amministratore di cui all'articolo 1131 c.c. opera al solo fine di agevolare l'instaurazione del contraddittorio**[3].

Nel caso di specie la controversia verteva sull'esercizio di un'azione processuale che non era finalizzata alla tutela o all'esercizio dei diritti reali su parti o servizi comuni a tutti i comproprietari, in quanto si trattava di una controversia volta a soddisfare "esigenze collettive della comunità condominiale".

Per cui, tornando all'esame della specifica fattispecie in oggetto (tardiva opposizione per asserita nullità della notificazione del decreto ingiuntivo, in quanto eseguita nei confronti di un soggetto privo della rappresentanza processuale del condominio), gli Ermellini hanno rilevato che la legittimazione del singolo condomino a proporre opposizione contro il decreto ingiuntivo pronunciato nei confronti del condominio discende dalla considerazione che il decreto medesimo può estendere i propri effetti ovvero essere eseguito anche contro i condòmini, poiché la responsabilità di questi ultimi, seppur sempre *pro quota*, discende dall'esistenza dell'obbligazione assunta a monte nell'interesse del condominio[4].

Il Supremo Collegio ha ribadito quanto aveva già affermato la Cassazione in una decisione del 2017[5] circa l'impossibilità per i singoli condòmini di impugnare una sentenza di condanna pronunciata nei confronti del condominio attraverso l'opposizione ordinaria *ex* articolo 404, comma 2, c.p.c., poiché i singoli condòmini «*non sono titolari di un diritto autonomo rispetto alla situazione giuridica affermata con tale decisione*» che, pertanto, opera anche nei loro confronti. Sempre secondo quanto affermato dalla Cassazione nella pronuncia richiamata, al contrario, i singoli condòmini ben potrebbero intervenire nel giudizio intentato dal terzo nei confronti dell'amministratore o anche avvalersi, in via autonoma, dei mezzi di impugnazione ordinari per evitare gli effetti sfavorevoli della sentenza di condanna pronunciata in danno del condominio rappresentato dall'amministratore.

Pertanto, in ragione dei principi di diritto richiamati, i giudici di Piazza Cavour hanno affermato che «*al condomino al quale sia intimato il pagamento di una somma di danaro in base ad un decreto ingiuntivo non opposto ottenuto nei confronti del condominio, va, pertanto, riconosciuta la disponibilità dei rimedi dell'opposizione a precetto e dell'opposizione tardiva al decreto; in particolare, debbono essere fatte valere mediante opposizione le ragioni di nullità del decreto ovverosia i vizi in cui sia incorso il giudice nel procedere o nel giudicare, mentre debbono essere*

fatte valere con opposizione a precetto le ragioni che si traducono nella stessa mancanza del titolo esecutivo o in altri vizi del procedimento esecutivo».

[1] Cass. civ., sez. 6 2, ordinanza 13 giugno 2018, n. 15567.

[2] Cass. civ., sez. 6 3, ordinanza 29 marzo 2017, n. 8150 (come i precedenti ivi richiamati Cass. n. 1289/2012 e Cass. n. 23693/2011.

[3] Cass. civ., Sez. Unite, sentenza 18 aprile 2019 n. 10934.

[4] Già in tal senso Cass. civ., sez. II, ordinanza 20 dicembre 2021, n. 40857.

[5] Cass. civ., sez. II, sentenza 21 febbraio 2017, n. 4436.

Diritto e procedimento di famiglia

La figlia con incapacità deve essere ascoltata dal giudice e può indicare la madre quale amministratore di sostegno

di **Giuseppina Vassallo, Avvocato**

Cassazione civile sez. I, ordinanza del 19/01/2023, n. 1667

Amministratore di sostegno – audizione beneficiario – criteri di scelta dell'amministratore

(Art. 407 comma 2, c.c. – art. 408 c.c. – art. 404 c.c.)

Massima: *"L'audizione personale del beneficiario dell'amministrazione di sostegno è un adempimento essenziale della procedura, non solo perché rispettoso della dignità della persona con disabilità, ma perché funzionale a trovare la misura di tutela più idonea.*

L'ascolto è imprescindibile anche quando nel precedente giudizio per l'interdizione poi non dichiarata, il Giudice abbia già provveduto all'esame dell'interessato, poiché è necessario valutare in concreto le sue condizioni psico-fisiche e la volontà attuale della persona".

