



## **Edizione di martedì 29 ottobre 2024**

### **Diritto e reati societari**

**Amministratore di fatto: estensione all'extraneus della responsabilità penale tipica dell'amministratore di diritto**

di **Davide Giuseppe Giugno, Avvocato**

### **Responsabilità civile**

**Responsabilità civile derivante dallo svolgimento di attività sanitaria tramite la telemedicina**

di **Mirko Faccioli, Avvocato e Professore associato di diritto privato**

### **Procedimenti di cognizione e ADR**

**Documento telematicamente depositato nel (solo) giudizio di primo grado e dimostrazione in appello del fatto storico ivi rappresentato**

di **Valentina Baroncini, Professore associato di Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Verona**

### **Esecuzione forzata**

**Pignoramento di quote intestate a società fiduciaria**

di **Paolo Cagliari, Avvocato**

### **Obbligazioni e contratti**

**Diritto alla provvigione del mediatore: il contratto preliminare può considerarsi atto conclusivo dell'affare?**

di **Martina Mazzei, Avvocato**

### **Comunione – Condominio - Locazione**

**Locazione: convalida di sfratto opposta e mediazione obbligatoria da parte dell'intimante**

**opposto**

di **Saverio Luppino, Avvocato**

**Diritto e procedimento di famiglia**

**Affidamento esclusivo al padre se la figlia non riesce a relazionarsi con la madre**

di **Giuseppina Vassallo, Avvocato**

**Diritto e reati societari**

**Pignoramento della quota di società a responsabilità limitata intestata a società fiduciaria: non si esegue mediante pignoramento presso terzi, bensì, ai sensi dell'art. 2471, comma 1, c.c.**

di **Virginie Lopes, Avvocato**

**Procedure concorsuali e Diritto fallimentare**

**Liquidazione giudiziale di società incorporata**

di **Federica Pasquariello, Ordinario di Diritto commerciale, Università degli Studi di Verona**

**Diritto Bancario**

**La clausola floor è uno strumento derivato?**

di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

## Diritto e reati societari

---

# ***Amministratore di fatto: estensione all'extraneus della responsabilità penale tipica dell'amministratore di diritto***

di  **Davide Giuseppe Giugno, Avvocato**

Seminario di specializzazione

## **Responsabilità solidale di committente e appaltatore nell'outsourcing**

Scopri di più

Con le precedenti pubblicazioni, abbiamo definito il concetto di “posizione di garanzia” ed individuato i soggetti che, nell’ambito societario, ne assumono le derivanti responsabilità. Ma quali altri soggetti potrebbero vedersi contestati gli illeciti penali connessi e derivanti dall’assunzione di detta “posizione”?

Orbene, la giurisprudenza ha da tempo riconosciuto la configurabilità del concorso *dell'extraneus* nel reato proprio, purché sia accertata la volontarietà della sua condotta.

Invero, a mente dell’art. 2639 c.c.: “...*Per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione...*”, pertanto non possono sussistere dubbi circa l’equiparabilità dell’amministratore di fatto a quello di diritto. Sebbene l’art. 2639 c.c. sembrerebbe limitare la responsabilità *dell'extraneus* ai reati societari, è indubbio che, accertatone il ruolo, questi debba rispondere anche in relazione agli altri reati commessi nell’esercizio del ruolo (reati tributari, fallimentari, ambientali, sicurezza sul lavoro, etc.).

Il Supremo Collegio<sup>[1]</sup> è più volte intervenuto in *subiecta* materia ribadendo che per l’accertamento probatorio della responsabilità penale derivante dall’attività gestoria debba essere valorizzato il dato fattuale e non quello meramente formale.

Assistiamo, pertanto, ad una sorta di inversione delle qualifiche. Sarà, pertanto, l’amministratore di fatto ad assumere l’effettiva responsabilità gestoria, rispondendo quale soggetto attivo del reato, ed il prestanome ad agire da *extraneus* corresponsabile in forza della formale posizione di garanzia (da questi ricoperta ex art. 2392 c.c.) per non aver impedito l’evento. Sicché, si applica all’amministratore di diritto la fattispecie prevista dal secondo comma dell’art. 40 c.p. e sebbene questi, il più delle volte, non intervenga in alcun modo nella gestione dell’impresa, la Giurisprudenza è concorde nell’estendergli la responsabilità penale a titolo di dolo eventuale per il sol fatto di aver assunto “formalmente” la responsabilità della

carica. Il processo si snoderà, pertanto, tutto attorno all'accertamento dell'elemento soggettivo.

Gli stessi principi vanno estesi a qualsivoglia altra fattispecie di reato consumata nell'ambito societario (reati tributari, fallimentari, ambientali, etc.).

In sintesi, va precisato, tenendo conto dei più recenti arresti giurisprudenziali, in che termini l'amministratore di diritto e quello di fatto possano essere chiamati a rispondere penalmente per fatti illeciti verificatisi nel corso dello svolgimento dell'attività d'impresa.

Quanto all'amministratore di diritto può affermarsi che la mera assunzione della posizione di garanzia costituisce solo il presupposto per l'ulteriore verifica della sussistenza della responsabilità riferibile all'illecito plurisoggettivo eventuale; a tal fine, necessita, piuttosto, l'accertamento del contributo concorsuale da questi apportato in concreto.

Perché possa ritenersi fondata una qualsivoglia ipotesi accusatoria, in capo all'amministratore di diritto deve essere accertata la sussistenza dei seguenti elementi:

- assunzione della funzione;
- efficacia impeditiva dell'esercizio delle prerogative riservate alla funzione;
- conoscenza dell'evento illecito futuro e dell'obbligo di attivarsi per impedirlo.

Quanto alla fase processual-penalistica, valga quanto già esposto in merito alla complessità di giungere all'accertamento della responsabilità penale, dovendosi esprimere un giudizio previsionale sulle probabilità che l'evento illecito, futuro rispetto al momento volitivo-omissivo, si sarebbe verificato se il garante avesse attivato i propri poteri impeditivi. Solo così potrà essere attribuita rilevanza penale ex art. 40 2 comma c.p., alla condotta doverosa omessa. È opportuno, ancora, ricordare che solo l'effettiva conoscenza dell'evento illecito futuro da impedire può costituire il presupposto dell'imputazione a titolo di dolo. La mera conoscibilità non consentirebbe, in alcun caso, di andare oltre l'ipotesi della colpa.

Circa l'**amministratore di fatto**, il Supremo Collegio ha consolidato il principio in forza del quale, **affinché possa ritenersi sussistente tale figura, è richiesto che il soggetto agente ponga in essere in modo continuativo e significativo i poteri tipici della posizione, accompagnati dall'esercizio della concreta attività gestoria dell'Impresa. Tanto basta ad escludere che possa ritenersi amministratore di fatto colui il quale svolga episodicamente ed occasionalmente attività tipiche dell'amministratore di diritto.**

Sul piano processuale, per l'accertamento probatorio di tale ruolo i Giudice dovranno motivare circa:

- la sussistenza di elementi sintomatici dai quali dedurre l'inserimento organico

dell'imputato nella Società;

- l'espletamento di funzioni direttive;
- continuità e rilevanza dell'attività gestoria espletata.

[\[1\]](#) Cassazione nn. 20553/2022, 47239/2016, 15900/2016, 38780/2015, 23425/2011

Seminario di specializzazione

## Responsabilità solidale di committente e appaltatore nell'outsourcing

Scopri di più

## Responsabilità civile

---

# **Responsabilità civile derivante dallo svolgimento di attività sanitaria tramite la telemedicina**

di **Mirko Faccioli, Avvocato e Professore associato di diritto privato**

Seminario di specializzazione

## Responsabilità civile in ambito sanitario

Scopri di più

**Abstract:** *Il contributo analizza i principali profili della responsabilità civile alla quale possono andare incontro i medici e le strutture sanitarie nell'esercizio della telemedicina, ovvero sia nell'attività di erogazione di prestazioni diagnostiche o terapeutiche a distanza tramite l'utilizzo delle tecnologie dell'informatica e della comunicazione.*

La telemedicina può essere definita come la prestazione di assistenza sanitaria a distanza, ovvero sia in situazioni in cui il paziente e un professionista (o due o più professionisti) non si trovano nello stesso luogo, tramite l'utilizzo delle tecnologie dell'informatica e della comunicazione. Non si tratta di una specialità medica autonoma e separata rispetto alle altre, bensì di uno strumento di erogazione delle prestazioni sanitarie che estende le medesime oltre gli spazi fisici tradizionali: a seconda dei contesti si parla, quindi, di telecardiologia, teleradiologia, teleneurologia, teleriabilitazione, teledermatologia, ecc.

Viene da tempo messo in evidenza che uno dei principali ostacoli alla concreta diffusione di questa modalità di erogazione delle cure è costituito dalle scarse conoscenze relative ai profili giuridici della telemedicina, in particolare delle responsabilità cui possono andare incontro i medici e le strutture sanitarie che la praticano. In realtà, non vi è dubbio che la telemedicina rientra a tutti gli effetti nell'ambito dell'attività sanitaria ed è quindi sottoposta alle disposizioni legislative (nonché deontologiche) che riguardano quest'ultima, da quelle generali contenute nel Codice civile fino a quelle specificamente dettate per i professionisti sanitari dalla legge n. 24/2017 (c.d. Gelli-Bianco). La questione è capire se e fino a che punto tali disposizioni, finora studiate e sperimentate nei tribunali con esclusivo riguardo alla medicina tradizionale, si possano adattare al nuovo fenomeno.

Iniziando l'analisi dalla responsabilità individuale del professionista sanitario, è innanzitutto necessario chiedersi se in questo ambito si debba parlare di prestazioni di mezzi o, piuttosto, di prestazioni di risultato. Se è vero, infatti, che la prestazione sanitaria viene tradizionalmente considerata, insieme a quella dell'avvocato, l'esempio paradigmatico del primo tipo di obbligazioni, non mancano ipotesi, anche di non scarsa rilevanza, nelle quali la giurisprudenza ritiene che vi siano gli estremi per ricostruire in capo al medico un'obbligazione di risultato, o

comunque fa uso di regole operazionali (per es. facilitazioni probatorie per il paziente) che nella sostanza finiscono per avere esiti applicativi del tutto simili.

In realtà occorre riconoscere che, per quanto la telemedicina possa incrementare l'accuratezza e l'efficacia del suo intervento, anche in questo ambito dovrebbe rimanere ferma la tradizionale concezione che considera l'obbligazione del medico un'obbligazione di mezzi e non di risultato, quindi un'obbligazione che non impegna il medico a garantire gli obiettivi di guarigione/miglioramento della salute del paziente, ma soltanto a porre in essere un'attività adeguata a raggiungerli in quanto conforme al parametro della diligenza professionale enunciato dall'art. 1176, comma 2, cod. civ. e alle c.d. linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali menzionate dall'art. 5 della legge Gelli-Bianco.

Sotto un secondo punto di vista, è necessario chiarire se l'impiego della telemedicina comporti il ricorrere di quei «problemi tecnici di speciale difficoltà» in presenza dei quali l'art. 2236 cod. civ. limita ai soli casi di dolo o colpa grave la responsabilità del prestatore d'opera professionale. Se una risposta positiva al quesito potrebbe desumersi dalla considerazione della complessità, dell'innovatività e della sofisticatezza delle tecnologie utilizzate in telemedicina, dev'essere rilevato che, secondo la nostra giurisprudenza, il presupposto di applicazione della norma in esame dev'essere sempre effettivamente riscontrato nel caso concreto, non essendo sufficiente, per il suo operare, la potenziale prospettabilità di problemi di speciale difficoltà desunta da categorie astratte e predefinite: ciò significa, ripudiando ogni automatismo, che le prestazioni sanitarie eseguite con la telemedicina potranno o meno comportare l'applicazione dell'art. 2236 cod. civ. a seconda delle caratteristiche del caso concreto.

