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

Edizione di martedì 25 aprile 2023

Comunione – Condominio - Locazione

Cessione d'azienda e la successione del cessionario nei contratti conclusi dal cedente
di **Francesco Luppino, Dottore in giurisprudenza**

Procedimenti di cognizione e ADR

Le Sezioni Unite sugli oneri della parte interessata alla dichiarazione dell'incapacità a testimoniare ex art. 246 c.p.c.
di **Marco Russo, Avvocato**

Procedimenti cautelari e monitori

L'inefficacia del decreto ingiuntivo ex artt. 644 c.p.c. e 188 disp. att. c.p.c. può essere dichiarata solo in ipotesi di inesistenza della notifica
di **Valentina Scappini, Avvocato**

Comunione – Condominio - Locazione

L'obbligazione di pagamento del canone di locazione è debito di valuta e quindi non è soggetto ad automatica rivalutazion
di **Saverio Luppino, Avvocato**

Diritto successorio e donazioni

Nullo il testamento sottoscritto a seguito della commissione del reato di circonvenzione d'incapace
di **Corrado De Rosa, Notaio**

Diritto e reati societari

Azione di responsabilità promossa dal socio contro l'ex amministratore: la società è

litisconsorte necessario
di **Francesca Scanavino, Dottoressa in legge e Assistente didattico presso l'Università degli Studi di Bologna**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

La legittimazione del pubblico ministero a presentare istanza di fallimento
di **Paolo Cagliari, Avvocato**

Diritto Bancario

L'informativa di prima segnalazione "a sofferenza"
di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

Comunione – Condominio - Locazione

Cessione d'azienda e la successione del cessionario nei contratti conclusi dal cedente

di **Francesco Luppino, Dottore in giurisprudenza**

Cassazione civile, sez. II, sentenza 14.10.2022 n. 30296. Presidente R. M. Di Virgilio. – Estensore M. Bertuzzi

Massima: "*La cessione di azienda prevede la successione del cessionario d'azienda in tutti i contratti stipulati dal cedente per l'esercizio della stessa, con la sola espressa eccezione di quelli aventi carattere personale, di quelli aventi ad oggetto prestazioni già concluse o esaurite e di quelli rispetto ai quali le parti abbiano, con espressa pattuizione, escluso che si verifichi l'effetto successorio, e che tale effetto si produce di diritto, ipso iure, con riguardo a tutti i rapporti contrattuali inerenti l'azienda ceduta, come effetto naturale della fattispecie traslativa d'azienda. A differenza della ipotesi generale della cessione del contratto ex articolo 1406 del codice civile, la cessione d'azienda prescinde del tutto dalla volontà, espressa o tacita, delle parti stipulanti e neppure richiede, per il suo perfezionamento, il consenso del contraente ceduto. Il che evidentemente risponde all'intenzione del legislatore di realizzare, con tale meccanismo,* ***l'interesse di carattere generale di favorire la circolazione di complessi aziendali completi ed efficienti****. Interesse che rischierebbe di rimanere frustrato se si ritenesse necessaria, ai fini del prodursi del fenomeno successorio, un'accettazione espressa dei contratti e delle pattuizioni per la cui validità è richiesta la forma scritta*".

CASO

La società Alfa e la società Beta concludevano un contratto preliminare di compravendita immobiliare in base al quale i contraenti pattuivano la data per la stipula del contratto definitivo e prevedevano la facoltà per la società Alfa di differire tale data, subordinata al pagamento, in conto prezzo, dell'importo di euro 300mila entro la scadenza della prima data pattuita e ulteriori euro 300mila entro un anno prima della seconda scadenza.

La promissaria acquirente Alfa versava la somma di euro 200mila un mese dopo il giorno

fissato per la prima scadenza e una ulteriore somma di euro 50mila dopo altri dieci giorni dal primo pagamento, senza comunicare alla società Beta, promissaria venditrice, di volersi avvalere del differimento della data prevista per la stipula del contratto definitivo, come, invece, era stato in origine pattuito.

La società Beta contestava ad Alfa di non aver comunicato preventivamente il differimento della data di stipula del definitivo e di non aver adempiuto all'obbligo di versamento dell'ulteriore caparra secondo gli importi convenuti in sede di preliminare di vendita, comunicando, altresì, la propria volontà di recedere dal contratto e di trattenere le somme ricevute da Alfa.

Nel frattempo Beta **trasferiva il ramo d'azienda** del settore immobiliare, comprendente anche il contratto preliminare concluso con la società Alfa, **alla società Gamma**, costituita poco tempo prima da Beta con specifico atto notarile.

La società Alfa citava in giudizio Beta domandando al Tribunale che accertasse l'illegittimità del recesso manifestato da Beta, chiedendo la condanna di Beta al pagamento di una somma pari al doppio della caparra che aveva corrisposto alla promissaria venditrice e agli acconti sul prezzo da essa incassati, esercitando a sua volta il diritto di recesso dal contratto preliminare di vendita per inadempimento di Beta.

Il Tribunale accoglieva tutte le domande proposte dalla società Alfa e condannava Beta al pagamento delle somme richieste dall'attrice.

La soccombente Beta impugnava la pronuncia del Tribunale chiedendo alla Corte d'Appello di Milano di riformare la sentenza del giudice di *prime cure*.

La Corte d'Appello di Milano confermava il capo della sentenza di primo grado che aveva dichiarato legittimo il recesso esercitato da Alfa con la conseguente condanna di Beta al pagamento delle somme di cui sopra.

In particolare, la corte milanese ritenne che il recesso manifestato da Beta non fosse legittimo, poiché incassando gli assegni per il complessivo importo di euro 250mila essa aveva accettato, *per facta concludentia* (per comportamento concludente), il pagamento di un importo inferiore rispetto a quello pattuito nel preliminare e nel contempo aveva acconsentito al differimento del termine per la stipula del contratto definitivo di vendita anche in assenza della comunicazione di Alfa. Inoltre, secondo il giudice d'appello la condotta tenuta da Alfa non costituiva un grave inadempimento, dal momento che il pagamento era avvenuto con solo una decina di giorni di ritardo e l'importo mancante era molto ridotto rispetto al totale della rata prevista. Infine, l'avvenuta cessione da parte di Beta del ramo d'azienda comprendente anche il preliminare *de quo* alla società Gamma non poteva considerarsi produttivo di effetti sulla legittimazione sostanziale e processuale della società Beta, atteso che quest'ultima aveva comunque incassato gli assegni emessi da Alfa e aveva anche esercitato il recesso dal contratto.

La società Beta ricorreva per Cassazione con ricorso articolato in sette motivi.

La società Alfa resisteva con controricorso.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione con sentenza n. 30296 del 14 ottobre 2022 ha accolto il quinto motivo di ricorso, assorbiti tutti gli altri, e, dal momento che ne sussistevano le condizioni, ritenendo che non fossero necessari nuovi accertamenti di fatto, ha cassato la sentenza impugnata in relazione all'accoglimento del suddetto motivo, **decidendo la causa nel merito** con relativa pronuncia sulle spese di tutti i tre gradi di giudizio.

QUESTIONI

La controversia oggetto della sentenza in commento verte sul tema degli effetti che produce il contratto di cessione d'azienda o di ramo d'azienda, in particolare, quelli concernenti la successione del cessionario d'azienda in tutti i contratti stipulati dal cedente per l'esercizio dell'attività produttiva e le relative eccezioni.

I giudici di piazza Cavour hanno esaminato primariamente il quinto motivo di ricorso in quanto poneva una questione avente priorità logica e giuridica sui temi investiti dagli altri motivi.

Con tale motivo la ricorrente Beta denunciava violazione e falsa applicazione dell'art. 2558 c.c. nonché vizio di omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione fra le parti, poiché i giudici dell'appello avevano considerato irrilevante l'atto notarile prodotto in giudizio, con il quale Beta aveva costituito la società Gamma conferendole il ramo d'azienda relativo al settore immobiliare, comprendente, perciò, anche il contratto preliminare di vendita concluso con la società Alfa. Beta contestava la pronuncia impugnata poiché la Corte milanese aveva ritenuto che, nonostante l'intervenuta cessione del ramo d'azienda e dei relativi contratti, la società Beta avesse conservato la propria legittimazione sostanziale e processuale per aver incassato l'importo di euro 250mila di cui agli assegni della società Alfa e per aver manifestato successivamente la propria volontà di recedere dal predetto contratto.

In altri termini, Beta denunciava l'erroneità del ragionamento posto in essere dalla corte territoriale per non aver questa rilevato che si era prodotta, **ai sensi e per gli effetti dell'art. 2558 c.c., una successione del contratto preliminare in capo alla società Gamma, quale conseguenza della costituzione della nuova società del ramo d'azienda del settore immobiliare**. Dunque, **per effetto della successione Gamma** -e non più Beta che, invece, era stata convenuta in giudizio- **era diventata parte del negozio e titolare in via esclusiva del relativo rapporto contrattuale**. Secondo la ricorrente Beta in virtù degli effetti dell'art. 2558 c.c. la Corte d'Appello non avrebbe dovuto considerare prevalenti le circostanze relative all'incasso degli assegni eseguito da Beta prima dell'iscrizione dell'atto di costituzione della società Gamma nel registro delle imprese e il recesso dal preliminare comunicato anche dalla cessionaria d'azienda.

Pertanto, **secondo la tesi prospettata da Beta la corte territoriale avrebbe dovuto dichiarare il difetto di legittimazione passiva della ricorrente** e respingere le domande formulate da Alfa e dichiarare comunque privo di efficacia il recesso dal contratto preliminare esercitato da Alfa, in quanto comunicato a Beta **e non anche alla nuova società Gamma**, titolare del ramo d'azienda comprendente il preliminare.

Secondo gli Ermellini il motivo di ricorso in oggetto è **ammissibile e fondato**.

Ammissibile, perché, diversamente da quanto dedotto da Alfa nel rispettivo controricorso, la questione posta dal motivo non è risultata proposta per la prima volta nel giudizio di legittimità, essendo stata oggetto di specifico motivo dell'appello proposto da Beta nonché di esame e decisione da parte della sentenza impugnata dalla ricorrente.

Invece, per quanto riguarda la fondatezza del motivo in oggetto, gli Ermellini hanno preliminarmente svolto alcune premesse.