CASO

Un padre ha agito per far dichiarare l'interdizione per infermità mentale della figlia quasi trentenne. La madre si è opposta alla richiesta e il tribunale ha respinto il ricorso e trasmesso gli atti al giudice tutelare per l'eventuale apertura di un'amministrazione di sostegno.

Il giudice tutelare disponeva la misura dell'amministrazione di sostegno ma riteneva di non nominare uno dei genitori a causa del clima di profonda conflittualità tra gli stessi.

La madre ha proposto reclamo sostenendo che il provvedimento era stato adottato senza l'audizione della figlia in violazione dell'art. 407 comma 2, c.c., e senza considerare una lettera, portata in giudizio, nella quale la figlia aveva espressamente richiesto di avere la madre come amministratrice di sostegno, che da sempre si prendeva cura di lei, invece di una

sconosciuta.

Secondo la donna, la Corte aveva erroneamente parlato di elevata conflittualità tra i genitori quando in realtà il dissidio derivava solo dalla sua opposizione a "rinchiudere" la figlia in una casa di cura, dopo che l'aveva da sempre personalmente assistita e seguita, dal momento che il marito aveva abbandonato la famiglia da oltre quindici anni.

La Corte di Appello di Potenza ha respinto il reclamo sostenendo che la figlia era già stata sentita nel procedimento per interdizione e che giudice tutelare aveva correttamente esercitato il potere discrezionale di scegliere l'amministratore di sostegno tra le persone indicate nell'art. 408 c.c., poiché la lettera scritta dalla figlia non era palesemente "frutto delle capacità intellettive della ragazza".

La madre ricorre allora in Cassazione, lamentando la violazione delle norme codicistiche sull'amministrazione di sostegno e della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità sottoscritta a New York e ratificata dall'Italia nel 2009.

SOLUZIONE DALLA CASSAZIONE

L'ascolto della persona destinataria della misura di sostegno è imprescindibile

La Corte di Cassazione ha accolto il ricorso della madre, specificando che l'audizione personale della persona soggetta all'amministrazione di sostegno è un adempimento essenziale e il giudice deve accertare la volontà del beneficiario, le cui dichiarazioni, opposizioni o preferenze devono essere scrupolosamente registrate e valutate.

L'ordinanza richiama la giurisprudenza dalla Corte costituzionale e della Cassazione secondo cui le disposizioni in materia di amministrazione di sostegno devono essere interpretate in modo da valorizzare tutte le capacità del beneficiario non compromesse dalla disabilità fisica, psichica o sensoriale (Corte Cost. n. 114/2019; Cass. Civ. Sez. U. n. 21985/2021).

La Cassazione ritiene sbagliata quindi l'interpretazione della Corte territoriale anche per quanto riguarda la mancata considerazione della designazione dell'amministratore di sostegno fatta dalla figlia incapace. A maggior ragione in questo caso doveva essere rinnovata l'audizione della ragazza a conferma della volontà espressa nella lettera di nomina in favore della madre.

I principi della materia: la conservazione dell'autodeterminazione della persona fragile

Sia la normativa sovranazionale, sia l'art. 2 della Costituzione conducono ad una interpretazione delle norme interne che impone di rispettare la sfera di libera volontà dell'amministrato e di conservarne il più possibile la capacità di agire.

La tutela dei diritti dei più fragili deve avvenire attraverso la valorizzazione della loro dignità e

l'adozione di provvedimenti "su misura", proporzionati e adeguati alle effettive, concrete ed attuali esigenze del beneficiario mirando a tutelare, dove possibile, la capacità e l'autodeterminazione della persona (Cass. Civ. n. 4709/2018).

Diritto e reati societari

Cause di incompatibilità e ineleggibilità a sindaco di società di capitali

di **Eleonora Giacometti, Avvocato**

Cassazione civile sez. II – 10/10/2022, n. 29406

Parole chiave: sindaco – consulente – incompatibilità – ineleggibilità – collegio sindacale – società di capitali –

Massima: "*Chi svolge in modo continuativo prestazioni di consulenza sull'oggetto che deve essere controllato da parte del collegio sindacale e sia comunque titolare di un rapporto di natura patrimoniale, si trova in una situazione che compromette in radice la sua imparzialità e indipendenza; la ratio sottesa alla causa di ineleggibilità risiede infatti nell'esigenza di garantire l'indipendenza di colui che è incaricato delle funzioni di controllo in presenza di situazioni idonee a compromettere tale indipendenza, così che la compromissione dell'indipendenza del sindaco sussiste non solo quando il controllore sia direttamente implicato nell'attività sulla quale dovrebbe esercitare il controllo, ma anche quando l'attività di consulenza sia prestata da un socio o collaboratore dello studio di cui faccia parte il sindaco*".