Un altro aspetto problematico, conseguente alla partecipazione di una pluralità di operatori con diverse specializzazioni che la telemedicina frequentemente comporta, attiene alla individuazione e alla ripartizione delle responsabilità dei vari professionisti coinvolti. Esclusa l'attendibilità di una soluzione che facesse semplicisticamente ricadere l'intera responsabilità solamente sul medico che ha operato a contatto diretto con il paziente, può qui farsi utile riferimento alle regole elaborate con riguardo all'attività sanitaria svolta in *équipe*: in forza del c.d. principio di affidamento, quindi, ogni sanitario sarà di regola chiamato a rispondere solamente della propria condotta, con l'eccezione delle ipotesi in cui egli non ponga rimedio ad errori altrui evidenti e non settoriali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio, oppure rivesta, all'interno dell'*équipe*, un ruolo apicale comportante un dovere di controllo, direzione e coordinamento dell'operato dei colleghi. Qualora l'*équipe* sia composta di medici che operano a distanza insieme ad altri che operano alla presenza del paziente, tale ruolo dovrebbe comunque essere di principio riconosciuto a uno di questi ultimi.

Nelle ipotesi, poi, in cui il cattivo esito delle cure sia dovuto a inadeguatezza o malfunzionamento dei macchinari e/o dei servizi telematici impiegati nella telemedicina, un addebito di responsabilità potrà essere mosso, oltre che ai soggetti che hanno realizzato e fornito gli apparati e le tecnologie di cui si discute, anche in capo al medico che conosceva, o

avrebbe potuto conoscere con una verifica eseguita secondo l'ordinaria diligenza professionale, il deficit dei mezzi tecnici a propria disposizione.

Un ultimo profilo di responsabilità individuale può, infine, insorgere in capo al sanitario che abbia deciso di fare ricorso alla telemedicina per approcciare un caso clinico nel quale sarebbe stato invece preferibile il trattamento tradizionale e, in conseguenza di tale scelta, abbia cagionato al paziente un pregiudizio che una prestazione erogata in presenza avrebbe consentito di evitare: in caso di dubbio fra le due alternative si dovrebbe, infatti, comunque prediligere quest'ultima ed evitare l'impiego della telemedicina, specialmente qualora si tratti di esaminare per la prima volta il malato al fine di formulare la diagnosi.

Così come nella medicina tradizionale, anche in telemedicina la responsabilità della struttura sanitaria si articola, poi, lungo due direttrici.

In virtù della prima, disciplinata nei primi due commi dell'art. 7 della legge Gelli-Bianco, la struttura risponde, ai sensi dell'art. 1228 cod. civ., della *malpractice* degli esercenti la professione sanitaria dei quali si è avvalsa per erogare prestazioni di telemedicina, anche se questi sono stati scelti dal paziente e sebbene non siano dipendenti della struttura stessa, e fatto sempre salvo l'assoggettamento del medico alle azioni di rivalsa e di responsabilità amministrativa per danno erariale previste dall'art. 9 della legge medesima.

Nel caso in cui il danno subito dal paziente sia riconducibile all'inadeguatezza o al malfunzionamento dei mezzi tecnici impiegati nell'esercizio della telemedicina, la struttura potrebbe poi andare incontro, oltre e anche a prescindere dalla responsabilità indiretta per le condotte del personale medico, ad una diretta e autonoma responsabilità per c.d. difetto di organizzazione discendente dall'inadempimento dell'obbligo, scaturente in capo al nosocomio dal contratto di ospitalità intercorrente con i malati, di predisporre un contesto organizzativo di livello adeguato nel quale accogliere gli assistiti. In questo scenario, l'ente nosocomiale è tenuto a sottoporre il proprio equipaggiamento tecnico sia a generali procedure periodiche di controllo e di manutenzione sia a verifiche *ad hoc* prima di ogni concreto utilizzo, la sua responsabilità rimanendo esclusa soltanto per i danni dovuti a difetti di fabbricazione e funzionamento non rilevabili con un'ispezione diligente. Va sottolineato che, essendo i doveri organizzativi dell'ospedale inquadrabili nell'ambito delle obbligazioni di risultato, la responsabilità che consegue alla loro inosservanza è ricostruita impiegando, in luogo del criterio della colpa utilizzata per valutare la responsabilità individuale del medico, un più rigido parametro di natura oggettiva, incompatibile pure con l'art. 2236 cod. civ., che addossa all'ospedale il rischio dell'inadempimento derivante da tutte le anomalie che si possano verificare nell'ambito del proprio apparato organizzativo fino al limite dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile.

Che si diriga nei confronti del medico piuttosto che della struttura sanitaria o di entrambi, la pretesa risarcitoria per eventi avversi ricollegati alla telemedicina dovrà pure confrontarsi, come tutte le azioni di responsabilità da *medical malpractice*, con le questioni relative al nesso eziologico.

La ricostruzione del profilo causale potrebbe peraltro presentarsi particolarmente complessa nella materia che ci occupa, essendo plausibile che emergano difficoltà di non poco momento nello stabilire se il danno subito dal paziente sia stato o meno cagionato da una inadeguatezza o da un malfunzionamento dei mezzi tecnici impiegati per le cure. Nella telemedicina, in altri termini, parrebbe potersi presentarsi anche con una certa frequenza il problema probatorio della c.d. causa ignota, argomento che costituisce uno dei profili della responsabilità sanitaria maggiormente approfonditi dalla dottrina e dalla giurisprudenza negli ultimi anni e che viene da quest'ultima risolto con il noto indirizzo secondo cui il paziente è tenuto a provare, anche attraverso presunzioni, il nesso di causalità materiale tra la condotta del medico e l'evento dannoso, consistente nella lesione della salute o nell'aggravamento della situazione patologica o nell'insorgenza di una nuova malattia, mentre è onere della controparte, ove il paziente abbia dimostrato il suddetto nesso di causalità materiale, provare – di avere esattamente adempiuto, oppure – che l'inadempimento della prestazione sanitaria è dipeso da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile. Pertanto, se rimane ignota la causa del danno riportato dal paziente sarà quest'ultimo a subirne le conseguenze vedendo la propria azione respinta, mentre se rimane ignota la causa che ha impedito ai medici e al nosocomio la corretta esecuzione della prestazione sanitaria saranno questi ultimi a farne le spese, vedendosi condannati al risarcimento del danno.

Sempre sul piano del nesso causale, la responsabilità sanitaria in telemedicina potrebbe, poi, sollevare questioni attinenti al concorso di colpa del paziente rilevante ai sensi dell'art. 1227 cod. civ. Rispetto alla medicina tradizionale, questa modalità di erogazione delle prestazioni mediche infatti si caratterizza per prevedere, non di rado, una più intensa compartecipazione attiva del paziente, al quale potrebbe essere pertanto addebitata la corresponsabilità per il fallimento delle cure nelle ipotesi in cui, per esempio, egli abbia adoperato in maniera scorretta i dispositivi di telemonitoraggio collocati sul suo corpo e/o nella sua abitazione, oppure abbia trascurato la manutenzione dei suddetti dispositivi che gli era stata raccomandata, o, ancora, non abbia rispettato le istruzioni ricevute in merito all'utilizzo di apparecchiature impiegate in un'attività di tele visita o teleassistenza. Non è inoltre da escludere che, in applicazione dei principi generali, il comportamento del paziente possa anche arrivare a sollevare da ogni responsabilità il medico e la struttura impegnati nella telemedicina, ciò che dovrebbe per la precisione accadere qualora il suddetto comportamento sia tale da elidere la rilevanza casuale della condotta dei sanitari nella produzione dell'evento lesivo subito dal malato.

Come in tutte le forme di svolgimento dell'attività sanitaria, anche in telemedicina potrà infine configurarsi una responsabilità per lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente alla quale dovrebbero poter trovare applicazione i principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di responsabilità per violazione del consenso informato con riguardo alla medicina tradizionale.

Il consenso informato al trattamento eseguito tramite la telemedicina è peraltro connotato da alcune peculiarità che meritano di essere messe in rilievo.

Al riguardo si precisa, innanzitutto, che tale pratica va esplicitamente autorizzata dal paziente, al quale è riconosciuta la facoltà di rifiutarla, in favore della prestazione sanitaria tradizionale, con l'eccezione delle sole ipotesi in cui la seconda sia indisponibile a causa delle condizioni dei luoghi e dell'organizzazione dei servizi sanitari (si pensi, per esempio, ad un presidio di guardia medica collocato in un'isola o in un territorio montano temporaneamente irraggiungibili).

Al fine di poter esercitare consapevolmente la libertà di autodeterminazione terapeutica, il paziente ha diritto di ottenere tutte le informazioni previste dalla disciplina generale del consenso ai trattamenti sanitari contenuta nell'art. 1, comma 3, della legge n. 219/2017, fra le quali meritano di essere evidenziati i specifici rischi innescati dalla telemedicina, quali: la possibilità che il trattamento si interrompa o comunque non vada a buon fine a causa del malfunzionamento dei sistemi operativi; i limiti dell'indagine connessi alla mancanza del contatto fisico e dello sguardo clinico del medico; l'impossibilità di una visita completa e di un intervento immediato in caso di urgenza; l'eventuale presenza di carenze e inadeguatezze, anche solo temporanee, nell'apparato organizzativo e strumentale che verrà utilizzato per l'esecuzione del trattamento; e così via.

Anche nell'ambito della telemedicina dovrebbe, comunque, valere il generale orientamento che limita il contenuto dell'obbligo d'informazione gravante sul medico ai soli rischi prevedibili ed esclude che debbano essere comunicati al paziente gli esiti anormali, al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo *l'id quod plerumque accidit* e il timore dei quali potrebbe influire negativamente sulle capacità decisionali del malato, fino ad indurlo a rifiutare un trattamento caratterizzato da un grado di pericolosità molto ridotto rispetto ai benefici attesi.

In ogni caso rimane fermo anche per la telemedicina il principio, un tempo elaborato in via interpretativa ed oggi riconosciuto dall'art. 1, comma 6, della legge sopra menzionata, che nelle situazioni di emergenza o di urgenza non solo consente, ma anzi impone al medico di assicurare le cure necessarie all'individuo che non sia in grado di pronunciarsi al riguardo.

Seminario di specializzazione

## Responsabilità civile in ambito sanitario

Scopri di più

## Procedimenti di cognizione e ADR

---

# ***Documento telematicamente depositato nel (solo) giudizio di primo grado e dimostrazione in appello del fatto storico ivi rappresentato***

di **Valentina Baroncini**, Professore associato di Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Verona

Master di specializzazione

## Codice degli appalti pubblici

Scopri di più

Cass., sez. III, 8 ottobre 2024, n. 26298, Pres. Scarano, Est. Ambrosi

### **[1] Processo civile – Formazione del fascicolo – Documenti – Principio di non dispersione (o di acquisizione) della prova – Effetti sul giudizio d'appello.**

*In materia di prova documentale nel processo civile, il principio di “non dispersione (o di acquisizione) della prova” – che opera anche per i documenti, prodotti con modalità telematiche o in formato cartaceo – comporta che il fatto storico in essi rappresentato si ha per dimostrato nel processo, costituendo fonte di conoscenza per il giudice e spiegando un’efficacia che non si esaurisce nel singolo grado di giudizio, e non può dipendere dalle successive scelte difensive della parte che detti documenti abbia inizialmente offerto in comunicazione.*

### **CASO**

[1] Il Tribunale di Nocera Inferiore pronunciava decreto ingiuntivo a carico della ASL di Salerno per il pagamento del corrispettivo delle prestazioni rese in suo favore da una casa di cura nell'anno 2008.