La società Alfa aveva proposto domanda di accertamento della legittimità del proprio recesso dal contratto preliminare e di condanna al pagamento del doppio della caparra versata **esclusivamente** nei confronti della società Beta, promissaria venditrice, e non anche nei confronti di Gamma e la domanda oggetto della verifica svolta dai giudici della Cassazione risultava introdotta in una **data successiva all'atto di costituzione della società Gamma**, perciò, **successivamente anche al conferimento del ramo d'azienda** comprendente, come aveva accertato anche la Corte d'Appello, il contratto preliminare di vendita.

Venendo invece al merito dell'accertamento condotto dai giudici di legittimità è opportuno precisare che vige un orientamento giurisprudenziale consolidato per cui «*il conferimento di un'azienda o di un ramo di essa ad una società rientra nella più ampia e generale figura della cessione d'azienda,* ***realizzando il trasferimento e quindi la successione a titolo particolare della stessa***»[1].

Prendendo spunto dal suesposto principio gli Ermellini hanno concluso che nel caso di specie trova applicazione la disciplina prescritta dagli artt. 2557 e **2558** c.c. In particolare, quest'ultimo prevede che «*se non è pattuito diversamente, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale*». Pertanto, il Supremo Collegio ha precisato che **la cessione di azienda prevede la successione del cessionario d'azienda in tutti i contratti stipulati dal cedente per l'esercizio della stessa**, **ad eccezione di** quelli aventi carattere personale, di quelli aventi a oggetto prestazioni già concluse o esaurite e di quelli rispetto ai quali le parti abbiano espressamente escluso che si verifichi l'effetto successorio, con la conseguenza che **tale effetto si produce di diritto** nei confronti di tutti i rapporti contrattuali inerenti l'azienda ceduta e ciò come «*effetto naturale*» della fattispecie traslativa del contratto in oggetto.

Infatti, a differenza dell'ipotesi generale della cessione del contratto *ex* art. 1406 c.c., la fattispecie speciale della cessione d'azienda è del tutto indipendente dalla volontà, espressa o

tacita, dei contraenti e, ai fini del suo perfezionamento, non richiede nemmeno il consenso del contraente ceduto. Tale impostazione risponde all'interesse di carattere generale di favorire il più possibile la circolazione di complessi aziendali completi ed efficienti; principio che, per converso, rischierebbe di essere compresso se fosse necessaria un'accettazione espressa dei contratti e delle pattuizioni per la cui validità e richiesta la forma scritta[2].

Nei contratti di cessione d'azienda il cedente non conserva la titolarità di una situazione giuridica, ad eccezione dei debiti riguardanti l'azienda ceduta in caso di morte del cedente (ipotesi prevista dall'art. 2660 c.c.), nel qual caso la giurisprudenza di legittimità ha più volte ricondotto l'applicazione della norma citata «*quando si tratta di debiti in sé soli considerati, e non anche quando, viceversa, essi si ricolleghino a posizioni contrattuali non ancora definite, in cui il cessionario sia subentrato a norma del precedente art. 2558, dal momento che in tale fattispecie la responsabilità si inserisce nell'ambito della più generale sorte del contratto*»[3].

Pertanto, alla luce dei principi sopra richiamati gli Ermellini hanno condiviso le censure denunciate dalla ricorrente con il quinto motivo di ricorso, affermando che la corte territoriale non aveva tratto le corrette e dovute conseguenze dall'avvenuto conferimento del ramo d'azienda realizzato dalla società Beta in favore della cessionaria Gamma, omettendo, altresì, di considerare gli effetti giuridici previsti dall'art. 2558 c.c. con riguardo al contratto preliminare di compravendita immobiliare dedotto in giudizio, i quali si sono trasferiti in capo Gamma quale unica titolare del negozio dedotto in giudizio per effetto dell'intervenuta cessione.

[1] Cassazione civile, sez. 6 TRI, ordinanza 1 agosto 2018, n. 20415 e Cassazione civile, sez. TRI, sentenza 9 aprile 2009, n. 8644.

[2] Cassazione civile, sez. II, ordinanza 3 gennaio 2020, n. 15 e Cassazione civile, sez. I, sentenza 28 marzo 2007, n. 7652.

[3] In tali termini si è pronunciata Cassazione civile, sez. 6 3, ordinanza 30 marzo 2018, n. 8055; Cassazione civile, sez. II, sentenza 6 aprile 2018, n. 8539; Cassazione civile, sez. I, sentenza 16 giugno 2004, n. 11318.

Procedimenti di cognizione e ADR

Le Sezioni Unite sugli oneri della parte interessata alla dichiarazione dell'incapacità a testimoniare ex art. 246 c.p.c.

di **Marco Russo, Avvocato**

Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9456 *Pres.* Spirito, *Rel.* Di Marzio

Procedimento civile – Prova testimoniale – Inammissibilità – Rilievo d'ufficio – Giudice –Eccezione – Nullità della prova – Sanatoria (C.p.c., artt. 112, 156, 157, 158, 246, 190; D. Lgs. 13 ottobre 2005, n. 209, art. 283)

Massima: *"L'incapacità a testimoniare disciplinata dall'art. 246 c.p.c. non è rilevabile d'ufficio, sicché, ove la parte non formuli l'eccezione di incapacità a testimoniare prima dell'ammissione del mezzo, detta eccezione rimane definitivamente preclusa, senza che possa poi proporsi, ove il mezzo sia ammesso ed assunto, eccezione di nullità della prova. Ove la parte abbia formulato l'eccezione di incapacità a testimoniare, e ciò nondimeno il giudice abbia ammesso il mezzo ed abbia dato corso alla sua assunzione, la testimonianza così assunta è affetta da nullità, che, ai sensi dell'art. 157 c.p.c., l'interessato ha l'onere di eccepire subito dopo l'escussione del teste ovvero, in caso di assenza del difensore della parte alla relativa udienza, nella prima udienza successiva, determinandosi altrimenti la sanatoria della nullità".*

CASO

La vicenda in esame trae origine dalla citazione di alcuni degli eredi una vittima di sinistro stradale avverso l'assicurazione quale designata per il risarcimento secondo la disciplina di cui agli artt. 283 ss. del D. Lgs. 13 ottobre 2005, n. 209, c.d. codice delle assicurazioni private.

La compagnia si costituiva contestando i presupposti per l'accoglimento della domanda e le relative difese venivano accolte dal tribunale, che, in particolare, giudicava inattendibili le dichiarazioni rese dalla terza trasportata, ascoltata come testimone nonostante l'eccezione di formulata dall'assicurazione.

La sentenza era confermata in appello, sulla base dei fatti come ricostruiti in primo grado.

Gli eredi proponevano ricorso per cassazione, lamentando tra il resto, con il primo motivo, che il giudice di secondo grado avrebbe errato nel condividere la statuizione del primo giudice in ordine all'incapacità a testimoniare dalla terza trasportata.

SOLUZIONE

La Cassazione dichiara inammissibile il ricorso per ragioni processuali inerenti la novità della questione proposta alla Corte, e nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363 c.p.c., esprime i seguenti tre, distinti principi di diritto: "l'incapacità a testimoniare disciplinata dall'art. 246 c.p.c. non è rilevabile d'ufficio, sicché, ove la parte non formuli l'eccezione di incapacità a testimoniare prima dell'ammissione del mezzo, detta eccezione rimane definitivamente preclusa, senza che possa poi proporsi, ove il mezzo sia ammesso ed assunto, eccezione di nullità della prova"; "ove la parte abbia formulato l'eccezione di incapacità a testimoniare, e ciò nondimeno il giudice abbia ammesso il mezzo ed abbia dato corso alla sua assunzione, la testimonianza così assunta è affetta da nullità, che, ai sensi dell'art. 157 c.p.c., l'interessato ha l'onere di eccepire subito dopo l'escussione del teste ovvero, in caso di assenza del difensore della parte alla relativa udienza, nella prima udienza successiva, determinandosi altrimenti la sanatoria della nullità"; "la parte che ha tempestivamente formulato l'eccezione di nullità della testimonianza resa da un teste che si assume essere incapace a testimoniare, deve poi dolersene in modo preciso e puntuale anche in sede di precisazione delle conclusioni, dovendosi altrimenti ritenere l'eccezione rinunciata, così da non potere essere riproposta in sede d'impugnazione".

QUESTIONI

I tre principi di diritto sopra riportati sono in realtà ispirati ad una sola logica, avallata dalla Cassazione a seguito del complesso ragionamento giuridico trasfuso nella lunga motivazione con cui la Corte ha corredato la sentenza (resa ex art. 363 c.p.c. malgrado l'inammissibilità del ricorso, e questo, data la relativa infrequenza con cui il giudice di legittimità ricorre allo strumento, attesta sin da subito il rilievo attribuito alla questione): la responsabilizzazione della parte interessata alla dichiarazione di inammissibilità della prova testimoniale richiesta dalla controparte.

Esaminati i vari orientamenti sostenuti in passato dalla Giurisprudenza, infatti, le Sezioni unite hanno in sostanza avallato il modello meno rassicurante per la parte (e, incidentalmente, meno laborioso per il singolo magistrato) sulla collaborazione del giudice nel prevenire il vizio processuale dichiarando *ex ante* l'inammissibilità della prova prima dell'escussione del testimone, o quanto meno nell'eliminare il vizio già maturato dichiarando *ex post* la nullità della prova; e hanno così assegnato alla stessa parte un triplice onere – rappresentato (i) dalla formulazione dell'eccezione prima dell'ammissione del mezzo; (ii) dall'immediata ("subito dopo") eccezione della nullità del mezzo di prova, esperito in presenza di una non rilevata ragione di inammissibilità ex art. 246 c.p.c.; (iii) dalla riproposizione dell'eccezione di nullità al

momento delle precisazioni delle conclusioni – che, pur in assenza di precedenti in termini nella giurisprudenza di legittimità, era sì ordinariamente assolto dai difensori più scrupolosi ma di cui il sistema avrebbe potuto fare serenamente a meno se si considera che esso a prima vista origina più problemi che soluzioni.