Disposizioni applicate: 2399 c.c.

Il giudizio in esame prende le mosse da un decreto ingiuntivo emesso nei confronti di una S.r.l. per il pagamento di Euro 80.286,04 a titolo di compensi professionali per l'attività di consulenza fiscale svolta da uno studio di commercialisti di cui, però, faceva parte anche il sindaco della società ingiunta.

Quest'ultima ha quindi proposto opposizione, chiedendo la revoca del decreto ingiuntivo ed, in via riconvenzionale, di accertare la responsabilità professionale del consulente, con richiesta di risarcimento del danno, per l'incompatibilità del medesimo con la carica di sindaco da lui ricoperta all'interno della società, e con richiesta altresì di condanna alla restituzione di quanto in passato indebitamente percepito.

Il sindaco si è pertanto costituito nel giudizio di opposizione, precisando che tutte le attività di consulenza prestate in favore della società opponente erano in realtà riconducibili all'altro suo socio, con ciò escludendo ogni possibile motivo di incompatibilità/ineleggibilità alla carica di sindaco.

Giunto in Cassazione, con il terzo motivo di ricorso il sindaco ha lamentato la violazione dell'art. 2399 c.c. – secondo cui "*non possono essere eletti alla carica di sindaco e, se eletti, decadono dall'ufficio:* [...] *c) coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza*" – avendo la Corte d'Appello di Torino erroneamente ritenuto sussistente la sua ineleggibilità sulla base della mera partecipazione allo studio di cui faceva parte.

Secondo il ricorrente, tale circostanza non sarebbe stata di per sé sufficiente a considerare integrata la causa di ineleggibilità prevista dal suddetto articolo, occorrendo invece analizzare la fattispecie concreta e verificare la reale sussistenza di interessi patrimoniali che compromettano l'indipendenza del sindaco, dovendo inoltre considerare non solo il rapporto fra il compenso percepito dal sindaco e quello percepito dallo studio per l'attività di consulenza in favore della società, ma anche i ricavi che il professionista complessivamente ottiene nello svolgimento della sua attività ordinaria.

All'esito del giudizio, la Corte di Cassazione ha ritenuto l'impugnazione infondata, evidenziando che in appello era stato rilevato che il credito per la prestazione ingiunta, effettivamente svolta dall'altro socio, sarebbe comunque maturato, per accordi statutari interni, in capo allo studio, di cui il sindaco deteneva una quota pari al 70%, configurandosi in tal modo una violazione dell'art. 2399 lett. c) c.c., laddove prevede che non possono essere eletti alla carica di sindaco, non solo coloro che prestano attività di consulenza o prestazione d'opera retribuita, ma anche coloro che sono legati alla società "*da altri rapporti patrimoniali che ne compromettano l'indipendenza*".

La Corte ha quindi richiamato l'orientamento già espresso in precedenza, secondo il quale chi svolge in modo continuativo prestazioni di consulenza sull'oggetto che deve essere controllato da parte del collegio sindacale e sia comunque titolare di un rapporto di natura patrimoniale, si trova in una situazione che compromette in radice la sua imparzialità e indipendenza; la ratio sottesa alla causa di ineleggibilità risiede infatti nell'esigenza di garantire l'indipendenza di colui che è incaricato delle funzioni di controllo in presenza di situazioni idonee a compromettere tale indipendenza, così che la compromissione dell'indipendenza del sindaco sussiste non solo quando il controllore sia direttamente implicato nell'attività sulla quale dovrebbe esercitare il controllo, **ma anche quando l'attività di consulenza sia prestata, come nel caso di specie, da un socio o collaboratore dello studio di cui faccia parte il sindaco** (cfr., al riguardo, Cass. n. 9392/2015).

