

Edizione di martedì 30 marzo 2021

Procedimenti di cognizione e ADR

L'arbitrato come strumento di risoluzione delle controversie nel settore della Hospitality
di Donatella Marino

Impugnazioni

La residua utilizzabilità della nozione di "indispensabilità" della prova nuova in appello
di Marco Russo

Esecuzione forzata

L'impugnativa dell'iscrizione di ipoteca esattoriale costituisce azione di accertamento negativo del credito e non è soggetta al termine di decadenza previsto per l'opposizione agli atti esecutivi dall'art. 617 c.p.c.
di Valentina Scappini

Obbligazioni e contratti

Al contratto preliminare di compravendita di immobile da costruire si applica anche il Codice del consumo, laddove sussistano i presupposti soggettivi
di Emanuela Ruffo

Comunione – Condominio - Locazione

Locazioni abitative agevolate, accordo territoriale ed emergenza Covid-19: la riduzione del canone non determina la disapplicazione della cedolare secca
di Ilaria Ottolina

Diritto successorio e donazioni

L'operare della collazione in assenza di "relictum"

di **Matteo Ramponi**

Diritto e reati societari

La violazione degli obblighi organizzativi di cui all'art. 2086 c. 2° c.c. è qualificabile come una grave irregolarità nella gestione ai sensi dell'art. 2409 c.c.

di **Eleonora Giacometti**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Insolvenza transfrontaliera: le Sezioni Unite chiariscono il criterio per individuare la giurisdizione in caso di trasferimento della sede legale di una società

di **Chiara Zamboni**

Diritto Bancario

Anatocismo e usura

di **Fabrizio Cacciafesta** - già professore ordinario di Matematica Finanziaria

Soft Skills

La mala comunicazione

di **Amalia Di Carlo** - Ufficio stampa di Marketude

Procedimenti di cognizione e ADR

L'arbitrato come strumento di risoluzione delle controversie nel settore della Hospitality

di Donatella Marino

Parole chiave: ADR – arbitrato – turismo – clausola compromissoria – condizioni generali – convenzione arbitrale – Hospitality – locazioni – clausole vessatorie – consumatore – Direttiva 93/13/CEE – D.Lgs n. 206/2005 – ricettività – alberghi – gestione immobiliare – intermediazione

Sintesi questione

Il valore degli strumenti di composizione delle controversie alternativi alla giurisdizione ordinaria (*Alternative Dispute Resolution* o ADR), quali la mediazione e l'arbitrato, è ormai indiscusso in termini di qualità, competenza, rapidità ed efficienza. Anche gli operatori della Hospitality hanno iniziato a riconoscerlo e a introdurre negli accordi specifiche clausole che ne consentano la fruizione. Un processo favorito dall'aumento delle criticità legate all'emergenza sanitaria, che hanno alimentato la micro-litigiosità tra gestori e fruitori dei servizi turistici.

La normativa emergenziale e gli ADR

Coglie questo aspetto già il co. 6-ter dell'articolo 3 del Decreto-Legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13 (inserito, dal co. 1-quater dell'articolo 3 del Decreto-Legge 30 aprile 2020 n. 28, come convertito con modificazioni dalla Legge 25 giugno 2020, n. 70), che ha previsto "*nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali, nelle quali il rispetto delle misure ... disposte durante l'emergenza epidemiologica da COVID-19... può essere valutato ai sensi del comma 6-bis, il preventivo esperimento del procedimento di **mediazione**...costituisce condizione di procedibilità della domanda*". In questo contesto, secondo il Legislatore emergenziale, ricorrere ad uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie, più agile e breve, presenta l'evidente vantaggio di alleggerire le posizioni critiche.

Nessuna previsione specifica, invece, per la deroga a favore dell'arbitrato. Da tempo considerato lo strumento d'eccellenza per la soluzione delle controversie in ambito internazionale, anche a livello domestico si è ormai affermato in tutti i rapporti contrattuali complessi che coinvolgono importi rilevanti. Una tendenza che si rileva anche nel *Real Estate*, dove l'utilizzo di clausole compromissorie nelle operazioni straordinarie è ormai diffuso.

In realtà, grazie alla possibilità di pattuire soluzioni con **arbitro unico e meccanismi di nomina agevoli preconcordati** questo strumento diventa interessante – in quanto poco costoso ed

estremamente rapido – anche per le transazioni commerciali che coinvolgono importi più contenuti, come capita nella ricettività alberghiera e non-alberghiera o nelle locazioni.

- Con alcune limitazioni, però. I limiti alla possibilità di derogare al giudice ordinario incontra in questi ambiti l'interferenza della normativa vincolistica in materia di locazione e della disciplina posta a tutela del consumatore o, più in particolare, del viaggiatore.