La debitrice ingiunta proponeva opposizione *ex art.* 645 c.p.c. contestando parzialmente la somma ingiunta, sostenendo che la struttura privata aveva sfiorato il “tetto di spesa” previsto per il 2008 all'interno di un contratto (non depositato) recante la disciplina del rapporto per quell'anno.

Concessa la parziale provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo limitatamente al minore importo non contestato, con successiva ordinanza il Tribunale, ritenendolo necessario ai fini della formazione del proprio convincimento sulla vicenda, invitava le parti a depositare agli atti del giudizio ulteriore documentazione, tra cui il contratto (già richiamato dalla stessa ASL

opponente quale presunta fonte dell'invocato limite di spesa), intervenuto tra le parti nel 2008.

All'esito del giudizio, il Tribunale di Nocera Inferiore rigettava l'opposizione della ASL di Salerno, confermando integralmente il decreto ingiuntivo opposto.

Avverso tale decisione la ASL di Salerno proponeva appello, che veniva integralmente accolto dal giudice di seconde cure, il quale revocava integralmente il decreto ingiuntivo opposto senza condannare l'ASL nemmeno al pagamento del minore importo da questa non contestato. Nel dettaglio, la corte di merito riteneva sfornita di prova l'esistenza di un valido ed efficace rapporto tra le parti, e ciò perché: a) il contratto intervenuto tra le parti non avrebbe potuto essere valutato dal giudice di prime cure, il quale avrebbe errato nel sollecitare le parti al relativo deposito, violando così i principi di cui all'art. 2697 c.c.; b) il contratto stesso non sarebbe stato depositato dall'appellata agli atti del giudizio di appello; c) non sarebbe stata raggiunta neppure la prova dell'accreditamento della struttura, presupposto per l'instaurazione del rapporto contrattuale.

Avverso tale pronuncia, la casa di cura proponeva ricorso per cassazione censurando, per quanto di interesse nella presente sede, due ordini di questioni.

Anzitutto, censurava la sentenza di secondo grado, nella parte in cui ha ritenuto che il contratto del 2008 non fosse stato nuovamente depositato in appello dall'esponente. Secondo la ricorrente, l'errore consisterebbe nel fatto che, per i documenti depositati telematicamente (e il contratto del 2008 – come dimostra l'allegata schermata *polisweb*, nonché come risulta dalla consultazione del fascicolo telematico di primo grado del Tribunale di Nocera Inferiore – era stato depositato telematicamente dalla medesima ricorrente nel giudizio di primo grado di opposizione a decreto ingiuntivo), non vi sarebbe stato alcun onere per l'appellante di depositarli nuovamente in appello: essi, infatti, farebbero parte del fascicolo telematico di primo grado che viene d'ufficio acquisito dalla corte di seconde cure.

In secondo luogo, censurava la sentenza d'appello nella parte in cui rilevava d'ufficio – nonostante nessun motivo in proposito fosse stato articolato nell'atto di appello, e che la stessa sentenza di primo grado avesse acclarato l'intervenuto accreditamento della struttura – la presunta mancanza della prova della sussistenza dell'accreditamento, e con motivazione apparente giudicava non sufficienti le prove fornite per dar conto della sussistenza dell'accreditamento della struttura e dei relativi limiti operativi.

## **SOLUZIONE**

[1] Tali due motivi di ricorso, per motivi di connessione, vengono congiuntamente esaminati dalla Cassazione, che li giudica fondati.

Contrariamente a quanto statuito dalla Corte d'Appello di Salerno, infatti, parte ricorrente ha documentato l'avvenuto deposito telematico del contratto del 2008 in prime cure, come

emerge dalla schermata *polisweb* munita di attestazione di conformità, dove si dà atto di un documento depositato nella data ivi indicata e, pertanto, tale parte non risultava gravata di alcun onere di depositare nuovamente il contratto concluso con l'ASL.

Quanto, poi, alla circostanza dell'accreditamento, come esattamente rilevato da parte ricorrente essa non è stata neppure posta in discussione dalle deduzioni della ASL, la quale con l'atto di appello aveva dato conto della sua sussistenza, nonché dell'esistenza tra le parti di un contratto recante la disciplina del rapporto per l'anno 2008, che tra i presupposti (espressamente richiamati all'interno dello stesso atto) prevedeva proprio l'accreditamento della struttura contraente.

La Suprema Corte, in accoglimento del ricorso proposto, cassa la sentenza impugnata con rinvio alla Corte d'Appello di Salerno la quale, in diversa composizione, procederà a nuovo esame facendo applicazione dei principi disattesi.

## QUESTIONI

[1] La principale questione affrontata dalla Suprema Corte attiene all'idoneità del deposito documentale effettuato in prime cure a valere anche per i successivi gradi di merito del medesimo procedimento: nel caso di specie, infatti, il contratto intercorrente tra la casa di cura creditrice e l'ASL debitrice era stato telematicamente depositato dalla prima nel giudizio di primo grado, ma non riprodotto, dalla medesima, nel giudizio di seconde cure.

Per rispondere a tale quesito, il provvedimento che si commenta si conforma integralmente a un principio recentemente affermato dalle Sezioni Unite della Cassazione, secondo cui in materia di prova documentale nel processo civile, il principio di "non dispersione (o di acquisizione) della prova" – che opera anche per i documenti, prodotti con modalità telematiche o in formato cartaceo – comporta che il fatto storico in essi rappresentato si abbia per dimostrato nel processo, costituendo fonte di conoscenza per il giudice e spiegando un'efficacia che non si esaurisce nel singolo grado di giudizio, e non può dipendere dalle successive scelte difensive della parte che detti documenti abbia inizialmente offerto in comunicazione (in tal senso, Cass., sez. un., 16 febbraio 2023, n. 4835, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 649 ss. con nota di N. Rascio, *Principio di acquisizione e onere della prova nel giudizio di appello*; in [www.eclegal.it](http://www.eclegal.it), 9 maggio 2023, con nota di F. Tedioli, *Il dovere del giudice d'appello di prendere in considerazione il documento prodotto in primo grado*).

All'interno della stessa pronuncia è stato precisato che allorché la parte abbia ottemperato all'onere processuale di compiere nell'atto di appello o nella comparsa di risposta una puntuale allegazione del fatto rappresentato dal documento (cartaceo) acquisito in primo grado, del quale invochi il riesame in sede di gravame, e la controparte non abbia provveduto a offrire in comunicazione lo stesso nel giudizio di secondo grado, il giudice può ritenere provato il fatto storico rappresentato dal documento nei termini specificamente allegati nell'atto difensivo.

Tale decisione, come noto, interviene su questione fortemente dibattuta sia in giurisprudenza sia in dottrina, e segna il superamento del precedente indirizzo giurisprudenziale secondo il quale, all'opposto, "essendo l'appellante tenuto a fornire la dimostrazione della fondatezza delle singole censure mosse alle singole soluzioni offerte dalla sentenza impugnata, il cui riesame è chiesto per ottenere la riforma del capo decisorio appellato, l'appello da lui proposto, in mancanza di tale dimostrazione deve essere, in base ai principi, respinto, con conseguente conferma sostitutiva dei capi di sentenza appellati, quale che sia stata la posizione da lui assunta nella precedente fase processuale" (così, Cass., sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28498, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1397 ss., con nota di R. Poli, *L'oggetto del giudizio di appello*; in *Foro it.*, 2006, I, 1436 ss., con nota di G. Balena, R. Oriani, A. Proto Pisani, N. Rascio, *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*; in *Giur. it.*, 2007, 672 ss., con nota di A. Ronco, *Appello e mancata (ri)produzione di un documento già prodotto in primo grado: onere della prova sulla fondatezza del motivo di gravame od onere della prova sulla fondatezza della domanda devoluta al giudice dell'impugnazione*).

Tale orientamento ha trovato conferma, in particolare, nella successiva Cass., sez. un., 8 febbraio 2013, n. 3033 (in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1184 ss., con nota di R. Poli, *Appello come revisio prioris instantiae e acquisizione del documento erroneamente interpretato o valutato dal giudice di primo grado*), la quale ha ribadito essere "onere dell'appellante, quale che sia stata la posizione da lui assunta nella precedente fase processuale, al fine di dimostrare l'ingiustizia o l'invalidità della sentenza impugnata, produrre, o ripristinare in appello se già prodotti in primo grado, i documenti sui quali egli basa il proprio gravame o comunque attivarsi, anche avvalendosi della facoltà di cui all'art. 76 disp. att. c.p.c. di farsi rilasciare dal cancelliere copia degli atti del fascicolo delle altre parti, perché questi documenti possano essere sottoposti all'esame del giudice di appello".

Il superamento di tale indirizzo, avvenuto per mano della richiamata Cass., sez. un., n. 4835/2023, è stato sollecitato dall'ordinanza interlocutoria del 9 maggio 2022, n. 14534 (in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1234 ss., con nota di M.C. Vanz, *L'onere di (ri)produzione documentale: esigenze di speditezza processuale e nuove tecnologie digitali*), la quale ha ravvisato l'opportunità di valorizzare le potenzialità proprie del c.d. processo civile telematico, la cui disciplina, con la formazione di un unico fascicolo che raccoglie tutti i documenti, avrebbe potuto condurre all'accantonamento della distinzione tra il fascicolo d'ufficio e il fascicolo di parte e comunque, non essendo contemplata la possibilità di ritiro dei documenti informatici, avrebbe dovuto determinare il risultato che questi venissero telematicamente appresi – con piena attuazione del principio di immanenza delle prove – dal giudice di secondo grado con l'acquisizione dell'unico fascicolo e indipendentemente dal comportamento dell'appellato.

Le Sezioni Unite del 2023, pur negando la predicabilità di un superamento tra fascicolo di parte e fascicolo d'ufficio, accolgono le istanze sottese all'ordinanza di rimessione, ampliando gli effetti del principio di acquisizione delle prove documentali, facendo leva sul valore della giustizia della decisione.

Tale indirizzo, come accennato, è stato sposato anche dal provvedimento in commento, che non ha mancato di rilevare, a tal proposito, come nel fascicolo informatico pacificamente confluiscono anche i documenti di parte, purché depositati telematicamente in primo grado e raccolti, pertanto, nel fascicolo d'ufficio. Da ciò, è derivata l'affermazione circa il positivo adempimento, da parte della casa di cura appellata, dell'onere di produrre il contratto stipulato con la ASL nel 2008 (telematicamente depositato in primo grado) anche per il grado d'appello, e l'accoglimento del motivo di ricorso per cassazione formulato.