In conclusione, la Corte ha anche evidenziato che "*l'espressione "altri rapporti patrimoniali che*

ne compromettano l'indipendenza" è indeterminata al punto che è rimesso al prudente apprezzamento del giudice di merito individuare il criterio da seguire nella fattispecie concreta, criterio che, nel caso in esame, la Corte d'appello aveva appunto individuato – con scelta condivisibile – nella percentuale (pari a ben il 70%) del credito che sarebbe spettato al sindaco per la consulenza svolta dallo studio in favore della società ingiunta.

Per tali ragioni, la Corte di Cassazione ha ravvisato l'incompatibilità del sindaco, respingendo il suo motivo di ricorso, ma cassando con rinvio alla Corte d'appello che aveva erroneamente dichiarato inammissibile l'intervento volontario dello studio di cui il sindaco faceva parte, quando in realtà non sussiste alcuna nostra del nostro ordinamento che limiti il suddetto intervento, poiché il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo è un normale processo ordinario, con applicazione di tutte le norme che lo regolano, ivi compreso l'art. 105 c.p.c.

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Concordato fallimentare ed esdebitazione dai debiti tributari

di **Paolo Cagliari, Avvocato**

Cass. civ., sez. I, 2 settembre 2022, n. 25924 – Pres. Scaldaferri – Rel. Vella

Parole chiave: Fallimento – Concordato fallimentare – Proposta del terzo – Liberazione immediata del fallito – Debiti tributari – Divieto di accollo liberatorio – Applicabilità – Esclusione

[1] Massima: *In tema di concordato fallimentare, alla proposta concordataria formulata dal terzo con liberazione immediata del fallito ai sensi dell'art. 137, comma 7, l.fall., non si applica il divieto di accollo liberatorio del debito di imposta previsto dall'art. 8, comma 2, l. 212/2000.*

Disposizioni applicate: r.d. 267/1942, art. 137; l. 212/2000, art. 8

CASO

Nell'ambito di una procedura concorsuale, una società terza presentava una proposta di concordato fallimentare che prevedeva, tra l'altro, il pagamento dei crediti erariali nella misura del 2% e la liberazione immediata della fallita, all'atto dell'omologazione, da tutte le passività nei confronti di tutti i creditori. A seguito del parere favorevole del curatore e del comitato dei creditori e dell'approvazione da parte della maggioranza dei creditori chirografari, veniva chiesta l'omologazione del concordato fallimentare, cui si opponeva l'amministrazione finanziaria.

Il Tribunale di Brescia negava l'omologazione, ravvisando un contrasto con il divieto posto dall'art. 8, comma 2, l. 212/2000, che ammette l'accollo del debito di imposta altrui, ma senza liberazione del contribuente originario; anche il reclamo proposto ai sensi dell'art. 131 l.fall. dalla società che aveva presentato la proposta di concordato fallimentare veniva respinto.

Avverso il decreto di rigetto della Corte d'Appello di Brescia veniva proposto ricorso per cassazione, con il quale era censurata l'affermazione per cui alla liberazione immediata del fallito al momento dell'omologazione del concordato fallimentare prevista dall'art. 137,

comma 7, l.fall. osta l'art. 8, comma 2, l. 212/2000 (a mente del quale l'accollo del debito altrui è possibile solo senza liberazione del contribuente originario).

SOLUZIONE

[1] La Corte di Cassazione, pur rigettando il ricorso, ha affermato l'ammissibilità della liberazione immediata del debitore, qualora il terzo proponente assuma gli obblighi contemplati dal concordato fallimentare, anche se tra le passività vi siano debiti tributari, stante la portata generale della regola dettata dall'art. 137, comma 7, l.fall., a fronte della specialità di quella fissata dall'art. 8 l. 212/2000, insuscettibile di interpretazione estensiva in ambito concorsuale.

QUESTIONI

[1] Affermando un principio di diritto nell'interesse della legge, i giudici di legittimità hanno chiarito che la liberazione immediata del fallito, a fronte dell'assunzione degli obblighi derivanti dal concordato fallimentare da parte del terzo proponente, è possibile in tutti i casi, ossia anche quando le passività comprendano debiti erariali, non operando il divieto sancito dall'art. 8, comma 2, l. 212/2000, che ammette l'accollo del debito di imposta altrui, ma solo senza liberazione del contribuente originario.