Una prima questione, in realtà già risolta nell'ormai "vecchio" rito ordinario pre Cartabia e per la stessa via superabile anche con la nuova scansione delle memorie precedenti l'udienza ex art. 183 c.p.c., è rappresentata dal momento in cui la parte può tempestivamente formulare l'eccezione di inammissibilità della testimonianza "prima dell'ammissione del mezzo", per usare le (impegnative) parole della Corte.

Nel rito previgente, e in ogni caso per i giudizi instaurati prima del 28 febbraio 2023, la risposta transitava dall'alternativa tra la terza memoria ex art. 183, comma 6 c.p.c. per le prove dirette richieste dalla controparte nella propria seconda memoria e l'udienza di discussione sui mezzi di prova, ove concretamente fissata, per le ipotetiche dichiarazioni testimoniali richieste in prova contraria.

Oggi, la nuova scansione che comprime le memorie istruttorie in un momento anteriore alla prima udienza permetterà in ogni caso alle parti di formulare l'eccezione in tale occasione, ovvero, laddove la censura ex art. 246 c.pc. riguardi una prova diretta avversaria, nella propria terza memoria integrativa; e, dove riguardi invece una prova contraria, direttamente in udienza o – nella remota ipotesi in cui il giudice ritenga di disporre la celebrazione dell'udienza di prima trattazione in modalità c.d. cartolare, malgrado le difficoltà apportate dalla necessità di procedere all'ormai necessario interrogatorio libero – nelle stesse note scritte sostitutive dell'udienza ex art. 127 ter c.p.c.

Un secondo problema attiene alla possibilità materiale, per la parte interessata, di proporre l'eccezione prima dell'ammissione.

Non di rado infatti l'indicazione dei testimoni è svolta, nelle memorie istruttorie, con le sole generalità e la residenza senza la specificazione delle ragioni per cui egli potrebbe, e negli auspici di chi lo indica a testimone, dovrebbe essere a conoscenza dei fatti della causa.

La questione è complicata dal fatto che nessuna norma richiede espressamente tale specificazione nei suddetti atti, e tanto meno a pena di inammissibilità, con la conseguenza che le informazioni sul punto emergono solitamente dalle dichiarazioni rese dal testimone al giudice quando quest'ultimo, già fatto accomodare il testimone e prima di procedere all'escussione vera e propria, gli pone le domande di rito tra cui quella, rilevante ai fini che occupano, degli eventuali legami con una o più delle parti in giudizio.

In questo caso, la pretesa che la parte interessata all'inammissibilità del testimone formuli l'eccezione prima dell'ammissione condurrebbe a due esiti alternativi, entrambi inaccettabili sul piano pratico, rappresentati dall'assegnazione a *tutte* le parti di un onere di investigazione nei confronti di *tutti* i testimoni (nel tempo, talvolta ristretto, compreso tra la conoscenza dei

nominativi e la possibile ammissione da parte del giudice) sulle *possibili* ragioni di inammissibilità ex art. 246 c.p.c., oppure il suggerimento operativo, contrario a evidenti esigenze di economia processuale, di formulare eccezioni di inammissibilità a tappeto, in modo da eliminare il rischio che – a informazioni ricevute, cioè in udienza – l'eccezione risulti inammissibile per tardività non essendo stata sollevata "prima dell'ammissione del mezzo".

E' verosimile che sul punto, onde evitare i due estremi appena accennati, si affermerà presto o tardi un orientamento più permissivo rispetto a quello in termini generali espresso dalla sentenza in commento, e vòlto a limitare la richiesta di formulazione in epoca anteriore all'ammissione ai casi in cui dalle informazioni in atti sia evincibile, almeno in astratto, la ragione di inammissibilità (ad esempio perché il testimone è pacificamente un condomino in una causa in cui ciò rileva ai fini di cui all'art. 246 c.p.c., o il coniuge in regime di comunione legale dei beni), e a consentire la formulazione per la prima volta in udienza laddove l'interesse qualificato del testimone emerga soltanto in quella sede.

L'alternativa è un'applicazione meccanica dei principi di diritto espressi dalla Cassazione anche ai casi in cui nessuna informazione sulla persona del testimone sia disponibile alle parti (se non il nome e il cognome e, talvolta, la residenza) prima che il giudice, in udienza, interroghi il testimone sui rapporti con le parti e il possibile interesse nella causa ex art. 252 c.p.c., e la conseguente sanzione di inammissibilità per l'eccezione formulata in udienza perché, per usare ancora le parole della Corte, essa non sarebbe stata formulata "prima dell'ammissione" bensì alle soglie dell'assunzione: e ciò non è evidentemente accettabile, conducendo al risultato paradossale (e correggibile soltanto con le farraginose forme della rimessione in termini ex art. 153, comma 2 c.p.c.) che il giudice dovrebbe ritenere tardiva un'attività che non poteva essere compiuta prima.

Si può infine osservare sul piano generale che a prima lettura stupisce – in un'epoca in cui il processo corre verso la riduzione dei tempi e ove possibile l'economia delle attività processuali, di parte e del giudice – l'evidente rigidità della decisione: essa non elimina infatti neppure uno dei tre requisiti (l'eccezione di parte prima dell'ammissione, l'eccezione di nullità subito dopo l'escussione, la conferma dell'eccezione con la precisazione delle conclusioni) e pone così in capo alle parti almeno due attività – la seconda e la terza – che ben avrebbero potuto ritenersi assorbite nella tempestiva formulazione della prima; e, in alterativa, ben avrebbe potuto la Corte risolvere a monte il problema ritenendo rilevabile d'ufficio il vizio e così eliminando in radice i profili relativi ai termini e alla forma dell'eccezione di parte.

Una visione d'insieme della regolamentazione emergente dal triplice onere non elimina l'impressione di una sostanziale corsa ad ostacoli per la parte interessata all'effetto di inammissibilità e, in termini più tecnici, un non scontato *favor* della Giurisprudenza (e non necessariamente del legislatore, che ai profili processuali dell'eccezione non dedica una disciplina particolare oltre alla norma generale dell'art. 246 c.p.c.) per il mantenimento, nel materiale in atti, della dichiarazione resa dal soggetto pur sospetto di parzialità.

Dietro il fenomeno può forse scorgersi un'encomiabile volontà di limitare ove possibile

l'incidenza statistica dei casi in cui un'informazione rilevante per la causa non possa entrare nell'orizzonte visivo del giudice (o, se già entrata, debba uscirne a seguito dell'accoglimento dell'eccezione di nullità) e così di riservare al giudice del merito e alla fase di valutazione della prova, senza fredde e *astratte* predeterminazioni *normative*, l'esame *giudiziale* della *concreta* inattendibilità del testimone, se effettivamente sussistente.

Il ragionamento metagiuridico sotteso alla sentenza in commento, in altre parole, sembra obbedire al quesito, effettivamente di non facile soluzione sul piano logico: perché chi versa nella fattispecie di cui all'art. 246 c.p.c. dovrebbe per ciò solo dichiarare il falso, peraltro sottoponendosi così al rischio della sanzione penale prevista dall'art. 372 c.p.), in un numero di ipotesi così alte da giustificare che nella totalità dei casi il giudice debba astenersi anche solo dall'ascoltarlo? E perché non lasciare invece al giudice (almeno quando la parte abbia omesso l'assolvimento di uno dei tre oneri) la valutazione in concreto dell'ipotesi che, più o meno eccezionalmente, il testimone pure interessato abbia ricostruito fedelmente il fatto la cui è chiamato a confermare o smentire?

L'orientamento si inserisce così nella tradizionale insofferenza della giurisprudenza per le prove legali, qui per la c.d. prova legale negativa rappresentata dalla previa valutazione, da parte del legislatore, del fatto che *potrebbe* non essere terzo nella rievocazione dei fatti di causa un testimone che avrebbe titolo a partecipare al giudizio in qualità di parte.

Esso si segnala dunque per il singolare effetto di prendere sì le mosse da un'obiettiva intensificazione degli oneri formali in capo alle parti (anche in assenza di espressi indici normativi che giustifichino la scelta se si considera che, dei tre oneri, soltanto la proposizione dell'eccezione di nullità trova un aggancio nel diritto positivo, e in ogni caso "nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso" ex art. 157, comma 2 c.p.c., e non "subito dopo" l'escussione), ma con il positivo effetto di potenziare gli strumenti in mano al giudice per l'accertamento della verità dei fatti di causa, e ciò trova conforto nell'immagine di un processo "giusto" ai sensi dell'art. 111 Cost.

Procedimenti cautelari e monitori

L'inefficacia del decreto ingiuntivo ex artt. 644 c.p.c. e 188 disp. att. c.p.c. può essere dichiarata solo in ipotesi di inesistenza della notifica

di **Valentina Scappini, Avvocato**

Cassazione civile, terza sez., ordinanza del 30 marzo 2023, n. 9024; Pres. Scarano; Rel. Condello.

Massima: "Non può essere dichiarata, ex *art. 188 disp. att. c.p.c., l'inefficacia di un decreto ingiuntivo nel caso in cui la notifica si sia regolarmente perfezionata ai sensi dell'art. 140 c.p.c., ma sia stata effettuata in luogo diverso dalla residenza che il destinatario aveva al momento della notificazione, costituendo tale ipotesi un caso di nullità e non di inesistenza della notifica che ricorre, oltre che nel caso di totale mancanza dell'atto, nelle sole ipotesi in cui sia posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione, ricadendo ogni altra ipotesi di difformità dal modello legale nella categoria delle nullità".*

CASO

Banca Ifis S.p.a., vantando un credito verso la Mandala di Santoro Claudio & C. s.a.s. per mancato pagamento di canoni dovuti in adempimento di un contratto di locazione finanziaria avente ad oggetto un autoveicolo, otteneva dal Tribunale di Cuneo un decreto ingiuntivo, con il quale erano ingiunti alla società utilizzatrice la riconsegna del veicolo ed il pagamento di € 19.449,58, oltre interessi.

La ricorrente notificava il ricorso ed il pedissequo decreto ingiuntivo il 17 maggio 2018 presso la sede legale della società all'indirizzo indicato in contratto e, successivamente, anche presso l'indirizzo indicato nella visura camerale.