Master di specializzazione

**Codice degli appalti pubblici**

Scopri di più

## Esecuzione forzata

---

# ***Pignoramento di quote intestate a società fiduciaria***

di Paolo Cagliari, Avvocato

Master di specializzazione

**Sport dilettantistico e nel terzo settore: la riforma del lavoro sportivo**

Scopri di più

[Cass. civ., sez. III, 16 settembre 2024, n. 24859 – Pres. De Stefano – Rel. Condello](#)

**Espropriazione di partecipazione sociale – Intestazione della quota a società fiduciaria – Dissociazione tra proprietà sostanziale e formale – Titolarità sostanziale in capo al fiduciante – Pignoramento ai sensi dell’art. 2471 c.c.**

**Massima:** *“Il pignoramento della quota di società a responsabilità limitata – la quale esprime una posizione contrattuale obiettivata, che va considerata come un bene immateriale da equipararsi al bene mobile non iscritto in un pubblico registro – intestata a società fiduciaria operante ai sensi della l. 23 novembre 1939, n. 1966, si esegue non già nelle forme del pignoramento presso terzi, ma ai sensi dell’art. 2471, comma 1, c.c., mediante notificazione sia alla società cui si riferisce la quota sottoposta a esecuzione, sia alla società che ne è intestataria formale, nonché a mezzo della successiva iscrizione nel registro delle imprese, generando l’intestazione formale un fenomeno di dissociazione tra la situazione di “proprietà sostanziale” – che resta in capo al fiduciante – e la “proprietà formale” – che ricade in capo alla fiduciaria – per effetto del quale la fiduciaria acquista la sola legittimazione all’esercizio dei diritti sociali”.*

### **CASO**

Con atto di pignoramento presso terzi venivano pignorate le partecipazioni sociali detenute dal debitore e da questi intestate ad alcune società fiduciarie, una delle quali rendeva dichiarazione positiva, ai sensi dell’art. 547 c.p.c.; il giudice dell’esecuzione, rilevando che il pignoramento non era stato eseguito nelle forme prescritte dall’art. 2471 c.c., ne dichiarava la nullità e disponeva la chiusura del processo esecutivo.

L’ordinanza di estinzione veniva impugnata ai sensi dell’art. 617 c.p.c. e, nelle more del giudizio, la società fiduciaria reintestava al fiduciante le quote già pignorate, che venivano azzerate a seguito della delibera dell’assemblea straordinaria della società di azzeramento del capitale a fronte delle perdite emerse.

Poiché il debitore aveva rinunciato a sottoscrivere la ricostituzione del capitale sociale, il

Tribunale di Lecco dichiarava cessata la materia del contendere, con sentenza che veniva gravata mediante ricorso per cassazione dal creditore e con ricorso incidentale sia dal debitore esecutato che dalla società fiduciaria.

## SOLUZIONE

[1] La Corte di cassazione ha respinto il ricorso principale e ha accolto quello incidentale proposto dal debitore esecutato, affermando che il pignoramento di quote di società a responsabilità limitata, anche se intestate a una società fiduciaria, dev'essere eseguito secondo quanto prescritto dall'art. 2471 c.c., essendo quindi invalido quello effettuato nelle forme del pignoramento presso terzi.

## QUESTIONI

[1] Le problematiche inerenti all'individuazione della natura delle quote di società a responsabilità limitata e le conseguenti difficoltà nello stabilire la forma attraverso cui espropriarle ha indotto il legislatore a dettare una disciplina del tutto peculiare, contenuta nell'art. 2471 c.c.

Tale disposizione, nel sancire l'espropriabilità della partecipazione, muove dal presupposto della sua qualificazione come bene: a questo proposito, la giurisprudenza ha affermato che la quota di partecipazione in una società a responsabilità limitata, pur non potendosi considerare un bene materiale, è equiparabile a un bene mobile immateriale non iscritto in pubblici registri ai sensi dell'art. 812 c.c. (dal momento che ha un valore patrimoniale oggettivo – dato dalla frazione del patrimonio che rappresenta – ed esprime una posizione contrattuale obiettivata, caratterizzata da un autonomo valore di scambio) ed è conseguentemente aggredibile.

La sequenza scandita dall'art. 2471 c.c. configura il pignoramento della quota come fattispecie complessa a formazione progressiva, dal momento che prevede, in primo luogo, la notificazione di un atto al debitore e alla società e, in secondo luogo, la successiva iscrizione del pignoramento nel registro delle imprese (essendo stata abrogata la previsione che imponeva l'onere di annotarlo nel libro soci): alla stregua di quanto affermato con riguardo al pignoramento immobiliare, il primo adempimento, da un lato, determina la cristallizzazione del patrimonio del debitore relativamente all'oggetto del pignoramento e, dall'altro lato, mira a informare la società di un evento che incide sulla propria compagine, mentre il secondo fa sì che il vincolo impresso dal pignoramento risulti opponibile ai terzi e, in questo modo, lo perfeziona.

La società, dunque, non è propriamente parte dell'espropriazione, ma assume la posizione di terzo interessato, nella cui sfera giuridica il pignoramento è comunque destinato a produrre effetti, sicché la sua notifica non è funzionale a consentire alla società di rendere la dichiarazione prescritta dall'art. 547 c.p.c. (evidentemente superflua, visto che tutti i dati relativi alla società stessa, alla composizione della sua compagine e alle caratteristiche delle

partecipazioni al capitale sociale possono essere acquisiti dal registro delle imprese), ma di notizzarla e di rendere operante anche nei suoi confronti il vincolo discendente dall'ingiunzione di non sottrarre la quota alla garanzia del credito formulata dall'ufficiale giudiziario.

Acclarato, dunque, che il pignoramento delle quote di società a responsabilità limitata non avviene nelle forme del pignoramento presso terzi, ma seguendo la speciale disciplina dettata dall'art. 2471 c.c., nella fattispecie scrutinata dalla sentenza che si annota si discuteva della sua applicabilità o meno anche nel caso in cui la partecipazione sia intestata a una società fiduciaria.

La risposta della Corte di cassazione è stata positiva, dal momento che l'intestazione fiduciaria non comporta un trasferimento della titolarità sostanziale del diritto dal fiduciante al fiduciario, ma attribuisce soltanto a quest'ultimo la legittimazione a esercitare i diritti connessi alla partecipazione, sicché non vi è ragione di deviare dal modello specificamente apprestato dal legislatore.

Il mandato fiduciario, infatti, viene definito come l'accordo tra due soggetti attraverso il quale il primo costituisce in capo al secondo una situazione giuridica soggettiva per il conseguimento di uno scopo pratico ulteriore: per effetto di ciò, il fiduciario assume l'obbligo di compiere uno o più atti giuridici in nome proprio, ma per conto e nell'interesse di un'altra persona, per la realizzazione di tale risultato, come avviene nel mandato senza rappresentanza ex art. 1705 c.c.

Anche la normativa che disciplina lo svolgimento dell'attività fiduciaria (l. 23 novembre 1939, n. 1966), del resto, prevede espressamente che l'incarico di amministrazione fiduciaria debba avere la forma del contratto di mandato.

Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 13143 del 27 aprile 2022, hanno confermato che l'intestazione fiduciaria dà luogo a una fattispecie classificabile alla stregua della cosiddetta "fiducia germanistica" (in cui al fiduciario viene conferita la sola legittimazione all'esercizio dei diritti inerenti alla partecipazione nell'interesse del fiduciante, che ne conserva la titolarità), contrapposta alla "fiducia romanistica" (in cui il fiduciario acquista a tutti gli effetti la titolarità del diritto) e non ha, dunque, efficacia traslativa (tant'è vero che la società fiduciaria non ha il potere di disporre autonomamente delle partecipazioni intestate), sicché non si verifica uno spossessamento del fiduciante a favore del fiduciario.

La società fiduciaria non può considerarsi nemmeno debitrice del titolare della partecipazione sociale, ossia del fiduciante, perlomeno alla stregua dell'art. 543 c.p.c.: essa, a ben vedere, funge piuttosto da schermo (tant'è vero che l'identità del fiduciario non compare nel registro delle imprese), mentre il *pactum fiduciae* regola esclusivamente i rapporti interni, ma non assume rilievo nei confronti dei terzi.

Pertanto, secondo i giudici di legittimità, non vi sono le condizioni affinché l'espropriazione di

quote intestate a una società fiduciaria possa essere eseguita nelle forme del pignoramento presso terzi: l'atto prescritto dall'art. 2471 c.c. andrà quindi notificato, oltre che alla società le cui quote formano l'oggetto dell'espropriazione, alla società fiduciaria (in quanto titolare formale della partecipazione e, come tale, formalmente assoggettata all'azione esecutiva, quindi non in qualità di terzo debitore o possessore di beni del fiduciante).

D'altra parte, il pignoramento presso il debitore di cui all'art. 513 c.p.c. non riguarda solo le cose che siano fisicamente nella casa o in altri luoghi appartenenti al debitore medesimo, ma, giusta quanto previsto dal comma 3, anche quelle che, pur trovandosi altrove, sono nella sua libera disponibilità, anche se in possesso di terzi, purché ne sia consentita l'esibizione (come stabilito dall'ultimo comma della richiamata disposizione).

Infine, non rappresenta un ostacolo all'impostazione espressa nella sentenza annotata il fatto che, nel caso di intestazione fiduciaria, nel registro delle imprese risultano unicamente i dati dall'intestatario formale, mentre non viene fatta menzione dell'esistenza del rapporto fiduciario e dell'identità del fiduciante, sicché non sarebbe assicurato il presupposto – comune tanto all'espropriazione mobiliare che a quella immobiliare – della sussistenza di indici formali di appartenenza dei beni pignorati al debitore esecutato.

Sebbene il giudice dell'esecuzione non possa, mediante l'esercizio dei poteri d'indagine che gli competono, neutralizzare l'obbligo di mantenere riservata l'identità del fiduciante nei confronti dei terzi che la società fiduciaria assume con la sottoscrizione del mandato, visto che la legge stabilisce in modo tassativo i casi nei quali è possibile superare l'anonimato, deve ritenersi che l'allegazione del creditore pignorante secondo cui il fiduciante si identifica con il debitore esecutato sia sufficiente a fare desumere che le partecipazioni gli appartengono; il diverso effettivo titolare della quota, tempestivamente informato dalla società fiduciaria in virtù degli obblighi da questa assunti in forza del *pactum fiduciae*, può reagire, contestando tale allegazione, mediante opposizione ex art. 619 c.p.c.

Si verifica, dunque, un singolare caso di – apparente – dissociazione tra soggetto obbligato risultante dal titolo esecutivo e soggetto passivo dell'azione esecutiva, ma ciò non deve sorprendere, dal momento che è quanto normalmente avviene nell'esecuzione in forma specifica, quando non vi sia coincidenza tra chi risulta obbligato e chi è nella materiale ed effettiva disponibilità della cosa che deve formare oggetto di consegna o rilascio o su cui dev'essere attuato l'obbligo di fare o di non fare allorché venga minacciata o avviata l'esecuzione forzata.

Master di specializzazione

**Sport dilettantistico e nel terzo settore: la riforma del lavoro sportivo**

Scopri di più

## Obbligazioni e contratti

---

# ***Diritto alla provvigione del mediatore: il contratto preliminare può considerarsi atto conclusivo dell'affare?***

di **Martina Mazzei**, Avvocato

Seminario di specializzazione

## **Acquisti immobiliari, proposte, preliminari e rogiti**

Scopri di più

Cass. civ., sez. II, 24 gennaio 2024, n. 2359 – Pres. Orilia – Rel. Criscuolo

### **[1] Obbligazioni e contratti – Contratto di mediazione – Diritto alla provvigione – Contratto preliminare – Atto conclusivo dell'affare**

(Cod. civ. artt. 1755).