L'art. 137, comma 7, l.fall., infatti, non pone alcuna distinzione tra le varie categorie di debiti del fallito, né indica casi nei quali la sua liberazione immediata non è possibile a fronte di un concordato proposto da un terzo o dai creditori.

Considerato, inoltre, che l'accollo – disciplinato dall'art. 1273 c.c. – consiste in un accordo tra il debitore e un terzo in forza del quale il secondo assume il debito del primo (che continua a rimanere obbligato in solido, a meno che la sua liberazione sia consentita dal creditore o costituisca una condizione espressa della stipulazione), quando la liberazione del fallito costituisca semplicemente una condizione della proposta di concordato fallimentare unilateralmente formulata dal terzo, non si è in presenza di un accordo e, dunque, di un accollo liberatorio.

Di conseguenza, non si tratta di una fattispecie riconducibile a quella considerata dall'art. 8, comma 2, l. 212/2000, che, in quanto norma speciale (propria dell'ordinamento tributario) e inderogabile, va interpretata in modo rigoroso.

Più in generale, l'autonomia e la specialità reciproche dell'ordinamento tributario e di quello concorsuale impediscono che le regole e i principi valevoli per il primo possano transitare automaticamente nel secondo per trovare ivi applicazione, dovendosene operare un preventivo vaglio di compatibilità.

Da questo punto di vista, la norma recata dall'art. 8, comma 2, l. 212/2000, se ha ragione di operare nell'ambito di un fisiologico rapporto tributario tra contribuente e amministrazione

finanziaria, non risulta estensibile a una fattispecie patologica qual è quella concorsuale, in cui la soddisfazione del credito erariale, già definitivamente accertato in sede di formazione dello stato passivo, registra l'iniziativa concordataria di un terzo. Pertanto, poiché l'art. 137, comma 7, l.fall. è inequivocabile nel prevedere, in tema di concordato fallimentare, la possibilità di liberazione immediata del debitore, senza limitazioni di sorta, non può sostenersi che a ciò possa essere di ostacolo il divieto di accollo liberatorio sancito dalla disciplina tributaria.

Sotto altro profilo, chiedendosi se l'obbligo di concorrere alle spese pubbliche in ragione della capacità contributiva stabilito dall'art. 53 Cost. valga a prescrivere che l'adempimento dell'obbligazione tributaria debba essere non solo completo, ma altresì riconducibile al soggetto che per legge vi è tenuto e se, di conseguenza, l'autonomia negoziale privata possa incidere sull'individuazione del soggetto passivo d'imposta, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che un simile patto è da considerarsi nullo per illiceità della causa e per contrarietà all'ordine pubblico solo quando abbia come conseguenza il fatto che l'imposta non viene corrisposta al fisco dal percettore del reddito.

Nel caso deciso dalla sentenza che si annota, invece, la società che aveva presentato la proposta di concordato fallimentare aveva prospettato di farsi carico del pagamento di tutti i debiti del fallito, nella misura concordataria falcidiata, non solo apportando risorse proprie, ma anche appropriandosi di tutti i beni, i diritti e le azioni già di pertinenza del fallito, con la conseguenza che l'intero patrimonio del contribuente – cioè del soggetto passivo d'imposta – sarebbe stato comunque destinato alla sua funzione solutoria, sia pure secondo le peculiari strutture proprie della procedura concorsuale.

L'assenza, peraltro, di ogni previsione di trattamento dei debiti fiscali nella disciplina del concordato fallimentare dimostra, secondo i giudici di legittimità, la prevalenza delle regole dell'ordinamento concorsuale nel caso in cui il debitore sia stato completamente spossessato e assoggettato alla procedura fallimentare, nella quale vige il principio della *par condicio creditorum* ogni volta che non sia specificamente derogato dalla legge. A tale riguardo, la *ratio* sottesa all'art. 8 l. 212/2000, che contempla la possibilità di estinguere l'obbligazione tributaria anche per compensazione o tramite accollo esterno, purché cumulativo e non liberatorio, è ispirata a un obiettivo che, in ambito fallimentare, risulta pienamente e ancora meglio tutelato, attraverso la sostituzione del curatore fallimentare al contribuente, il coinvolgimento di tutti i creditori e il costante controllo giudiziale.