Stante l'esito negativo, tentava la notifica presso il legale rappresentante della società debitrice, senza ottenere riscontro positivo e, quando ormai era scaduto il termine, notificava

l'atto presso la residenza del legale rappresentante, questa volta con esito positivo. La notifica si perfezionava, quindi, solo il 17 settembre 2018.

Contro il decreto notificato, la società debitrice proponeva opposizione, eccependo, tra l'altro, l'inefficacia del decreto ingiuntivo e, successivamente, proponeva ricorso *ex* art. 188 disp. att. c.p.c.

Il Tribunale di Cuneo, con ordinanza n. 12476/2019, accogliendo il ricorso *ex* art. 188 disp. att. c.p.c., rilevava che il decreto ingiuntivo avrebbe perso la sua efficacia perché la notifica non era stata validamente eseguita nel termine di 60 giorni *ex* art. 644 c.p.c. ed altresì che l'opposizione presentata dalla società debitrice, nella quale quest'ultima si era difesa nel merito, era stata proposta "per mero scrupolo difensivo" e non determinava, quindi, alcuna conseguenza.

Banca Ifis S.p.a. proponeva ricorso per cassazione avverso la suddetta ordinanza.

SOLUZIONE

La Suprema Corte di Cassazione ha accolto entrambi i motivi di ricorso, ha cassato l'ordinanza impugnata e, rilevando che non erano necessari altri accertamenti in fatto, ha dichiarato inammissibile il ricorso *ex* art. 188 disp. att. c.p.c., decidendo nel merito.

QUESTIONI

Con il primo motivo di ricorso, Banca Ifis S.p.a. ha dedotto la violazione e falsa applicazione degli artt. 188 disp. att. c.p.c., 644, 645, 641 e 650 c.p.c., ai sensi dell'art. 360, co. 1, n. 3, c.p.c., per avere il Tribunale dichiarato inefficace il decreto ingiuntivo, in violazione del principio per cui se il decreto è stato comunque notificato, anche tardivamente, va esclusa la presunzione di abbandono del titolo esecutivo.

Con il secondo motivo di ricorso è stata dedotta l'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione *ex* art. 360 c.p.c. e 111, co. 7, Cost., avendo l'ordinanza pronunciata *ex* art. 188 disp. att. c.p.c. natura decisoria, stante il fatto che il Giudice ha deciso anche sulle spese di lite.

Entrambi i motivi sono dichiarati fondati dalla Corte di Cassazione.

In relazione al secondo motivo, la Corte ha evidenziato che il provvedimento con il quale il giudice di primo grado, *ex* art. 188 disp. att. c.p.c., dichiara l'inefficacia del decreto ingiuntivo, è suscettibile di ricorso per cassazione, in quanto ha contenuto decisorio ed incide sulle posizioni di diritto soggettivo del creditore e del debitore e non è, peraltro, altrimenti impugnabile (in questo senso, già Cass., 26.07.2001, n. 10183; Cass., 14.09.2006, n. 19799; Cass., 02.04.2013, n. 7976; Cass., 02.10.2018, n. 23903).

Con riguardo al primo motivo, la Cassazione ha osservato che il procedimento per ottenere la

declaratoria di inefficacia del decreto ingiuntivo *ex* art. 188 disp. att. c.p.c., è utilizzabile esclusivamente nelle circoscritte ipotesi di allegata inesistenza o radicale mancanza di notifica – ipotesi questa che ricorre laddove la notifica sia stata eseguita in luogo o nei confronti di persone non aventi alcuna relazione con il destinatario perché a lui completamente estranee – e non nelle ipotesi di nullità della notifica stessa, né tanto meno per ovviare alla mancanza di una conoscenza effettiva del provvedimento da parte del destinatario.

Pertanto, se il decreto è stato notificato, ancorché fuori termine, o la notifica sia affetta da nullità, l'unico rimedio esperibile è l'opposizione ai sensi degli artt. 645 e 650 c.p.c., a seconda dei casi (Cass., 14.02.2014, n. 3552; Cass., sez. 1, 02.04.2010, n. 8126).

A questo punto la Suprema Corte ha richiamato il principio consolidato (Cass., 02.10.2018, n. 23903; Cass., 13.09.2022, n. 33516) secondo cui "*non può essere dichiarata, ex art. 188 disp. att. c.p.c., l'inefficacia di un decreto ingiuntivo nel caso in cui la notifica si sia regolarmente perfezionata ai sensi dell'art. 140 c.p.c., ma sia stata effettuata in luogo diverso dalla residenza che il destinatario aveva al momento della notificazione, costituendo tale ipotesi un caso di nullità e non di inesistenza della notifica che ricorre, oltre che nel caso di totale mancanza dell'atto, nelle sole ipotesi in cui sia posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione, ricadendo ogni altra ipotesi di difformità dal modello legale nella categoria delle nullità*".

La notificazione del decreto ingiuntivo, anche se nulla, è indicazione della volontà del creditore di avvalersi del decreto e, di conseguenza, esclude la presunzione di abbandono del titolo esecutivo che costituisce il fondamento dell'azione *ex* artt. 188 disp. att. c.p.c. Invero, la previsione di inefficacia di cui all'art. 644 c.p.c. è applicabile solo in caso di omissione della notificazione o di notificazione inesistente (Cass., 31.10.2007, n. 22959).

Inoltre, la notificazione tardiva del decreto ingiuntivo oltre i termini di cui all'art. 644 c.p.c. comporta che, se si costituisce il rapporto processuale in seguito all'opposizione, il giudice ha il potere-dovere di vagliare nel merito la fondatezza della pretesa (Cass., 18.04.2006, n. 8955; Cass., 16.01.2013, n. 951; Cass., 29.02.2016, 3908).

Nel caso di specie, dopo una serie di tentativi non andati a buon fine a causa dell'irreperibilità del destinatario, la notifica risulta eseguita, seppur tardivamente. Se ne desume che la dichiarazione di inefficacia del decreto ingiuntivo è stata emessa in assenza dei presupposti richiesti dalla legge, considerato che nella scarna motivazione dell'ordinanza impugnata, il Tribunale ha semplicemente rilevato che i precedenti tentativi di notifica non sono andati a buon fine e che la parte notificante non si è attivata prontamente, con gli strumenti a sua disposizione, al fine di notificare il decreto ingiuntivo nel termine di legge.

La Corte ha dichiarato infondati gli argomenti esposti nella memoria illustrativa della società debitrice, secondo cui il ricorso per cassazione avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile, non avendo la banca ricorrente impugnato l'ordinanza di non luogo a procedere pronunciata nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, cui era stato riunito il procedimento

ex art. 188 disp. att. c.p.c.

Secondo la debitrice, anche tale provvedimento avrebbe avuto natura decisoria e avrebbe dovuto essere oggetto di specifica impugnazione unitamente al provvedimento impugnato, quest'ultimo quale atto presupposto.

Tale eccezione è disattesa dalla Suprema Corte, sia perché poggiante sul presupposto, non dimostrato, della riunione del procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo al ricorso *ex* art. 188 disp. att. c.p.c., sia perché il provvedimento reso nell'ambito del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, con il quale il Tribunale si è limitato a dichiarare "il non luogo a provvedere sul ricorso in opposizione", non ha natura decisoria.

Ciò esposto, decidendo nel merito, non essendo necessari altri accertamenti in fatto, la Corte di Cassazione ha cassato l'ordinanza impugnata e ha dichiarato inammissibile il ricorso *ex* art. 188 disp. att. c.p.c., liquidando le spese secondo la soccombenza.

Comunione – Condominio - Locazione

L'obbligazione di pagamento del canone di locazione è debito di valuta e quindi non è soggetto ad automatica rivalutazion

di **Saverio Luppino, Avvocato**

Corte di Cassazione, Sezione 6-3, Civile, Ordinanza 8 luglio 2020 n. 14158, Pres. Dott. Frasca Raffaele, Est. Dott.ssa Gorgoni Marilena.

Massima: *"L'obbligazione di pagamento dei canoni di locazione costituisce un **debito di valuta** e, come tale, non è suscettibile di automatica rivalutazione per effetto del processo inflattivo della moneta; pertanto, spetta al creditore di allegare e dimostrare il maggior danno derivato dalla mancata disponibilità della somma durante il periodo di mora e non compensato dalla corresponsione degli interessi legali ex art. 1224, comma 2, c.c.".*

CASO

Il ricorrente Tizio esponeva in fatto che il Tribunale di Sant'Angelo dei Lombardi aveva rigettato la sua domanda di risarcimento danni avanzata nei confronti dei rispettivi professionisti incaricati dell'esecuzione del progetto di una struttura alberghiero-ristorativa nell'area, rispettivamente Caio e Sempronio.

La Corte d'Appello di Napoli, competente del giudizio di gravame, con sentenza accoglieva parzialmente l'appello di Tizio e condannava Caio al pagamento di Euro 7.200,00, oltre agli interessi dalla sentenza al saldo, di Euro 1.700,00 pari alla metà delle spese del giudizio di primo grado e di Euro 2.470,00, per la metà delle spese del giudizio di appello, confermando nel resto la sentenza impugnata e dichiarando non ripetibili le spese di appello nei confronti di Sempronio, rimasto contumace.

Tizio ricorreva dunque al giudizio di Cassazione ed il relatore designato, avendo ritenuto sussistenti le condizioni per la trattazione ai sensi dell'articolo 380-bis c.p.c., redigeva proposta, che veniva ritualmente notificata, unitamente al decreto di fissazione dell'adunanza della Corte.

SOLUZIONE

La Suprema Corte di Cassazione rigettava il ricorso proposto da Tizio dichiarandolo inammissibile.

QUESTIONI

Preliminarmente all'analisi dei motivi di ricorso, gli Ermellini rilevarono come l'esposizione del fatto fosse gravemente carente, in quanto il ricorrente avrebbe omesso di indicare: le ragioni della domanda proposta; lo svolgimento del giudizio di primo grado; le ragioni della decisione assunta dal giudice di primo grado.