[1] *“Al fine di riconoscere il diritto alla provvigione al mediatore ex art. 1755 c.c., l'affare deve ritenersi concluso quando tra le parti poste in relazione dal mediatore se sia validamente costituito un vincolo giuridico che abiliti ciascuna di esse ad agire per l'esecuzione del contratto. Pertanto, anche un contratto preliminare di compravendita deve considerarsi atto conclusivo dell'affare, salvo che le parti abbiano inteso derogare alla disciplina legale attribuendo il diritto alla provvigione al momento della sottoscrizione del contratto definitivo di compravendita.”*

### **CASO**

[1] Una società di intermediazione otteneva dal Tribunale di Roma un decreto ingiuntivo per la somma di 142.000,00 ed accessori, a titolo di provvigione per l'attività di mediazione prestata in favore di Tizio che gli aveva conferito l'incarico per la conclusione di un preliminare di compravendita e del successivo contratto definitivo.

Tizio proponeva atto opposizione deducendo che la proposta di acquisto e l'impegno alla corresponsione della provvigione non erano stati da lui sottoscritti, a differenza, invece, del preliminare e che, in ogni caso, il diritto del mediatore alla provvigione era inesistente o nullo per non essere stati rispettati gli obblighi di indipendenza e di imparzialità, nonché quelli di informazione e di diligenza, per avere preso parte alla volontà di occultare all'acquirente i vizi dell'immobile.

Il Tribunale di Roma rigettava l'opposizione e confermava il decreto ingiuntivo.

La Corte di Appello di Roma, invece, decidendo sul gravame proposto da Tizio, accoglieva l'appello e, in riforma della sentenza impugnata, revocava il decreto ingiuntivo.

Il giudice d'appello, in particolare, rilevava come l'esigibilità della provvigione non era legata ad un termine certo quanto piuttosto alla condizione della stipula del contratto definitivo. Il mancato verificarsi di tale condizione, circostanza certa in quanto non contestata alla luce di una sentenza del Tribunale di Civitavecchia, passata in giudicato, che aveva dichiarato risolto il preliminare, determinava il venir meno del diritto alla provvigione. Emergeva, inoltre, che nell'atto di impegno sottoscritto da Tizio, su modulo predisposto dalla società di intermediazione, la corresponsione della provvigione era legata alla stipula del rogito notarile, il che denotava che le parti volevano consapevolmente derogare alla disciplina di cui all'art. 1755 c.c. secondo cui il diritto alla provvigione nasce con la conclusione dell'affare che coincide con la stipula del preliminare. Le parti avevano subordinato, quindi, il pagamento della provvigione, alla stipula del contratto definitivo. Il mancato verificarsi di questa condizione, non riconducibile alla volontà o a condotta imputabile al soggetto obbligato, era pacificamente riconducibile a plurimi inadempimenti della parte promittente alienante, verso la quale la società di intermediazione non aveva inteso agire per il pagamento della medesima provvigione.

Avverso la suddetta sentenza, la società di intermediazione proponeva ricorso per Cassazione.

## SOLUZIONE

[1] Per quanto di interesse, con il secondo motivo la ricorrente si duole della violazione e della falsa applicazione degli artt. 1362, 1363 e 1364 in relazione all'art. 360, co. 1, n. 3, c.p.c. in quanto, contrariamente a quanto affermato dal giudice di appello, dalla lettura della clausola 4) di cui alla proposta sottoscritta da Tizio si evince che il compenso è stato pattuito per la data prevista per la firma del contratto definitivo, e non in conseguenza della stipula del rogito notarile. L'impegno alla provvigione è dunque completo di tutti gli elementi e non può essere interpretato in base ad atti il cui contenuto non è conoscibile dal mediatore, sia perché successivi, sia perché intervenuti *inter alios*.

Con il terzo motivo, invece, la ricorrente evidenzia la violazione e la falsa applicazione degli artt. 1755 e 1757 c.c. in relazione all'art. 360, co. 1, n. 3, c.p.c. per avere la Corte territoriale travisato il senso della nozione di affare rilevante ai fini del riconoscimento della provvigione, ritenendo che le parti abbiano inteso derogare alla norma relativa al momento del perfezionativo del diritto alla provvigione, quando la pattuizione non sposta tale momento ma si limita solo a stabilire da quale momento dovrà essere pagata, individuando inoltre esattamente la data in cui si prevede tale effetto. Inoltre, il giudice di secondo grado, qualifica il negozio come condizionato, per giungere alla conclusione che, a seguito della risoluzione del preliminare di compravendita, non si è verificata la condizione prevista ed il compenso non è pertanto dovuto. Tale ricostruzione, secondo la società ricorrente, appare erronea e illegittima poiché la clausola sottoscritta tra promittente acquirente e mediatore non costituisce alcuna deroga agli artt. 1755 e 1757 c.c. con la conseguenza che il diritto alla

provvigione in capo alla società attrice sussiste nonostante al preliminare non faccia seguito la stipula del contratto definitivo.

## QUESTIONI

[1] La sentenza della Corte di Cassazione indicata in epigrafe merita attenzione in quanto chiarisce quali effetti si producono nei confronti del mediatore nel caso in cui le parti, con la stipula del preliminare, abbiano condizionato il pagamento della sua provvigione differendolo al momento della stipula del contratto definitivo ma tale condizione (ossia la stipula del definitivo) non si verifica per sopravvenute vicende che riguardino le parti obbligatesi con il preliminare.

La Suprema Corte, in particolare, ha censurato la conclusione cui è pervenuta la Corte d'Appello che ha ritenuto che le parti, e precisamente la società di intermediazione ed il promissario acquirente (o meglio colui la cui attività è stata poi ratificata dal promissario acquirente con la conclusione del preliminare), avessero in realtà sottoposto a condizione il diritto al pagamento della provvigione, prescindendo quindi dalla stipula del preliminare, e concludendo per la necessità di concludere il definitivo affinché sorgesse il diritto del mediatore alla provvigione.

La Cassazione, in primo luogo, rammenta che, come più volte affermato dalla giurisprudenza di legittimità, nel contratto di mediazione **il diritto alla provvigione di cui all'art. 1755 c.c. sorge nel momento in cui può ritenersi intervenuta la conclusione di un affare, ossia quando fra le parti messe in contatto dal mediatore si sia costituito un vincolo giuridico che abiliti ciascuna ad agire per l'esecuzione (o risoluzione) del contratto stesso**. Di conseguenza, la provvigione spetta al mediatore anche quando questi sia intervenuto per consentire la stipula tra le parti di un contratto preliminare di vendita (Cass. n. 20132/2022)

Le parti possono sottoporre il diritto alla provvigione ad una condizione, come nel caso in cui al preliminare di vendita concluso con l'intervento del mediatore sia apposta una condizione sospensiva, che si attegga sul piano processuale alla stregua di un'eccezione in senso lato, con la conseguenza che essa non è soggetta alle preclusioni processuali (Cass. n. 24838/2022 e più di recente Cass. n. 17919/2023)

Sebbene l'affare deve ritenersi concluso quando tra le parti poste in relazione dal mediatore si sia validamente costituito un vincolo giuridico che abiliti ciascuna di esse ad agire per l'esecuzione del contratto, e quindi anche un contratto preliminare di compravendita, tuttavia **è ben possibile che le parti deroghino alla disciplina legale attribuendo il diritto alla provvigione al momento della sottoscrizione del contratto definitivo di compravendita** (Cass. n. 9676/1997).

Poste tali premesse, la Suprema Corte ha affermato come al fine di derogare alla generale regola ricavata dall'applicazione dell'art. 1755 c.c. che ricollega alla conclusione del preliminare la nozione di affare rilevante ex art. 1755 c.c., ai fini dell'insorgenza del diritto alla

provvigione, la deroga alla disciplina legale avrebbe dovuto essere connotata dall'utilizzo di espressioni di maggiore significatività, non potendo nel caso di specie la sola omissione del termine "data", deporre in maniera certa per la volontà di condizionare ad un evento ulteriore il diritto del mediatore (cfr. altresì Cass. n. 21575/2017 che sottolinea come nell'esegesi dell'accordo con il mediatore debba farsi riferimento anche ai principi di buona fede e correttezza).

Di conseguenza, in questi casi, **al fine si stabilire se il mediatore abbia o meno diritto a riscuotere la provvigione**, secondo la Corte di Cassazione, **occorre fare riferimento sia al criterio letterale-sistematico sia alla *ratio* emergente dal contratto da interpretare nell'ottica del rispetto delle regole generali della correttezza e della buona fede.**

Alla luce dei suesposti principi la Corte di Cassazione, in accoglimento del secondo e del terzo motivo di ricorso, ha cassato la sentenza impugnata con rinvio per nuovo esame alla Corte d'Appello di Roma in diversa composizione.

Seminario di specializzazione

**Acquisti immobiliari, proposte, preliminari e rogiti**

Scopri di più

## Comunione – Condominio - Locazione

---

# **Locazione: convalida di sfratto opposta e mediazione obbligatoria da parte dell'intimante opposto**

di **Saverio Luppino, Avvocato**

Master di specializzazione

**Riforma processo civile**

Scopri di più

**Tribunale di Arezzo, Sezione civile, Sentenza n. 397 del 14.04.2024, Giudice Onorario Dott. A. Mattielli**

**Massima:** “*Nel procedimento di intimazione di sfratto per morosità, una volta mutato il rito ed assegnato alle parti il termine per promuovere il procedimento di mediazione obbligatoria, il mancato esperimento del tentativo conciliativo, determina **l'improcedibilità del giudizio e la revoca dell'ordinanza provvisoria** di rilascio dell'immobile locato, restando la stessa ineluttabilmente travolta dalla declaratoria di improcedibilità conseguente all'omesso esperimento del suddetto tentativo”.*

### **CASO**

Tizio conveniva avanti al Tribunale di Arezzo Caio con atto di intimazione di sfratto per morosità ritualmente notificato, intimando sfratto per morosità relativa al rapporto di locazione abitativa. Il locatore lamentava il mancato versamento dei canoni di 5 mensilità per complessivi €. 2.000.

Caio si costituiva opponendosi allo sfratto e contestando la morosità con documentazione di ricevuta per alcuni dei canoni contestati, evidenziando intervenuti pagamenti ed anche richieste superiori a quelle concordate contrattualmente. Egli, inoltre, eccepiva l'inadempimento del locatore in merito all'approvvigionamento dell'acqua nell'unità immobiliare.

Il giudice emetteva ordinanza non impugnabile di rilascio ex art. 665 cpc, con riserva delle eccezioni del convenuto, e disponeva il mutamento del rito, assegnando termine di legge per la proposizione del procedimento di mediazione obbligatoria.

All'udienza fissata ex art. 420 cpc, il giudice rinviava su concorde richiesta delle parti ad altra udienza, nella quale le parti riferivano che gli accordi transattivi non avevano avuto esito positivo e che il procedimento di mediazione non era stato incardinato. L'opponente, in ogni

caso, contestava l'improcedibilità della domanda per assenza della mediazione, mentre l'opposto chiedeva di essere rimesso in termini, contestando la perdurante efficacia della ordinanza di rilascio

Il giudice rinviava quindi per consentire il contraddittorio sul punto con discussione, assegnando termine per note conclusive.

## SOLUZIONE

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni altra istanza disattesa o assorbita, disponeva che, accertato il mancato esperimento del procedimento di mediazione obbligatoria da parte **dell'intimante opposto**, dichiarava l'improcedibilità della domanda proposta e ritenendo che la dichiarazione di improcedibilità della domanda travolga la stessa ordinanza provvisoria di rilascio, revocava la stessa.

Condannava, inoltre, parte soccombente alla refusione delle spese di lite nei confronti di controparte.