A conforto dei rilievi svolti, nella sentenza annotata viene richiamata anche la giurisprudenza comunitaria, che ha ritenuto non contrario all'obbligo degli Stati membri di garantire il prelievo integrale dell'IVA nel loro territorio e la riscossione effettiva delle risorse proprie dell'Unione Europea, un pagamento parziale di un credito IVA da parte di un imprenditore in stato di insolvenza nell'ambito di una procedura di concordato preventivo, in ragione delle peculiari connotazioni di quest'ultima, rispetto alla quale quelle del concordato fallimentare sono ancora più stringenti.

A conclusione del loro ragionamento, i giudici di legittimità hanno reputato necessario

svolgere alcune precisazioni in merito alla portata degli effetti esdebitatori del concordato fallimentare.

Gli effetti del concordato fallimentare si producono a seguito della definitività del decreto di omologazione della proposta e assommano una componente esdebitatoria – avuto riguardo alla liberazione del fallito dalle obbligazioni originarie – e una componente obbligatoria – avuto riguardo agli obblighi assunti dal fallito o dall'assuntore o dal terzo proponente – nei confronti dei creditori, nei limiti di quanto stabilito dalla proposta approvata e omologata.

Di regola, gli effetti esdebitatori del concordato fallimentare comportano che il fallito resti liberato solo per la quota della cosiddetta falcidia concordataria, ossia per la differenza tra l'ammontare originario del debito e la percentuale offerta ai creditori, fermi restando gli effetti obbligatori che derivano dalla conformazione del debito nella percentuale concordataria, che sopravvivono alla chiusura del fallimento, durante la fase di esecuzione del concordato (disciplinata dall'art. 136 l.fall.) e sino all'accertamento del suo completamento (con l'assunzione delle conseguenti misure da parte del giudice delegato).

Se il divieto di accollo liberatorio posto dall'art. 8, comma 2, l. 212/2000 fosse ritenuto ostativo alla liberazione immediata del fallito ai sensi dell'art. 137, comma 7, l.fall., ne deriverebbe un contrasto con il suo diritto all'esdebitazione anche dai debiti tributari sin dal momento della chiusura del fallimento, senza dovere attendere la completa esecuzione del concordato fallimentare (come sarebbe a dirsi a fronte di un accollo cumulativo).

La liberazione può essere, invece, totale, con esclusione degli effetti obbligatori del concordato in capo al fallito (e conseguente preclusione della risoluzione del concordato, con riapertura del fallimento e possibilità di agire esecutivamente nei confronti del proponente, ovvero di chiederne il fallimento), solo quando i predetti obblighi vengano, appunto, assunti dal terzo proponente o da uno o più creditori, con liberazione immediata del debitore, come si evince dall'art. 137, comma 7, l.fall.

Quando, poi, il terzo proponente eserciti la facoltà di limitare i propri impegni nei confronti dei soli creditori ammessi al passivo e di quelli che, al tempo della proposta, hanno già proposto opposizione allo stato passivo o domanda tardiva, il fallito continua a rispondere integralmente e nella misura originaria verso gli altri creditori (art. 124, comma 4, l.fall.).

Resta, in ogni caso, ferma la possibilità che il fallito-persona fisica venga ammesso, con il decreto di chiusura del fallimento o entro l'anno successivo, su domanda presentata dallo stesso fallito tornato *in bonis*, al beneficio della liberazione dai debiti residui (anche se di natura tributaria, non rientrando tra quelli esclusi dall'esdebitazione, a norma dell'art. 142, comma 3, l.fall., al pari di quanto ora stabilito dall'art. 278 CCII anche per il fallito-persona giuridica) nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti anche solo parzialmente.

Master di specializzazione
RAPPORTI DI LAVORO SUBORDINATO NEL CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA E DELL'INSOLVENZA
Scopri di più >

Diritto Bancario

Ius variandi e giustificato motivo

di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

In esito ad una elaborata evoluzione normativa, l'attuale art. 118 TUB, rubricato Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, stabilisce (sintetizzando) che le banche e gli intermediari finanziari:

– debbano inviare alla propria clientela una comunicazione preventiva che illustri il contenuto della modifica unilaterale proposta;

– l'effettiva ricezione della comunicazione da parte del cliente, in caso di contestazione, deve essere provata dall'intermediario;

– la comunicazione, in forma scritta o comunque redatta su supporto durevole preventivamente accettato dal cliente, deve recare la dicitura "Proposta di modifica unilaterale del contratto";

– la comunicazione deve recare l'indicazione delle motivazioni poste a sostegno della modifica proposta, ossia presenza di un giustificato motivo, e la data di entrata in vigore della modifica, previo il rispetto di un termine di 60 giorni di preavviso. Entro tale data il cliente ha la possibilità di recedere gratuitamente dal contratto;

– se il cliente non recede dal contratto le variazioni si intendono approvate e producono effetti dalla data indicata nella Proposta di modifica unilaterale;

– le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni dell'art. 118 TUB sono inefficaci, se sfavorevoli al cliente.