A fronte di tale mancanza, se ne concluse che il ricorso non fosse rispettoso del requisito dell'esposizione sommaria dei fatti[1] che, essendo considerato da tale norma come uno specifico requisito di contenuto-forma del ricorso, deve consistere in una esposizione "*che sia capace di garantire alla Corte di cassazione di avere una chiara e completa cognizione del fatto sostanziale che ha originato la controversia e del fatto processuale, senza dover ricorrere ad altre fonti o atti in suo possesso, compresa la stessa sentenza impugnata*"[2]. Venne inoltre specificato che tale prescrizione trova la propria ratio non nell'esigenza di mero formalismo, ma in quella di consentire una conoscenza chiara e completa dei fatti di causa, sostanziali e/o processuali, che permetta ai giudici di legittimità di cogliere il significato e la portata delle censure rivolte al provvedimento impugnato[3].

Tanto precisato, affinchè possa essere soddisfatto il requisito imposto dall'articolo 366 c.p.c., comma 1, n. 3, diviene imperativo che il ricorso per cassazione contenga, senza particolari gradi di specificazione o minuzia di dettagli, "l'indicazione sommaria delle reciproche pretese delle parti, con i presupposti di fatto e le ragioni di diritto che le hanno giustificate, delle eccezioni, delle difese e delle deduzioni di ciascuna parte in relazione alla posizione avversaria, dello svolgersi della vicenda processuale nelle sue articolazioni e, dunque, delle argomentazioni essenziali, in fatto e in diritto, su cui si e' fondata la sentenza di primo grado, delle difese svolte dalle parti in appello, ed infine del tenore della sentenza impugnata".

Proseguendo nella disamina delle ragioni del ricorso, in via gradata, con il primo motivo il ricorrente denunciò l'omesso esame della CTU redatta da Caio nell'ambito del giudizio di appello, ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 5. Infatti, nell'opinione del ricorrente, la CTU avrebbe rilevato l'esistenza di **errori imputabili ai due professionisti** che avevano determinato la mancata approvazione della pratica e la revoca dell'assegnazione dei lotti ed aveva quantificato il danno derivante dalla mancata assegnazione dei lotti in Euro 25.610,00, tuttavia, la voce di danno sarebbe stata completamente disattesa dal giudice, senza alcuna valida giustificazione.

Venne tuttavia rilevato che il primo motivo, proprio a causa delle insufficienze già segnalate in ordine all'esposizione del fatto, non venne ritenuto apprezzabile in termini di decisività, non ponendo l'adito Collegio nella posizione di comprendere se quanto riprodotto avesse un

qualche rilievo rispetto a quanto la Corte di merito, che fra l'altro esclude una integrazione della C.T.U., ha motivato, e nemmeno riportò l'indicazione del se e del dove sarebbe esaminabile la C.T.U., giacchè non la si dice prodotta in copia e nemmeno se ne dichiara la sua presenza nel fascicolo d'ufficio[4].

Con il secondo motivo il ricorrente censurò la sentenza della Corte territoriale per violazione dell'articolo 132 c.p.c., comma 2, n. 4, in relazione all'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 4.

L'assunto del ricorrente fu che il giudice *a quo* non avesse esaminato l'iter argomentativo del giudice di prime cure e che non avesse effettivamente sottoposto a scrutinio gli elementi di prova ed i fatti emersi nel corso del giudizio, giudicando sull'operatività delle norme giuridiche che sarebbero state applicate dal giudice di primo grado, assecondandone l'assunto secondo cui non sarebbe stato provato che nell'ambito dell'incarico conferito ai professionisti rientrasse l'attività materiale del deposito del progetto e della documentazione a suo corredo presso le amministrazioni interessate. Mancando un autonomo processo deliberativo, essendo stata la sentenza di appello motivata *per relationem* alla sentenza di primo grado, attraverso una generica condivisione della medesima ricostruzione in fatto e in diritto, senza alcun esame critico delle stesse in base ai motivi di appello, il ricorrente riteneva che la sentenza si sarebbe dovuta considerare nulla.

Anche il secondo motivo venne tuttavia valutato come inammissibile alla stregua del principio di diritto secondo cui "in tema di ricorso per cassazione, ove la sentenza di appello sia motivata *per relationem* alla pronuncia di primo grado, al fine di ritenere assolto l'onere ex articolo 366 c.p.c., n. 6, occorre che la censura identifichi il tenore della motivazione del primo giudice specificamente condivisa dal giudice di appello nonche' le critiche ad essa mosse con l'atto di gravame, che e' necessario individuare per evidenziare che, con la resa motivazione, il giudice di secondo grado ha, in realta', eluso i suoi doveri motivazionali" [5].

Infine con il terzo motivo il ricorrente imputò al giudice *a quo* la violazione e falsa applicazione dell'articolo 1224 c.c., comma 2, in relazione all'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Il motivo venne ritenuto inammissibile ai sensi dell'articolo 360-bis c.p.c., n. 1.

Il giudice di Appello, nella ricostruzione dei fatti fornita, avrebbe accertato che Caio aveva preso in locazione dall'odierno ricorrente un immobile uso ufficio e che non aveva pagato i relativi canoni di locazione, condannando lo stesso al pagamento dei suddetti, ma avrebbe violato l'articolo 1224 c.c., comma 2, in tema di rivalutazione ed interessi, conglobando nella condanna di pagamento canoni ed interessi e quindi in violazione della norma.

In ordine al terzo motivo, la cassazione è costante nel ritenere che **l'obbligazione di pagamento dei canoni di locazione costituisce un debito di valuta** [6] e come tale non suscettibile di automatica rivalutazione per effetto del processo inflattivo della moneta, ma necessita che il richiedente debba dedurre e provare il "maggior danno" derivatogli dall'impossibilità di disporre della somma di denaro durante il periodo della mora[7].

Nel caso di specie, il ricorrente non fornì prove del maggior danno nè dedusse di aver allegato e dimostrato l'esistenza del maggior danno derivato dalla mancata disponibilità della somma durante il periodo di mora, non compensato dalla corresponsione degli interessi legali previsti con funzione risarcitoria in misura forfettariamente predeterminata dall'articolo 1224 c.c., comma 1. Costituisce *ius receptum*, infatti, che in caso di inadempimento o di ritardato adempimento dell'obbligazione la rivalutazione monetaria del credito può essere riconosciuta, semprechè il creditore alleghi e dimostri sensi dell'articolo 1224 c.c., comma 2, che, sostituendosi al danno presunto costituito dagli interessi legali, "è idonea a reintegrare totalmente il patrimonio del creditore, sicche' non possono essere riconosciuti gli interessi sulla somma rivalutata, se non dal momento della sentenza con cui, a seguito e per effetto della liquidazione, il credito – divenuto liquido ed esigibile produce interessi corrispettivi ai sensi dell'articolo 1282 c.c."[8].

Nella sentenza impugnata, la Corte d'appello ha riconosciuto a carico del resistente l'inadempimento dell'obbligo di pagamento dei canoni di locazione per un quinquennio, perciò, in sintonia con la giurisprudenza di legittimità ha rivalutato all'attualità la somma corrispondente ai canoni dovuti e sulla somma rivalutata, in assenza evidentemente di prova del maggior danno, ha provveduto a stabilire la produzione degli interessi corrispettivi al tasso legale dalla sentenza al saldo.

[1] Prescritto a pena di inammissibilità del ricorso per cassazione dall'articolo 366 c.p.c., comma 1, n. 3.

[2] Cass., Sez. un., 18/05/2006 n. 11653.

[3] Cass., Sez. Un., 20/02/2003 n. 2602.

[4] come ammette Cass., sez. un., 03/11/2011, n. 22726 –

[5] Cass., Sez., Un., 20/03/2017, n. 7074.

[6] Cass. 29/09/2015, n. 19222.

[7] Cass. 02/02/1995, n. 1239.

[8] Cass. 12/11/2019, n. 29212.

Diritto successorio e donazioni

Nullo il testamento sottoscritto a seguito della commissione del reato di circonvenzione d'incapace

di **Corrado De Rosa, Notaio**

Cassazione civile sez. II, 06/02/2023, n. 3523 – LOMBARDO – Presidente – CRISCUOLO – Relatore

(art. 1418 c.c., art. 654 c.p.p.)

Di Corrado De Rosa

Massima: *"Il contratto stipulato per effetto diretto del reato di circonvenzione d'incapace è nullo, ai sensi dell'art. 1418 c.c., per contrasto con norma imperativa, dovendosi ravvisare una violazione di disposizioni di ordine pubblico in ragione delle esigenze d'interesse collettivo sottese alla tutela penale, trascendenti quelle di mera salvaguardia patrimoniale dei singoli contraenti perseguite dalla disciplina sull'annullabilità dei contratti (nella specie, è stata dichiarata la nullità delle schede testamentarie stante l'avvenuto accertamento della commissione del reato di circonvenzione di incapace posto in essere proprio in occasione della redazione di tali atti)."*

CASO

C.A.M., F.A. e F.L., in qualità di eredi di F.D., convenivano in giudizio davanti al Tribunale di Belluno G.M., deducendo di essere parenti di quinto grado del defunto R.G., il quale aveva redatto quattro testamenti olografi di eguale tenore, con i quali istituiva erede universale il convenuto G.M.

Gli attori contestavano la validità dei testamenti in quanto redatti da soggetto incapace di intendere e di volere, e chiedevano che in ogni caso venisse dichiarata l'indegnità a succedere del convenuto, in quanto autore del reato di circonvenzione di incapace in danno del testatore.

Gli altri eredi legittimi del testatore, F.A., S.P.F. e S.C., aderivano alla domanda attorea.

Il convenuto contestava la fondatezza della domanda, negando l'incapacità del testatore ed escludendo la possibilità di invocare gli esiti del processo penale che lo aveva coinvolto.

Il Tribunale di Belluno, con la sentenza n. 94 del 10 aprile 2020, accoglieva la domanda e annullava le quattro schede olografe delle quali era beneficiario G.M., disponendo inoltre la condanna alla restituzione dei beni relitti in favore degli attori e degli altri eredi legittimi.

G.M. proponeva Appello.

La Corte d'Appello di Venezia con la sentenza n. 335 del 16 febbraio 2022 ha rigettato il gravame di G. sostenendo che il procedimento penale, che aveva visto il G. imputato per il reato di circonvenzione di incapace, anche in relazione alla stesura dei testamenti oggetto di causa, si era concluso con pronuncia della Suprema Corte divenuta irrevocabile, essendo quindi condivisibile la soluzione del Tribunale che era pervenuto alla declaratoria di invalidità delle schede, invocando l'efficacia del giudicato penale ex art. 654 c.p.p..