## QUESTIONI

La sentenza del tribunale aretino è di interesse per gli studiosi della materia in quanto si occupa di risolvere la questione preliminare riguardante gli effetti della mancata proposizione della mediazione obbligatoria in materia di locazione, in esito all'opposizione alla convalida di sfratto ed al conseguente mutamento di rito, nonché l'onere di proporre l'adr da parte dell'intimante-opposto, attore sostanziale.

Interessante il richiamo analogico che il giudice offre al lettore con l'equivalenza rispetto al decreto ingiuntivo in cui afferma che: *“dopo notevoli oscillazioni, la giurisprudenza ha ormai sposato la tesi (contestata da questo GI) che in caso di opposizione a convalida l'onere di introdurre la mediazione in materia obbligatoria (come lo sono tutti i procedimenti in materia di locazione) spetti **all'opposto, attore sostanziale, poiché sua è la domanda**”*.

E' noto che il d.lgs 28/10, all'art. 5 dispone che: chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in **materia di locazione** è tenuto preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione. Tale procedimento non risulta, tuttavia, condizione di procedibilità giudiziale nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'art. 667 c.p.c..

Pertanto, una volta disposto il mutamento del rito, **le parti devono esperire il procedimento di mediazione a pena di improcedibilità delle rispettive domande**, posto che le controversie in materia di locazione rientrano tra quelle per le quali è obbligatorio il tentativo di mediazione<sup>[1]</sup>.

Orbene, tornando alla fattispecie in esame, al momento della suddetta udienza di rinvio erano

trascorsi circa sei mesi e il giudice teneva a rammentare come, nonostante il termine di 15 giorni assegnato dal giudice non abbia natura perentoria, era comunque onere **dell'opposto-intimante** avviare la mediazione in tempo adeguato affinché il procedimento si concludesse entro il termine massimo previsto in quattro mesi<sup>[2]</sup> ai fini del contenimento dei tempi processuali in ragione dei principi del "giusto processo".

Il giudice, in ogni caso, riteneva che la richiesta di remissione in termini avanzata da parte opposta non fosse supportata da alcuna motivazione, soprattutto considerato l'eccessivo sfornamento rispetto ai limiti imposti per legge; pertanto, **non essendo la mediazione stata introdotta tempestivamente dalla parte obbligata la domanda proposta con l'intimazione doveva essere dichiarata improcedibile.**

Parte opposta introduceva un ulteriore motivo di eccezione, ossia l'efficacia della improcedibilità del giudizio di merito rispetto all'ordinanza provvisoria di rilascio ex art. 665 cpc, sostenendo l'ultrattività di quest'ultima anche per effetto dell'estinzione del giudizio di convalida.

Sul punto la giurisprudenza non è, tuttavia, univoca.

Secondo parte della giurisprudenza di merito *"l'ordinanza provvisoria di rilascio, pur se non idonea ad acquistare autorità di giudicato in ordine al diritto fatto valere dal locatore, rientrando nella categoria dei provvedimenti di condanna con riserva delle eccezioni del convenuto, ha natura non di provvedimento cautelare o meramente ordinatorio ma di provvedimento **sostanziale provvisorio**, i cui effetti dunque permangono fino a quando, ove non vengano definitivamente continuati, siano messi nel nulla dalla sentenza di merito che conclude l'ordinario giudizio di cognizione, salva restando, in caso di estinzione di questo, al conduttore di far valere nel termine di prescrizione le sue eccezioni in un autonomo nuovo processo"*<sup>[3]</sup>.

Stando a tale orientamento, quando l'azione viene dichiarata improcedibile per mancato esperimento della procedura di mediazione obbligatoria, tale pronuncia non è atta a far perdere l'efficacia esecutiva all'ordinanza provvisoria di rilascio emessa ai sensi dell'art. 665 c.p.c., cosicché, in caso di estinzione del processo, **rimangono validi gli effetti esecutivi dell'ordinanza.**

Altro orientamento ritiene, invece, che *"l'ordinanza non impugnabile di rilascio ex art. 665 c.p.c. soggiace al regime previsto dall'art. 310 c.p.c. che, nel disciplinare gli effetti dell'estinzione del processo, sancisce l'inefficacia di tutti gli atti compiuti ad eccezione delle sentenze di merito pronunciate nel corso del processo e di quelle che regolano la competenza. Ne consegue che tale ordinanza non è idonea a dispiegare i propri effetti al di fuori del processo e che resta travolta dalla declaratoria di improcedibilità susseguente all'omesso esperimento del procedimento di mediazione disposto dal giudice"*<sup>[4]</sup>.

Alla luce dei due orientamenti esposti, il Tribunale di Arezzo partiva nell'espone la propria posizione al riguardo ravvisando una similitudine tra il decreto ingiuntivo e l'ordinanza

provvisoria di rilascio, in quanto entrambi sono provvedimenti emanati a seguito di un procedimento sommario a cui segue una fase eventuale di merito il cui esito va integralmente a sostituire quello della fase precedente.

Il giudice riteneva doverosa tale premessa poiché è ormai consolidato il principio, anche a seguito della pronuncia in merito da parte delle Sezioni Unite (sent. 18.9.2020 n.19596), secondo cui nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria i cui giudizi vengano introdotti con richiesta di decreto ingiuntivo, una volta instaurato il relativo giudizio di opposizione e decise le istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione del decreto, l'onere di promuovere la procedura di mediazione è a carico della parte opposta; ne consegue che, ove essa non si attivi, dalla pronuncia di improcedibilità di cui al citato deriverà la revoca del decreto ingiuntivo<sup>[5]</sup>.

Analogicamente, secondo il tribunale aretino, il mancato esperimento della mediazione a seguito del mutamento di rito per opposizione all'ordinanza di rilascio comporta l'improcedibilità della domanda dell'intimante e la revoca dell'ordinanza ex art. 665 cpc.

<sup>[1]</sup> Trib. Napoli, Sent. n. 9120/2023.

<sup>[2]</sup> Sul punto, effettuando un ragionamento di tipo sillogistico, se ai sensi dell'art 152, comma 2, c.p.c. i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, salvo che la stessa li dichiari espressamente perentori, e l'art. 5, comma 2, d. lgs. n. 28/2010 non definisce tale termine come perentorio, allora il termine di 15 giorni, fissato dal giudice nella mediazione demandata, non potrà essere ritenuto perentorio. Oltretutto, secondo Cass. civ., Sent. n. 40035/2021 *“la ratio legis sottesa alla mediazione obbligatoria ope iudicis e cioè la ricerca della soluzione migliore possibile per le parti, dato un certo stato di avanzamento della lite e certe sue caratteristiche, mal si concilia con la tesi della natura perentoria del termine, che finirebbe per giustificare il paradosso di non poter considerare utilmente esperite le mediazioni conclusesi senza pregiudizio per il prosieguo del processo solo perché tardivamente attivate, e così escludendo in un procedimento deformatizzato qual è quello di mediazione l'operatività del generale principio del raggiungimento dello scopo”*.

<sup>[3]</sup> Trib. Napoli Nord, Sent. n. 326/2016. Sul punto si veda anche Trib. Milano, Sent. n. 5466/2020 la quale, come la pronuncia del giudice napoletano, riprendeva Cass. civ., n. 3730/1995.

<sup>[4]</sup> Trib. Milano, Sent. n. 2111/2016.

<sup>[5]</sup> Cass. SS. UU., Sent. n. 19596/2020.

## Diritto e procedimento di famiglia

---

# ***Affidamento esclusivo al padre se la figlia non riesce a relazionarsi con la madre***

di **Giuseppina Vassallo, Avvocato**

Master di specializzazione

## Diritto e processo della famiglia

Scopri di più

### [Cassazione Civile sez. I, ordinanza dell'11 ottobre 2024, n. 26517](#)

Affidamento esclusivo

(Art. 337 quater c.c.)

**Massima:** *“La scelta dell'affidamento a uno solo genitore in base al prevalente interesse morale e materiale dei figli, deve essere sostenuta dalla verifica dell'idoneità genitoriale di entrambi i genitori e dalle condizioni psicologiche del minore nel contesto di un'elevata conflittualità e nelle modalità di rapportarsi alle due figure genitoriali, considerando anche le ricadute che la decisione sull'affidamento avrà, nei tempi brevi e medio lunghi, sulla vita dei figli”.*

### **CASO**

In revisione della decisione del Tribunale, la Corte d'appello di Palermo ha disposto il cambiamento di regime di affidamento di una minore da condiviso ad esclusivo al padre. La bambina pur in regime di condivisione dell'affido era stata collocata prevalentemente nella casa paterna. Al contempo il Tribunale aveva disposto la presa in carico del nucleo al servizio sociale per il monitoraggio e l'educativa domiciliare quando la bambina era presso l'abitazione della madre.

La donna ricorre in appello contro il provvedimento. La Corte acquisisce le relazioni aggiornate dei servizi sociali con riguardo ai nuclei familiari di entrambi i genitori e dispone una CTU psicologica sulla minore e indagini specifiche per valutare la capacità genitoriale.

Dalle consulenze era emerso che il padre era figura tutelante e rispondente, equilibrato con la bambina e presente nelle diverse fasi della crescita, responsabile e attento ai bisogni della stessa, mentre la madre aveva manifestato forti mancanze nel sintonizzarsi e comprendere emotivamente la figlia non riuscendo a capire il suo malessere, che percepiva unicamente come un rifiuto.

Per quanto riguarda la bambina i giudici constatavano che avesse un rapporto sereno con il padre e la famiglia di lui, e che avesse invece paura della madre e del suo contesto familiare, perché spaventata dall'essere allontanata dal proprio ambiente sicuro che per lei era al momento la casa paterna.

La Corte, dunque, disponeva l'affidamento esclusivo al padre e la residenza presso la casa paterna con monitoraggio degli incontri tra madre e figlia da parte di personale specializzato, sia per la tutela della piccola, sia per agevolare la relazione madre – figlia, attualmente incrinata.

La donna ricorre in Cassazione ma il ricorso è stato ritenuto infondato.

### **Affidamento esclusivo rafforzato in deroga alla condivisione della genitorialità nel superiore interesse del minore.**

Secondo la ricorrente la Corte d'appello palermitana non avrebbe tenuto conto di alcuni fatti. Risultavano in atti alcuni video e messaggi pubblicati sui social network dal nonno paterno in cui la stessa veniva pesantemente ingiuriata, dai quali emergeva l'astio del padre e della sua famiglia nei suoi confronti.

Questo e altri comportamenti inadeguati assunti dal padre della minore erano idonei a squalificarla agli occhi della figlia e a causare in questa un rifiuto della madre.

Secondo la Cassazione la decisione dei giudici di merito è stata presa correttamente anche dal punto di vista motivazionale. Le allegazioni riguardanti i comportamenti inadeguati per screditarla agli occhi della figlia e condizionarla, anche se fossero ritenuti veri non porterebbero a inficiare le conclusioni della C.T.U. che si basano su una valutazione della capacità genitoriale di entrambi i genitori. L'affidamento esclusivo al padre è stato giustificato non solo per la grave conflittualità ancora esistente tra i genitori ma soprattutto per la fragilità delle condizioni psicologiche della bambina e la sua difficoltà di rapportarsi con la madre e con la famiglia di lei.

La Cassazione ha richiamato il proprio orientamento giurisprudenziale in materia secondo cui la regola fondamentale cui deve attenersi il giudice nel disporre la modalità di affidamento è quello del superiore interesse dei figli, stante il loro diritto preminente a una crescita sana ed equilibrata (Cass. Civ. n. 21916/2019, Cass. Civ. n. 12954/2018).