Il lungimirante Legislatore, al fine di evitare modificazioni arbitrarie della banca (*moral hazard*), ha opportunamente stabilito che la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali in danno del cliente debba essere supportata da un "giustificato motivo", ossia un evento significativo, di comprovabile effetto, che altera l'equilibrio contrattuale originario ma non imputabile alla banca.

Come indicato nella nota del Ministero dello Sviluppo Economico del 21.2.2007 prot. 5574, «in relazione al contenuto minimo della nozione di "giustificato motivo", questa deve intendersi nel senso di ricomprendere gli eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario. Tali eventi possono essere sia quelli che afferiscono alla sfera del cliente (ad esempio, il mutamento del grado di affidabilità dello stesso in termini di rischio di credito) sia quelli che consistono in variazioni di condizioni economiche generali che possono riflettersi in un aumento dei costi operativi degli intermediari (ad esempio, tassi di interesse, inflazione ecc.). Peraltro, il cliente deve essere informato circa il giustificato motivo alla base della modifica unilaterale, in maniera sufficientemente precisa e tale da consentire una valutazione circa la congruità della variazione rispetto alla motivazione che ne è alla base» (dello stesso tenore sono le conclusioni del Collegio di coordinamento ABF n. 1889/2016; v. anche, in argomento, la nota di Bankitalia del 28 marzo 2017, n. 197).

È esclusa l'ammissibilità di un giustificato motivo soggettivo dell'intermediario creditizio (che casomai intenda compensare imprevisti costi gestionali o perdite d'esercizio con un aumento di prezzi e tassi di interesse dei servizi offerti). Non sussiste giustificato motivo in presenza di scelte di politica commerciale o comunque gestionale della banca che non pongano tanto l'esigenza di mantenere l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni contrattuali delle parti contraenti, quanto piuttosto siano rivolte a salvaguardare il margine di profitto della stessa banca (ABF Roma n. 1722/2015).

Secondo il Collegio di coordinamento dell'ABF n. 26498/2018, la sopravvenienza normativa non è di per sé un giustificato motivo ai sensi dell'art. 118 TUB, ma, in alcuni casi, può assumere rilevanza a tal fine; ad esempio, quando la stessa normativa preveda la possibilità di modifiche unilaterali (ai sensi dell'art. 118 TUB) ovvero qualora incida sul costo delle attività o dei servizi interessati dalla modifica unilaterale.

LEGAL COUNSEL

La carta dei valori

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

Gli avvocati e i commercialisti che hanno intrapreso la professione pensando che attraverso il loro lavoro sarebbero riusciti a cambiare il mondo ci hanno visto giusto.

I professionisti, infatti, sono in una posizione unica per generare un impatto positivo, forti sia della conoscenza e della possibilità di applicare le normative, sia dell'opportunità di influenzare le decisioni di altri soggetti come loro consiglieri di fiducia.

Il contesto in cui viviamo è senz'altro particolarmente favorevole e non stupisce che sia in aumento il numero di studi interessati a comprendere che ruolo avere per poter dare il proprio contributo su temi riguardanti la giustizia sociale e quella ambientale. Ma sono altrettanto interessate anche le imprese: non è un caso che sempre più clienti si stiano rivolgendo ai loro professionisti di fiducia per avere indicazioni in tal senso.

Certo, può risultare complesso cambiare il modo di operare di una azienda e anche sapere da dove iniziare quando si affronta un cambiamento sistemico.

Ma ci sono piccoli e tangibili passi che qualsiasi organizzazione può intraprendere per non disperdere energie ed effettuare i cambiamenti necessari – ovviamente laddove ci sia la volontà che questi avvengano.

CONTINUA A LEGGERE