Il giudice di secondo grado modificava parzialmente la sentenza di primo grado, affermando la nullità del testamento per la diretta violazione dell'art. 1418 c.c., nullità rilevabile d'ufficio e che ben poteva essere pronunziata, anche se gli attori avessero inizialmente fatto richiesta di annullamento.

Per la cassazione di tale sentenza G.M. propone ricorso sulla base di quattro motivi.

Con il primo motivo denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 654 c.p.p., nella parte in cui la sentenza di appello ha ritenuto di estendere l'efficacia del giudicato penale di condanna del ricorrente anche nel giudizio civile.

Con il secondo motivo denuncia la nullità della sentenza o del procedimento per la violazione dell'art. 174 c.p.c., in quanto la causa sarebbe stata affidata in primo grado a diversi giudici istruttori, senza che ricorressero gravi esigenze di servizio o ipotesi di assoluto impedimento.

Con il terzo motivo denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., nonché dell'art. 24 Cost..

Con il quarto motivo lamenta ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, l'omesso esame di fatti decisivi per il giudizio oggetto di discussione tra le parti.

Gli intimati hanno resistito con autonomi controricorsi.

Il ricorrente ed i controricorrenti, S.P.F. e S.C., hanno depositato memorie in prossimità dell'udienza.

SOLUZIONE

Quanto al primo motivo di ricorso la Suprema Corte ritiene il motivo inammissibile ex art. 360 bis n. 1 c.p.c.. In particolare la Corte di Legittimità rileva come la sanzione della nullità risulta conseguenza dall'applicazione dei principi costantemente seguiti in precedenti pronunce secondo cui il contratto stipulato per effetto diretto del reato di circonvenzione d'incapace è nullo, ai sensi dell'art. 1418 c.c., per contrasto con norma imperativa, dovendosi ravvisare una violazione di disposizioni di ordine pubblico in ragione delle esigenze d'interesse collettivo sottese alla tutela penale, trascendenti quelle di mera salvaguardia patrimoniale dei singoli contraenti perseguite dalla disciplina sull'annullabilità dei contratti.

Ne consegue che correttamente, in applicazione della suddetta regola, è stata tratta la conclusione della nullità delle schede testamentarie stante l'avvenuto accertamento della commissione del reato di circonvenzione di incapace posto in essere dal ricorrente in danno del R., proprio in occasione della redazione di tali atti.

Poiché la nullità della scheda discende dallo stesso realizzarsi della fattispecie criminosa oggetto dell'accertamento demandato al giudice penale, è indubbio che il giudicato in quella sede formatosi abbia efficacia vincolante anche in sede civile, posto che al giudizio penale hanno preso parte, oltre che il ricorrente, anche alcuni degli eredi legittimi (ovvero alcuni dei loro danti causa), nella veste di parti civili.

Quanto al secondo motivo di ricorso la Suprema Corte ritiene il motivo inammissibile ex art. 360 bis n. 1 c.p.c.., in quanto stante il puntale e pertinente richiamo del giudice di appello alla consolidata giurisprudenza di Cassazione, in merito alla corretta applicazione dell'art. 174 c.p.c. ed alle conseguenze della sua violazione, il ricorrente si è limitato acriticamente a sollecitare un ripensamento dell'orientamento della Corte, facendo semplice riferimento alla asserita identità della persona del giudice istruttore della presente causa con quella del giudice della causa di licenziamento del ricorrente, ipotesi questa che, attesa anche l'assoluta diversità delle due cause, non può in alcun modo implicare una incompatibilità tra i ruoli rivestiti dal medesimo giudice nei due diversi procedimenti.

Quanto al terzo e quarto motivo di ricorso la Corte di Legittimità ritiene inammissibile il motivo di ricorso fondato sul vizio di cui all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, avendo la sentenza di appello deciso, quanto alla ricostruzione dei fatti, in senso conforme a quanto statuito dal giudice di primo grado.

Quanto invece alla dedotta violazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., la Suprema Corte evidenza come la doglianza sia rivolta a conseguire una non consentita rivalutazione del materiale probatorio in sede di legittimità, onde conseguire una ricostruzione dei fatti più appagante, rispetto a quella compiuta dal giudice di merito, e sicuramente rispondente alle aspettative del ricorrente.

Trattasi però di esito precluso in sede di controllo di legittimità, anche e soprattutto in ragione dell'efficacia di giudicato della sentenza penale emessa in danno del G., che contiene un accertamento non più contestabile della commissione del reato di cui all'art. 643 c.p.c., in

danno del R. e proprio in occasione della redazione delle schede testamentarie, efficacia da cui deriva come conseguenza necessaria la nullità delle schede, a prescindere dall'effettiva assoluta incapacità di intendere e di volere della vittima.

La censura di cui al terzo motivo si sostanzia perciò nella sollecitazione ad attribuire una diversa valenza probatoria ad elementi diversi da quelli invece ritenuti prevalenti e maggiormente attendibili dal giudice di merito, il che rende evidente l'inammissibilità della sua formulazione.

Per tutti questi motivi la Corte dichiara inammissibile il ricorso e condanna il ricorrente al rimborso delle spese.

QUESTIONI

La Suprema Corte, con la sentenza n. 3523 del 6 febbraio 2023, torna ad occuparsi del tema della nullità del testamento, confermando la propria consolidata giurisprudenza in materia di invalidità del contratto concluso per effetto diretto di un reato[1].

Come è noto, manca una disciplina organica dell'invalidità del testamento quale invece esiste, agli artt. 1418-1446 c.c., per i contratti: il Codice si limita infatti a stabilire singole ipotesi di nullità, riferite ora a particolari disposizioni testamentarie – si ricordi, a titolo esemplificativo, la nullità delle disposizioni a favore di persone incapaci di ricevere per testamento (artt. 596-599) o a favore di persona incerta (art. 628), delle disposizioni determinate da motivo illecito risultante dal testamento (art. 626), o, ancora, delle disposizioni rimesse all'arbitrio del terzo (artt. 631 primo comma e 632 primo comma), ma anche al divieto di patti successori (art. 458) – ora all'intera scheda testamentaria – si pensi alla nullità del testamento olografo per mancanza dell'olografia o della sottoscrizione del disponente, o alla nullità del testamento redatto per atto di notaio per mancanza della redazione per iscritto, da parte del notaio, delle dichiarazioni del testatore, nonché delle sottoscrizioni del disponente e del notaio medesimo (art. 606, primo comma). La disciplina dell'invalidità testamentaria è poi integrata da tre ipotesi di annullabilità: uno formale, disposto quale conseguenza residuale di tutti i vizi di forma che la legge non sanziona con la nullità (artt. 606 secondo comma e 619, secondo comma), e due sostanziali, disposti per il caso dell'incapacità a testare (art. 591) e del testamento affetto da vizi della volontà (art. 624). Il Tribunale di Belluno, con la citata sentenza n. 94 del 10 aprile 2020, riconduceva all'alveo di quest'ultima disposizione la fattispecie sottoposta alle sue cure, annullando le quattro schede olografe di R.D., oggetto della lite.

A fronte di questo disordinato quadro normativo è pacifica – al fine di colmare eventuali lacune, e nei limiti della compatibilità tra i due stralci di disciplina – l'applicabilità anche al testamento delle disposizioni previste in materia di invalidità del contratto in generale, e in particolare gli artt. 1418 e 1419 c.c. relativi alla nullità totale e parziale del contratto, nonché l'art. 1421 e 1422 c.c. in materia di legittimazione all'azione di nullità e di imprescrittibilità della medesima[2]. Per quanto qui rileva, alla nullità che l'art.1418, primo comma, fa

discendere dalla contrarietà del contratto a norme imperative fa capo l'ipotesi del contratto che venga concluso in violazione di una norma penale, per avere una od entrambe le parti realizzato una condotta penalmente rilevante concludendo il contratto stesso, o nella fase antecedente e/o contestuale alla conclusione medesima.

La dottrina distingue, in materia, l'ipotesi del "reato-contratto", il quale ricorre quando ad essere colpita dal divieto assistito dalla sanzione penale è proprio e direttamente la stipulazione di un determinato contratto, in ragione dell'assetto degli interessi che esso mira a realizzare (ad esempio la ricettazione ex art. 648 c.p.; il commercio di prodotti con segni falsi ex art. 474 c.p.) ed è sempre e necessariamente nullo, da quella del "reato in contratto", il quale invece sussiste quando ad essere colpita dal divieto assistito dalla norma incriminatrice è una condotta tenuta contestualmente e/o antecedentemente allo scambio dei consensi contrattuali (situazione che ricorre, ad esempio, in fattispecie quali l'estorsione ex art. 629 c.p. e la circonvenzione di persona incapace ex art. 643 c.p.)[3].

Con riguardo ai reati in contratto di cui in ultimo, la giurisprudenza di Cassazione predilige, ai fini di giudicare l'invalidità di un negozio concluso commettendo un reato, un criterio di natura sostanziale, «che tende a privilegiare la verifica della natura della norma penale violata, per valutare se si tratti di norma imperativa di ordine pubblico o comunque di rilevanza pubblica, perché posta a tutela di un interesse generale, sicché solo in tale eventualità il contratto che la viola si ritiene affetto da nullità perché in contrasto col rimo comma dell'art. 1418 c.c. »[4], pertanto, la violazione della norma penale dà luogo ad un negozio nullo sempre e soltanto ove l'interesse o il bene giuridico protetto dalla medesima assume una connotazione pubblicistica.

Tornando al caso in esame, si osservi che la giurisprudenza della Suprema Corte, sin da Cass. 29 settembre 1979, n.4824, dichiara radicalmente nullo il contratto stipulato a seguito e per effetto della commissione del reato ex art. 643 c.p. [5] muovendo dal rilievo che, a scapito della collocazione sistematica di tale disposizione nel Capo del codice dedicato ai «*delitti contro il patrimonio mediante frode*», il bene giuridico alla cui tutela essa sarebbe preposta non è il patrimonio delle persone in condizione di infermità o deficienza psichica, bensì l'autonomia privata e l'interesse alla libera esplicazione dell'attività negoziale delle medesime tutelato dagli artt. 41 Cost. e 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, quale interesse che assurge al rango di principio a tutela dell'ordine pubblico[6]: di qui il collegamento logico e sistematico con la materia contrattuale, che proprio in ragione dell'interesse pubblico alla libertà negoziale impone di considerare il negozio radicalmente nullo in virtù del combinato disposto primo comma dell'art. 1418 e della norma penale di cui all'art. 643 c.p.[7].