La scelta di un affidamento a un solo genitore in base all'interesse prevalente morale e materiale del bambino deve essere sostenuta non solo dalla prova della idoneità genitoriale di entrambi i genitori, ma anche, e, soprattutto, dalla considerazione delle ricadute che la decisione sull'affidamento avrà, nei tempi brevi e medio lunghi, sulla vita dei figli (Cass. Civ. n. 21425/2022).

### **La conflittualità tra i genitori e il limite che giustifica l'affidamento monogenitoriale.**

La Corte suprema ha anche precisato che la conflittualità tra i genitori, spesso esistente nella separazione della coppia, non esclude il ricorso al regime preferenziale dell'affidamento condiviso se si mantiene nei limiti di un tollerabile disagio per i figli. In tal senso anche la recentissima sentenza della Cassazione in cui si precisa che il rapporto altamente conflittuale tra i genitori può essere ostativo all'affido condiviso se si esprime in forme tali da alterare e mettere in serio pericolo l'equilibrio e lo sviluppo psico-fisico dei figli (Cass. Civ. n. 26517/2024).

Master di specializzazione

## Diritto e processo della famiglia

Scopri di più

## Diritto e reati societari

---

# ***Pignoramento della quota di società a responsabilità limitata intestata a società fiduciaria: non si esegue mediante pignoramento presso terzi, bensì, ai sensi dell'art. 2471, comma 1, c.c.***

di **Virginie Lopes, Avvocato**

Seminario di specializzazione

## **Successione mortis causa e il diritto societario**

Scopri di più

[Cassazione civile, sez. III, 16 Settembre 2024, n. 24859](#)

**Parole chiave:** Esecuzione Forzata – Pignoramento presso terzi – Pignoramento di quota di società a responsabilità limitata intestata a società fiduciaria – Esclusione – Pignoramento ex art. 2471 c.c. – Fondamento

**Massima:** *“L'espropriazione forzata della quota di società a responsabilità limitata – bene immateriale da equipararsi al bene mobile non iscritto al pubblico registro – intestata a società fiduciaria operante ai sensi della l. n. 1966 del 1939 non si esegue nelle forme del pignoramento presso terzi, bensì, ai sensi dell'art. 2471, comma 1, c.c. (nel testo modificato dal d.lgs. n. 6 del 2003), mediante notificazione alla società a cui la quota stessa si riferisce e alla società (fiduciaria) che ne ha l'intestazione formale, nonché tramite successiva iscrizione del vincolo nel registro delle imprese, generando l'intestazione fiduciaria un fenomeno di dissociazione tra la situazione di “proprietà sostanziale” (che resta in capo al fiduciante) e la “proprietà formale” (che ricade in capo alla fiduciaria), per effetto del quale la fiduciaria acquista la sola legittimazione all'esercizio dei diritti sociali.”*

**Disposizioni applicate:** art. 1322 c.c., art. 1705 c.c., art. 2471 c.c., art. 384 c.p.c., art. 543 c.p.c..

Nel caso in esame, l'ex moglie di un uomo ha sottoposto a pignoramento presso terzi i beni, crediti e partecipazioni societarie in una S.r.l. che l'ex coniuge aveva affidato a società fiduciarie.

Nell'ambito della procedura esecutiva, il Giudice dell'esecuzione ha rilevato che, nel caso in cui la partecipazione sociale detenuta dalla società fiduciaria riguardi una S.r.l., la forma del pignoramento da utilizzare non era quella del pignoramento presso terzi, bensì quella di cui all'art. 2471 c.c., e ha pertanto dichiarato nullo il pignoramento con riguardo alla

partecipazione sociale della S.r.l. detenuta dalla società fiduciaria, in quanto eseguita nelle forme di cui all'art. 543 c.p.c., disponendo la chiusura anticipata del procedimento esecutivo.

La creditrice proponeva ricorso in opposizione all'ordinanza di estinzione, notificando all'opposto ed alla società fiduciaria il ricorso ed il decreto di fissazione dell'udienza reso dal giudice dell'esecuzione.

Successivamente la società fiduciaria procedeva alla re-intestazione al fiduciante delle quote della S.r.l. oggetto del pignoramento. A seguito di assemblea straordinaria della S.r.l. per la deliberazione della ricostituzione del capitale, precedentemente azzerato per via delle perdite emerse, il debitore fiduciante non aveva sottoscritto la ricostituzione del capitale.

All'esito della fase sommaria del giudizio, il Giudice dell'esecuzione ha sospeso l'efficacia dell'ordinanza di estinzione ed è stato quindi introdotto il giudizio di merito nell'ambito del quale è emerso che il debitore aveva perso ogni partecipazione nella S.r.l.. Stando così le cose il Tribunale aveva dichiarato cessata la materia del contendere, in quanto l'accoglimento dell'opposizione non poteva determinare la prosecuzione della procedura esecutiva.

La sentenza è stata impugnata con ricorso in cassazione sia dalla creditrice che dal debitore esecutato e cassata con rinvio per difetto di integrazione del contraddittorio, non avendo partecipato la società fiduciaria al giudizio.

Il Tribunale ha nuovamente dichiarato cessata la materia del contendere, osservando che gli atti dispositivi intervenuti prima dell'ordinanza sospensiva, ovvero la re-intestazione della quota al debitore fiduciante e la rinuncia di quest'ultimo alla sottoscrizione della ricostituzione del capitale sociale, erano opponibili al creditore pignorante che, pur avendo proposto opposizione, non aveva ottenuto alcun provvedimento inaudita altera parte. Inoltre, il Tribunale ha evidenziato che la fuoriuscita dal patrimonio del debitore della partecipazione pignorata secondo modalità opponibili alla creditrice, la quale, al fine di prevalere sull'altro socio estraneo all'esecuzione, avrebbe dovuto provvedere all'iscrizione del pignoramento nel Registro delle imprese e presentare istanza per la nomina di un custode affinché partecipasse all'assemblea straordinaria e, se del caso, sottoscrivesse la ricostituzione del capitale.

La creditrice pignorante ha quindi proposto ricorso in cassazione avverso la sentenza e sia il debitore, sia la società fiduciaria hanno resistito con controricorso.

La Corte di cassazione ha innanzitutto provveduto ad una preliminare individuazione della natura della quota di una S.r.l., ricordando che la disciplina dell'attuale art. 2471 c.c., presuppone la qualificazione della quota di partecipazione in una S.r.l. come bene immateriale e da ciò fa derivare la tipologia di espropriazione da attuare. Infatti, se il bene da aggredire non è un credito vantato dal debitore verso un terzo, ma un bene immateriale, la tipologia di pignoramento da attuare non è quella del pignoramento presso terzi, bensì quella del pignoramento mobiliare presso il debitore, che prevede modalità operative speciali rispetto a –

e quindi difformi da – quelle tipizzate dal codice di rito.

L'esecuzione forzata della partecipazione in una S.r.l. interviene in due fasi: (i) quella caratterizzata dalla notifica al debitore ed alla società, cui si riferisce la partecipazione eseguita, e (ii) quella della conseguente iscrizione del pignoramento nel registro delle imprese, finalizzata a garantire l'opponibilità ai terzi degli atti di trasferimento compiuti successivamente alla data di iscrizione del pignoramento.

Pur riconoscendo che nel caso di specie il pignoramento riguardasse una partecipazione societaria in una S.r.l. intestata ad una società fiduciaria, gli ermellini hanno ritenuto che questa sola intestazione a titolo fiduciaria della partecipazione non bastasse ad evitare l'applicazione del procedimento di cui all'art. 2471 c.c..

La Corte di cassazione ha pertanto espresso il principio di diritto di cui alla massima menzionata sopra, rigettando il ricorso della creditrice e la originaria opposizione ex art. 617 c.p.c. proposta dalla stessa.

Seminario di specializzazione

## Successione mortis causa e il diritto societario

Scopri di più

## Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

---

### ***Liquidazione giudiziale di società incorporata***

di **Federica Pasquariello**, Ordinario di Diritto commerciale, Università degli Studi di Verona

Master di specializzazione

## Codice della crisi nella sua applicazione pratica

Scopri di più

[Cassazione Civile, Sez. I, 23 maggio 2024, n.14414 \(ordinanza\) ¾ Abete Presidente Vella Relatore](#)

**Fusione per incorporazione – Insolvenza società incorporata – Fallimento/Liquidazione giudiziale – Ammissibilità**

**Parole chiave:** Crisi ed insolvenza d'impresa – Liquidazione giudiziale – Società cancellata – Società incorporata

**Massima:** *“In tema di fusione per incorporazione, la società incorporata, qualora insolvente, è assoggettabile a fallimento, ai sensi dell’art. 10 l.fall., entro un anno dalla sua cancellazione dal registro delle imprese”.*

**Riferimenti normativi:** (art. 10 l. fall.; art. 33 c.c.i.i.)

### **CASO**

Il Tribunale di Catania aveva dichiarato il fallimento di una società editrice, fusa per incorporazione, sulla scorta della natura estintiva della operazione di incorporazione e conseguente applicazione del termine annuale per la dichiarazione di fallimento, secondo l’art. 10 l. fall. ( oggi, art. 33 c.c.i.i.). La Corte d’Appello di Catania ha rigettato il reclamo e contro la sentenza è promosso ricorso per Cassazione, denunciandosi, tra l’altro, violazione e falsa applicazione da un lato degli artt. 10 l.fall., 2495 e 2504-*bis* c.c., per avere la Corte d’appello affermato l’assoggettabilità a fallimento della società incorporata entro l’anno dalla realizzazione della fusione – in ragione del ritenuto effetto estintivo dell’operazione di fusione – senza dare rilievo alla assoggettabilità a fallimento della società incorporante; d’altro lato, per violazione e falsa applicazione degli artt. 5 l.fall. e 2504- *bis* c.c., per avere la Corte territoriale ritenuto irrilevante ogni accertamento circa la solvibilità dell’incorporante.

### **SOLUZIONE**

La S.C., in linea con il proprio più recente orientamento, conferma la sentenza impugnata e ritiene **applicabile alla società incorporata** – e, dunque, cancellata dal R.I., **il termine annuale** per la dichiarazione di fallimento, secondo l'art. 10 l. fall.

## COMMENTO

La percezione in termini estintivi della vicenda del soggetto fuso o incorporato; scisso; trasformato, con conseguente tendenza all'applicazione di un meccanismo per certi versi successorio in relazione ai rapporti giuridici già in essere porta alla lettura di fusione, scissione, trasformazione come eventi suscettibili di rendere applicabile alle società preesistenti il meccanismo di cui all'art. 10 l. fall./33 c.c.i.i., per un'insolvenza pregressa: nella ovvia logica di protezione dei creditori di quella. Tale lettura trova riscontro in un formante giurisprudenziale, che si riallaccia ad un orientamento tradizionale per vero emergente non solo in sede di merito, ma anche di legittimità; e non solo in tempi risalenti, ma pure recenti ( da ultimo cfr. Cass., sez. un., 30 luglio 2021, n. 21970, in *Giur. it.*, 2022, p. 663, con commento di D. Vitale; in *Società*, 2021, 1193, con nota di O. Cagnasso, *Le Sezioni Unite sugli effetti della fusione: un ritorno al passato?*; in *Notariato*, 2021, p. 513, con nota di F. Magliulo. Sulla scissione v. U. Belviso, *La fattispecie della scissione*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 521 ss.; A. Magrì, *Natura ed effetti delle scissioni societarie: profili civilistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 11 ss.; A. Picciau, *Art. 2506*, in *Trasformazione – Fusione – Scissione, Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2006, p. 1040 ss.; L. Picone, *Art. 2506-bis, ibidem*, p. 1086).