[1] Per giurisprudenza costante della Cassazione il contratto stipulato per effetto di un reato è nullo ex art. 1418 c.c. per contrasto con norma imperativa (v. Cass. 29 ottobre 1994, n. 8948; Cass. 27 gennaio 2004, n. 1427; Cass. 23 maggio 2006, n. 12126; Cass. 7 febbraio 2008, n. 2860; Cass. 22 aprile 2008, n. 19665; Cass. 28 aprile 2017, n. 10609; Cass. 31 maggio 2022, n. 17568).

[2] G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, Giuffré editore, Milano, 2015, 910.

[3] I. Riva, *Sulla sorte del contratto concluso per effetto di circonvenzione d'incapace*, in *Giur. It.*, gennaio 2017, 50;

1784. De Cristofaro, *Nullità del contratto ex art. 1418 c.c. e "reati in contratto": l'evoluzione della più recente giurisprudenza di legittimità*, in *Studium Iuris*, 2021, 1031; nello stesso senso, F. A. Genovese, *Recentissime Cassazione civile*, *Contratto concluso in violazione di una norma penale: quale vizio?*, in *Giur. It.*, agosto-settembre 2022, 1784.

[4] Cass. civ., Sez. III, 19 dicembre 2016, n. 26097.

[5] E. Raganelli, *Circonvenzione di incapace e nullità o annullabilità del contratto*, in *Giust. civ.*, 1980, 943.

[6] A. Mendola, *Circonvenzione di incapaci e violazione di norme imperative*, in *Giur. It.*, gennaio 2017, 43.

[7] Cass. civ., Sez II, 29 ottobre 1994, n. 8948.

Diritto e reati societari

Azione di responsabilità promossa dal socio contro l'ex amministratore: la società è litisconsorte necessario

di **Francesca Scanavino, Dottoressa in legge e Assistente didattico presso l'Università degli Studi di Bologna**

Tribunale di Torino, Sezione I, Sentenza n. 103 dell'11 gennaio 2023.

Parole chiave: amministratori – *mala gestio* – azione di responsabilità – diligenza – mandatario – *business judgement rule* – diligenza professionale – litisconsorzio – azione sociale – contraddittorio – nullità

Massima: *"L'autonoma iniziativa del socio, riconosciuta dall'art. 2476 c. 3 c.c. senza vincolo di connessione con la quota di capitale dallo stesso posseduta, non toglie che si tratta pur sempre di un'azione sociale di responsabilità, rifluendo l'eventuale condanna dell'amministratore unicamente nel patrimonio sociale e potendo solo la società (non il socio) rinunciare all'azione e transigerla, con la conseguenza che la sentenza eventualmente emessa in assenza di contraddittorio con la società cui riferisce l'azione, e quindi a contraddittorio non integro, è nulla".*

Disposizioni applicate: articoli 1176 c. 2 e 2476 c. 3 c.c.; art. 102 c.p.c.

Il giudizio in esame prende le mosse dall'azione di responsabilità, avanzata dalla socia di una società a responsabilità limitata nei confronti dell'ex amministratore della società stessa.

In particolare, l'attrice ha dedotto che il convenuto avesse posto in essere diverse condotte di *mala gestio*, tre le quali il fatto di aver incassato importi ed assegni e di non averli registrati nella contabilità della S.r.l.

Il convenuto, dal canto suo, ha chiesto il rigetto integrale delle domande attoree, deducendo la correttezza del proprio operato e la marginalità della propria posizione con riferimento alle vicende oggetto di causa.

Il Tribunale di Torino ha solo parzialmente accolto le domande attoree, in quanto non tutte sufficientemente provate.

Merita, ad ogni modo, sottolineare i principi di diritto sollevati nella pronuncia in esame dal Tribunale.

In primo luogo, con riferimento alla diligenza degli amministratori, il Tribunale di Torino ha affermato il fatto che gli amministratori di una società di capitali rispondono non con la diligenza del mandatario, ma in virtù della diligenza professionale esigibile *ex* art. 1176 c. 2 c.c., per cui, in applicazione della *business judgement rule*, le loro scelte sono insindacabili a meno che, valutate *ex ante*, risultino manifestamente avventate ed imprudenti (Corte di Appello di Torino, Sez. V – Sezione Specializzata in materia di Impresa, Sent. n. 965 dell'8 settembre 2022). Al riguardo, nel caso in esame, il Tribunale ha ritenuto che l'ex amministratore, non registrando gli importi incassati nella contabilità sociale, non avesse compiuto scelte discrezionali, bensì avesse violato i doveri minimi di diligenza professionale, attinenti alla gestione ordinata dei flussi di cassa e delle relative annotazioni e formalizzazioni contabili.

Inoltre, si sottolinea che in corso di causa il Tribunale di Torino ha rilevato la necessità di integrare il contraddittorio *ex* art. 102 c.p.c. anche nei confronti della S.r.l..

Il Tribunale di Torino ha infatti richiamato due pronunce della Corte Suprema di Cassazione (v. Cass. Sent. n. 10936 del 2016 e Cass., Ord. n. 17493 del 2018), secondo le quali, nel caso di azione di responsabilità promossa dal socio *ex* art. 2476 c. 3 c.c., sussiste litisconsorzio necessario con la società.

Infatti, l'autonoma iniziativa del socio, riconosciuta dall'art. 2476 c. 3 c.c. senza vincolo di connessione con la quota di capitale dallo stesso posseduta, non toglie che si tratta pur sempre di un'azione sociale di responsabilità, rifluendo l'eventuale condanna dell'amministratore unicamente nel patrimonio sociale e potendo solo la società (non il socio) rinunciare all'azione e transigerla, con la conseguenza che la sentenza eventualmente emessa in assenza di contraddittorio con la società cui riferisce l'azione, e quindi a contraddittorio non integro, è nulla.

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

La legittimazione del pubblico ministero a presentare istanza di fallimento

di **Paolo Cagliari, Avvocato**

Cass. civ., sez. I, 21 settembre 2022, n. 27670 – Pres. Ferro – Rel. Nazzicone

Parole chiave: Fallimento – Dichiarazione di fallimento – Iniziativa – Pubblico ministero – Legittimazione – Notizia dell'insolvenza appresa dalla relazione *ex* art. 33 l.fall. – Notizia ricavata dagli atti relativi a procedimento penale per bancarotta depositati in sede di reclamo – Utilizzabilità

[1] Massima: "*In tema di iniziativa per la dichiarazione di fallimento da parte del pubblico ministero, quest'ultimo può richiedere il fallimento, ai sensi dell'art. 7 l.fall., quando abbia appreso la* notitia decoctionis *nell'esercizio delle sue funzioni istituzionali, attingendola dalla relazione prevista dall'art. 33 l.fall. o ricavandola dagli atti relativi a un procedimento penale per bancarotta, i quali possono essere legittimamente depositati per la prima volta anche in sede di reclamo* ex *art. 18 l.fall*".

Disposizioni applicate: r.d. 267/1942, artt. 7, 18, 33

CASO

Il Tribunale di Modena, accogliendo l'istanza proposta dal pubblico ministero, dichiarava il fallimento di una società, che gravava con reclamo la sentenza.

L'impugnazione veniva respinta dalla Corte d'appello di Bologna, che reputava sussistente la legittimazione del pubblico ministero, che aveva appreso della situazione d'insolvenza nell'ambito di indagini per operazioni infragruppo avviate *ex* artt. 216 e 223 l.fall., a seguito di segnalazione del curatore ai sensi dell'art. 33 l.fall.

La pronuncia veniva impugnata con ricorso per cassazione, mediante il quale veniva veicolata

la censura di violazione e falsa applicazione dell'art. 7 l.fall., dal momento che, nell'istanza di fallimento avanzata dal pubblico ministero, mancava ogni riferimento a una delle ipotesi previste dalla norma richiamata, ivi essendo stata menzionata solo la relazione del curatore *ex* art. 33 l.fall., che, tuttavia, non costituisce segnalazione dell'insolvenza pervenuta dal giudice civile, cui viene fatto riferimento al n. 2) dell'art. 7 l.fall.

SOLUZIONE

[1] La Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso, affermando che la legittimazione del pubblico ministero a chiedere la dichiarazione di fallimento sussiste ogni volta che abbia, in qualunque modo, appreso la *notitia decoctionis* nell'ambito delle funzioni istituzionali affidategli.

QUESTIONI

[1] L'iniziativa per la dichiarazione di fallimento, secondo quanto stabilito dall'art. 6 l.fall., può essere assunta dal debitore medesimo (il quale, a fronte di una conclamata situazione di insolvenza, si attivi per evitare l'aggravamento del dissesto e le ulteriori conseguenze pregiudizievoli che possono derivare dalla sua inerzia), da uno o più creditori (quando l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati sia complessivamente superiore al limite di € 30.000 fissato dal comma 9 dell'art. 15 l.fall.), nonché dal pubblico ministero.

Il successivo art. 7 l.fall. stabilisce, a tale riguardo, che l'istanza di fallimento può essere presentata dal pubblico ministero quando l'insolvenza risulta:

- nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dall'irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore;
- dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile.

Nel caso esaminato dall'ordinanza che si annota, la *notitia decoctionis* era emersa dalla relazione predisposta dal curatore nominato nell'ambito di una procedura concorsuale relativa ad altro soggetto insolvente ai sensi dell'art. 33 l.fall., il cui comma 4 ne prescrive il deposito nella cancelleria del tribunale fallimentare e la trasmissione, nel suo testo integrale, al pubblico ministero.

Tale trasmissione viene effettuata d'ufficio, senza bisogno che vi sia una specifica attivazione da parte del curatore (che, dunque, non segnala alcunché), perché è la legge a prevedere che la relazione, diretta al giudice delegato, sia inviata anche al pubblico ministero, che la riceve dopo la sentenza che ha dichiarato il fallimento, la quale, a propria volta, viene iscritta a "modello 45" (ossia il cosiddetto modello delle non notizie di reato), salva la trasformazione a "modello 21" (quello delle notizie di reato) di quanto appreso, con formale apertura di indagini a carico del fallito, in quanto ne ricorrano i presupposti.