Vigente l'art. 10 l.fall., questa lettura poteva anche poggiare sull'argomento letterale, che portava ad applicare il decorso dell'anno dell'art. 10 l.fall. ad ogni cancellazione, poiché era senz'altro dalla cancellazione che testualmente trovava applicazione il termine annuale per il fallimento postumo. Questa chiave di lettura per vero esce indebolita, ora che l'art. **33 c.c.i.i. ricolloca a fondamento della disciplina il fatto sostanziale della cessazione dell'attività**; salvo poi presumerne la coincidenza con la cancellazione della società. In effetti, ove l'imprenditore societario attui un'operazione di propria riorganizzazione, la cessazione di attività non si verifica, ma anzi si verifica continuità – per lo meno, in senso oggettivo –.

A consigliare il persistente assoggettamento a fallimento della società poi trasformata, fusa o scissa, milita(va) poi l'opportunità di dare applicazione al **regime penalistico**, che trova(va) nel fallimento la condizione per la punibilità dei reati fallimentari, in relazione a condotte delittuose degli amministratori ed organi della società (cfr. artt. 322 ss. c.c.i.i., già artt. 216 ss. l. fall.).

Su questi passaggi insiste la più recente elaborazione della Suprema Corte, che ha avallato la lettura in chiave successoria della fusione per incorporazione, affermando che essa comporta l'estinzione della società incorporata, con i conseguenti effetti devolutivo-successori nei confronti della società incorporante.

In senso critico milita la più moderna ricostruzione delle **operazioni straordinarie in chiave**

**modificazionista** (sulla fusione come “riorganizzazione” di una pluralità di imprese societarie, cfr. G. Ferri, G. Guizzi, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori. Decisione di fusione e tutela dei creditori*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa, Portale, 4, Torino, 2007, p. 235 ss. In giurisprudenza il *leading case* è rappresentato da [Cass., sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637](#), in *Foro it.*, 2006, I, p. 1739, con note di D. Dalfino, I. Paola, R. Rordorf), sulla scorta del principio di continuità che, importato dall’ordinamento comunitario, risulta codificato in tutti i diritti nazionali europei; la continuità nei rapporti obbligatori e contrattuali, attivi e passivi, che vanno “versati” nei nuovi contenitori rispettivamente rappresentati dalle società che risultano dall’operazione trova riscontro nella preclusione di forme di surrettizia liquidazione e restituzione dei conferimenti ai soci, posto che il conguaglio in denaro che gli stessi possono percepire resta circoscritto alla soglia massima del 10% del valore nominale delle azioni o delle quote attribuite (art. 2506 c.c.).

È fondato quindi ricostruire la medesima identità dell’imprenditore-società, pur in un nuovo assetto organizzativo (Così anche da ultimo Cass., 9 ottobre 2017, n. 23575, in [www.unijuris.it](#)) ed in una rinnovata scelta per una determinata modalità di regolazione della struttura finanziaria e corporativa. Peraltro, i **diritti di opposizione** dati al creditore sociale che assiste ad operazioni straordinarie della società debitrice si fondano proprio su quel profilo di merito di “convenienza” che accoglie ed assorbe la loro posizione meritevole di tutela anche nello scenario di un’eventuale liquidazione giudiziale. Benché i rimedi di tutela del credito di diritto societario – l’opposizione dei creditori; la responsabilità solidale tra le beneficiarie ex art. 2506 c.c. – a fronte della possibile diminuzione della garanzia generica, o comunque, della sua modifica qualitativa risultano meno efficienti della possibilità di fare valere ancora la responsabilità del patrimonio della debitrice/società scissa ed estinta (purché già insolvente).

A tenere preclusa la procedura liquidatoria secondo l’art. 10 l. fall./33 c.c.i.i. va aggiunta la sua incompatibilità con l’**effetto definitivo e sanante della pubblicità** relativa all’atto di trasformazione, fusione e scissione, sancito dagli artt. 2498; 2504-*quater*; 2506-*ter* c.c. (cfr. *ex multis* L. De Angelis, *La trasformazione delle società: profili generali*, in *Trasformazione fusione e scissione, Opa, società quotate*, a cura di Schiano di Pepe, Milano, 1999, p. 22; M. Sarale, *Trasformazione e continuità nell’impresa*, Milano, 1996): tale effetto, capace di rendere irrilevante sul piano reale l’eventuale irregolarità della procedura, resta conciliabile coi soli rimedi risarcitori di eventuali soggetti danneggiati (Cfr. per tutti A. Genovese, *L’invalidità della fusione*, Torino, 1997), mentre comporta irretrattabilità degli effetti ed esclude quei rimedi invalidanti di carattere demolitorio che sarebbero sostanzialmente conseguiti ove fosse operata la liquidazione giudiziale della società esistente in epoca anteriore all’operazione. Infatti, non solo la liquidazione giudiziale postuma pratica la *fictio iuris* della persistente esistenza del soggetto, ma soprattutto la procedura concorsuale dovrebbe ricreare quella segregazione patrimoniale – il patrimonio della società preesistente *versus* i suoi creditori concorsuali – che l’operazione straordinaria ha fatto venire meno, in caso di fusione; o ha comunque diversamente perimetrato, in caso di scissione. Quindi è solo scardinando gli effetti di queste operazioni che potrebbe trovare realizzazione la ricostruzione delle masse attive e passive, nell’eventuale liquidazione giudiziale della società, per come preesisteva prima dell’operazione.

L'effetto sarebbe anche iniquo a considerare le esternalità negative a carico dei creditori sociali aventi titolo successivo alle operazioni, i quali avrebbero confidato sulla sua definitività e, così, sulla garanzia generica rappresentata dal patrimonio della (nuova) società (cfr. A. Genovese, *Fusione di società in pendenza di istruttoria prefallimentare*, in nota ad App. Perugia, 16 dicembre 2008, in *Fall.*, 2009, p. 1304):

Inoltre, il profilo della **tutela del credito**, che è quello che qui maggiormente preoccupa, trova comunque congrua collocazione. Ed infatti delle due l'una: o la società che risulta dall'operazione non mostra (più) una condizione di insolvenza, e allora l'operazione potrà avere prodotto l'effetto di riallocare proficuamente l'azienda ed il patrimonio della società preesistente, con vantaggio per i suoi creditori ed alcun risvolto concorsuale rilevante. Oppure questa insolvenza risulterà attualmente in relazione alla società risultante dall'operazione, e allora certamente opera la soggezione a liquidazione giudiziale, ma non già in forza dell'art. 33 c.c.i.i./10 l. fall., facendosi questione di società esistente.

Master di specializzazione

**Codice della crisi nella sua applicazione pratica**

Scopri di più

## Diritto Bancario

---

# ***La clausola floor è uno strumento derivato?***

di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

Seminario di specializzazione

## **Redazione degli atti giudiziari nel contenzioso bancario**

Scopri di più

La clausola *floor*, talora apposta ai contratti di mutuo (o leasing) a tasso variabile, è un meccanismo di redditività minima del finanziamento scollegato dalla variabilità dell'interesse corrispettivo; configura un limite percentuale al di sotto del quale gli interessi dovuti dal mutuatario non possono scendere, anche in presenza di una sensibile riduzione dei tassi di interesse di periodo.

Tale clausola ha una evidente funzione di salvaguardia per la banca mutuante, poiché garantisce all'istituto bancario interessi almeno pari al valore percentuale individuato dalla clausola stessa, anche laddove il tasso di interesse (variabile e di regola parametrato all'Euribor) risultasse inferiore al valore del tasso assunto dalla clausola *floor*. In sostanza, il mutuatario non potrà mai beneficiare completamente di un calo dei tassi d'interesse, poiché è tenuto a pagare interessi almeno pari al limite fissato nella clausola *floor*.

È diffuso il convincimento giurisprudenziale secondo cui la presenza di una clausola *floor* non faccia assumere automaticamente al contratto cui accede la natura di strumento finanziario, con conseguente applicabilità della disciplina del TUF, e in particolare degli obblighi informativi in esso previsti a carico dell'intermediario finanziario. Né può ritenersi fondatamente che, a fronte dell'inserimento di tale clausola, la pattuizione di interessi "minimi" da corrispondersi da parte del mutuatario al mutuante, quale accessorio dell'obbligo di restituzione e remunerazione per la cessione del capitale, snaturi l'essenza del contratto, mutandone la natura da contratto reale avente causa di finanziamento a strumento finanziario con cui il cliente, controparte dell'istituto di credito, mira a realizzare un investimento mobiliare economicamente proficuo (ed ha diritto a ricevere informazioni complete e puntuali riguardo all'effettivo grado di rischio assunto e sull'equilibrio delle condizioni contrattuali così come effettivamente praticate) (Trib. Bologna 6.3.2018; Trib. Pesaro 7.8.2018; Trib. Genova 5.2.2019; Trib. Crotone 27.1.2020; Trib. Pordenone 24.4.2020; Trib. Rovereto 19.12.2020; Trib. Roma 13.10.2020; Trib. Bari 14.9.2022 n. 3318).

L'equiparazione della clausola *floor* ad uno strumento derivato è stata reputata « una vera e propria acrobazia logica e dialettica », considerato che non si è in presenza di un contratto d'investimento mobiliare, ma di un contratto di mutuo, « dove la prestazione del mutuante è

già avvenuta, mentre deve avvenire soltanto quella del mutuatario, e dove l'unica "alea" consiste proprio nell'inadempimento di quest'ultimo. In sostanza, con la sottoscrizione di un contratto di mutuo con clausola *floor*, il mutuatario non intende realizzare un investimento ma mira solamente ad ottenere fondi in previsione dell'acquisto di un bene e non già, ad esempio, a gestire un rischio di cambio o a speculare sul tasso di cambio di una valuta estera *et similia*, specialmente quando sussiste una previsione chiara e determinata in ordine al tasso d'interesse, che esclude ogni rilevanza a meccanismi aleatori, giuridicamente rilevanti e facenti parte come tali del contenuto del contratto» (così Trib. Bologna 8.2.2018; conf. Trib. Bologna 29.5.2017; Trib. Crotone 27.1.2020; Trib. Forlì 18.6.2020; Trib. Sondrio 12.6.2020).

Dirimente, in argomento, è infine quanto stabilito dalle Sezioni Unite n. 5657/2023 (conf. Cass. n. 5151/2024), secondo cui «costituisce un puro artificio la tesi (anch'essa sostenuta in dottrina) secondo cui la previsione di un tasso minimo dovuto dal cliente, inserita in un contratto di finanziamento a tasso indicizzato, costituirebbe una "inconsapevole vendita da parte del cliente al finanziatore" di una option, e dunque un contratto derivato. Infatti la previsione per cui, anche nel caso di fluttuazione dell'indice di riferimento per la determinazione degli interessi, il debitore sia comunque tenuto al pagamento di un saggio di interessi minimo, non è che una clausola condizionale, in cui l'evento condizionante è la fluttuazione dell'indice di riferimento al di sotto di una certa soglia, e l'evento condizionato la misura del saggio: dunque un patto lecito e consentito dall'art. 1353 c.c.».

Seminario di specializzazione

**Redazione degli atti giudiziari nel contenzioso bancario**

Scopri di più