Sempre a norma dell'art. 33 l.fall., il giudice delegato ordina il deposito della relazione in cancelleria, disponendo la segretazione delle parti attinenti alla responsabilità penale, alle azioni del curatore e ai dati sensibili del fallito; il pubblico ministero, invece, riceve la relazione nella sua integralità, ossia senza le interpolazioni derivanti dalla secretazione.

La giurisprudenza ha evidenziato che la *ratio* dell'art. 7 l.fall., una volta venuto meno il potere del tribunale di dichiarare d'ufficio il fallimento, va individuata nell'estensione della legittimazione del pubblico ministero alla presentazione dell'istanza ogni volta che l'organo abbia istituzionalmente appreso la *notitia decoctionis*; tale orientamento trova conforto sia nell'interpretazione della norma (che, al n. 2), si riferisce al procedimento civile senza limitazioni di sorta), sia nella relazione allo schema di decreto legislativo di riforma delle procedure concorsuali, ove si fa riferimento a qualsiasi *notitia decoctionis* emersa nel corso di un procedimento penale.

Da questo punto di vista, il riferimento contenuto nel n. 1) dell'art. 7 l.fall. non dev'essere interpretato in senso riduttivo, sicché non è necessaria la preventiva iscrizione di una *notitia criminis* nel registro degli indagati a carico del fallendo o di terzi.

Lo conferma il tenore della disposizione, che, nel discernere in termini alternativi la notizia appresa, da un lato, nel corso di un procedimento penale e, dall'altro lato, negli ulteriori casi ivi espressamente indicati (fuga, irreperibilità, latitanza dell'imprenditore, chiusura dei locali, trafugamento, sostituzione o diminuzione fraudolenta dell'attivo, fattispecie che, di per sé, ben possono collocarsi anche all'esterno di un procedimento penale), attribuisce la legittimazione al pubblico ministero in ipotesi nelle quali la *notitia decoctionis* viene conosciuta non necessariamente nell'ambito di un procedimento penale, ma pure nel corso dello svolgimento delle proprie attività istituzionali, siano esse di direzione dell'investigazione o di ricezione di informazioni.

Così, se l'iniziativa del pubblico ministero dipende non dalla preventiva iscrizione di una *notitia criminis* nel registro degli indagati, bensì dalla conoscenza di circostanze apprese nell'ambito dello svolgimento delle funzioni affidate al magistrato requirente, non può dubitarsi che la *notitia decoctionis* possa essere ricavata dal magistrato inquirente anche dalla lettura degli atti trasmessigli, financo se privi di rilevanza penale, dato che una simile attività rientra nei compiti istituzionali attribuitigli e può, quindi, costituire una fonte di informazione utile a legittimare la sua iniziativa volta alla dichiarazione di insolvenza.

In definitiva, sono idonee ad attivare la legittimazione del pubblico ministero, ai sensi dell'art. 7 l.fall., anche quelle condotte che, in quanto considerate dalla norma (peraltro in modo esemplificativo e non tassativo), non necessariamente integrano reati, perché, in linea generale, non sono tali.

In questo senso, è stato affermato che l'esame, da parte del pubblico ministero, dei risultati di indagini svolte dalla Guardia di Finanza – sia che siano state previamente disposte dall'organo giurisdizionale nell'esercizio del proprio potere investigativo, sia che siano state eseguite

autonomamente dal corpo di polizia e trasmesse all'ufficio della Procura della Repubblica – rientra pienamente nell'attività istituzionale dell'organo giurisdizionale inquirente; qualora, pertanto, gli esiti dell'indagine evidenzino la *notitia decoctionis*, mediante la rappresentazione di esposizioni debitorie verso l'erario astrattamente idonee a costituire fattispecie incriminatrici speciali, il pubblico ministero è pienamente legittimato a presentare l'istanza di fallimento.

Allo stesso modo, deve considerarsi legittima l'iniziativa del pubblico ministero che sia stata assunta sulla base di una *notitia decoctionis* appresa dalla relazione di un amministratore giudiziario nominato nell'ambito di un sequestro preventivo disposto e poi revocato dal giudice per le indagini preliminari, dovendosi reputare ininfluente, ai fini dell'utilizzabilità di tale relazione, l'eventuale difetto dei requisiti di validità specificamente prescritti dalla normativa che disciplina il relativo procedimento, dal momento che l'art. 7 l.fall., nel consentire l'acquisizione della *notitia decoctionis* attraverso le risultanze di un procedimento penale o la segnalazione del giudice civile, non prescrive l'osservanza di forme determinate, ma richiede solo che sia avvenuta nell'esercizio delle funzioni istituzionali.

È la stessa trasmissione di svariati atti concorsuali al pubblico ministero, dunque, a investirlo di elementi potenzialmente suscettibili di far emergere una *notitia decoctionis*, sia a fini interni (potendo il pubblico ministero chiedere il fallimento di un debitore che ha depositato domanda di concordato per il solo fatto che ne è stato notiziato ai sensi dell'art. 161 l.fall.), sia a fini esterni (com'è a dirsi per le relazioni *ex* art. 33 l.fall., che gli debbono essere indefettibilmente trasmesse dall'ufficio e che, dunque, sono anch'esse informazioni, peraltro veicolate in modo speciale e distinto rispetto a quanto eventualmente gli venga riferito dal giudice civile).

In definitiva, l'iniziativa del pubblico ministero è legittimata dalla conoscenza della decozione di una parte o di un terzo che egli abbia per effetto della sua partecipazione a processi o procedimenti che vedano coinvolti detta parte o detto terzo: ciò che conta è che un fatto rilevante ai fini della declaratoria di fallimento sia portato alla sua attenzione per le sue valutazioni nell'ambito di una competenza propria.

Così, ogni volta che, all'interno di un atto tipico destinato al pubblico ministero, vi sia una *notitia decoctionis*, riguardante tanto il medesimo debitore quanto eventuali terzi, sussiste per ciò stesso la sua legittimazione a chiederne il fallimento, essendogli solo inibito di attivarsi *ex abrupto*, ossia di ricercare in proprio l'insolvenza, dovendo avere appreso la notizia di essa nell'ambito delle sue competenze istituzionali (civili, penali o disciplinari).

Poiché, nel caso di specie, la notizia era stata ricavata dalla relazione predisposta dal curatore ai sensi dell'art. 33 l.fall., nella pendenza di un procedimento per bancarotta *ex* artt. 216 e 223 l.fall., la legittimazione del pubblico ministero non poteva essere messa in discussione.

Master di specializzazione
CODICE DELLA CRISI
Scopri di più >

Diritto Bancario

L'informativa di prima segnalazione "a sofferenza"

di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

Le disposizioni di Banca d'Italia in tema di Centrale dei rischi stabiliscono che gli intermediari devono informare per iscritto il cliente e gli eventuali coobbligati (garanti, soci illimitatamente responsabili) in occasione della prima segnalazione "a sofferenza".

In particolare, il cliente consumatore, ai sensi dell'articolo 125 TUB, va informato quando, per la prima volta, viene classificato "negativamente" (ossia quando si evidenzia un inadempimento persistente o una sofferenza); tale informativa deve essere preventiva, cioè va trasmessa prima dell'invio della prima segnalazione "negativa".

Le predette Disposizioni di Bankitalia chiariscono altresì che la comunicazione preventiva è volta a garantire la trasparenza nel rapporto con il cliente, non può essere strumentale alla più agevole riscossione del credito da parte dell'intermediario segnalante, né può essere utilizzata per sollecitare il debitore ad adempiere.

Il 'preavviso' di imminente segnalazione è dunque dovuto solo in caso di segnalazioni negative che si riferiscano a un consumatore o imprenditore individuale (art. 125, comma 3, TUB), come confermato dalla Cassazione: nella vigenza dell'art. 125 TUB, il profilo di legittimità della segnalazione in rapporto all'onere di preventivo avviso al debitore, che, per la prima volta, venga a essere classificato negativamente, assume rilievo unicamente ove si tratti di segnalazioni per operazioni di credito al consumo (Cass. n. 14382/2021; Cass. n. 39769/2021).

Riepilogando: riguardo alla segnalazione "a sofferenza", l'obbligo di informativa – preventiva se cliente consumatore – interessa tutti i clienti dell'intermediario, mentre per le altre segnalazioni ("negative") pregiudizievoli è necessario che il rapporto sia riconducibile al credito ai consumatori (artt. 121 e 122 TUB).

Il cessionario nell'ambito di un'operazione di cessione di credito ai sensi della legge n.130/1999 (cartolarizzazione) segnala tra le 'sofferenze' – salvo l'ipotesi che ricorrano i

presupposti per una diversa classificazione – i crediti acquistati aventi come debitori ceduti soggetti precedentemente segnalati in sofferenza (Disposizioni Bankitalia in tema di Centrale dei rischi).

Essendo previsto per il cessionario del credito l'obbligo di segnalazione in continuità rispetto alla cedente – perdurando le condizioni economico-patrimoniali che giustificano la segnalazione a sofferenza -, è dibattuto se il cessionario debba reiterare nei confronti del debitore (ceduto) inadempiente l'avvertimento di segnalazione a sofferenza.

Per parte della giurisprudenza, l'ultimo cessionario non può effettuare/confermare la segnalazione a sofferenza se non ripete la comunicazione al debitore inadempiente. A imporlo sarebbe il rispetto del canone di buona fede nell'esecuzione del contratto (Trib. Treviso 28.12.2020; Trib. Venezia 26.3.2020).

Secondo altri, invece, in caso di cessione di un credito a sofferenza non è necessario che il cessionario del credito avvisi *ex novo* il debitore ceduto della perdurante appostazione a sofferenza, poiché le Disposizioni di Banca d'Italia in materia di Centrale dei rischi prevedono l'obbligo di avvertimento in occasione della «prima» segnalazione a sofferenza (Trib. Treviso 13.12.2021, n. 4177; Trib. Milano 16.11.2020 n. 6033): quest'ultimo orientamento è preferibile.