La clausola compromissoria

Disciplinato dal Codice di procedura civile (Libro IV Titolo VIII), lo strumento dell'arbitrato è stato modificato in vari successivi interventi, tra cui, in particolare, il D. Lgs. n. 40/2006. La deroga alla giurisdizione deve essere pattuita per iscritto e, se parte di un più ampio accordo tra le parti, verrà concordata attraverso una specifica clausola compromissoria. Quanto alla tipologia di procedimento pattuito nel compromesso o nella clausola compromissoria, sostanzialmente si distingue tra:

- il c.d. “**arbitrato amministrato**”, che ricorre quando le parti scelgono di affidarsi alla organizzazione di un ente a ciò preposto e le cui norme procedurali (e tariffe) le parti fanno proprio attraverso il rinvio negoziale, e
- il c.d. **arbitrato ad hoc**, il cui procedimento è invece affidato agli arbitri nominati secondo regole procedurali specificate di volta in volta dalle parti.

Il vincolo sempre operante è l'attuazione del principio del contraddittorio, che impone di concedere alle parti ragionevoli e pari possibilità di difesa. La decisione degli arbitri si esprime nel lodo che, nell'arbitrato rituale, ai sensi dell'art. **824 bis c.p.c.**, ha “*gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*”.

Le questioni arbitrabili

Alla base di questo istituto è il principio di cui all'art. **806 c.p.c.**, secondo cui è deferibile al giudizio arbitrale qualsiasi controversia che

- non abbia per oggetto diritti indisponibili e
- non sia oggetto di espresso divieto di legge.

Resta pertanto **escluso** il ricorso allo strumento arbitrale nei conflitti che, **per espressa prescrizione normativa, non sono suscettibili di deroga alla giurisdizione ordinaria.**

L'arbitrato nei rapporti locativi

Con l'abrogazione, per le locazioni ad uso abitativo, dell'art. 54 della L. 392/1978 ad opera della L. 431/1998 è venuta meno, sicuramente per le locazioni ad uso abitativo, la norma che

prevedeva la nullità della clausola compromissoria con cui le parti affidavano ad arbitri le controversie in materia **di determinazione del canone**. Già prima invece, nei contratti di natura locativa tra privati, veniva pacificamente ammesso il ricorso a clausole compromissorie per tutte le altre questioni derivante dal contratto di locazione. Più delicata invece, l'ammissibilità di deferire ad un arbitro, controversie **in materia di sfratti**. **In particolare, afferma la giurisprudenza, un contratto di locazione che contiene una clausola compromissoria "trova limite nel procedimento di convalida di sfratto per cui sussiste una competenza funzionale ed inderogabile del pretore quanto alla fase di cognizione sommaria che si conclude con una pronuncia di convalida [art. 663 c.p.c.] o con l'ordine provvisorio di rilascio [art. 665 c.p.c.]"** (così Cass. Civ. Sez. III Sent. n. 387 del 16 gennaio 1991, che specifica che solo quando sia proposta opposizione da parte dell'intimato conduttore ed il procedimento speciale si trasforma in ordinario processo di cognizione *"non esiste alcuna preclusione per la deferibilità agli arbitri di questa seconda fase del procedimento in attuazione della clausola compromissoria"*).

L'arbitrato nelle condizioni generali del settore Hospitality

Gli operatori della ricettività, alberghiera e non, da una parte, e della gestione o intermediazione immobiliare, dall'altra, spesso ricorrono a strutture negoziali destinate a regolare una serie indefinita di rapporti e, dunque, unilateralmente redatti: si tratta delle condizioni generali (i *"term of services"* o TOS) solitamente proposte, nel settore della Hospitality, attraverso il sito dell'operatore: lo *user* può decidere di aderire (o meno) all'accordo ma non può partecipare alla negoziazione delle singole clausole. Frequente in questi contratti rinvenire **clausole compromissorie** con cui si deferiscono ad uno o più arbitri le controversie eventuali e future nascenti dal rapporto. Nei contratti tra privati, la natura vessatoria della clausola compromissoria contenuta nelle condizioni generali di contratto ai sensi dell'art. 1341 c.c. è oramai affermata pacificamente in giurisprudenza: questo comporta che, per la sua validità, ai sensi del comma 2 dell'art. 1341 c.c., sia richiesta una specifica approvazione per iscritto (v. Cass., Sez. I Civ., 23 maggio 2006). Più complesso è invece l'operatività di una clausola compromissoria quando le parti del rapporto negoziale sono, da un lato, un professionista della Hospitality, dall'altro un privato (c.d. consumatore).

Gli ADR nei rapporti col consumatore

Se da un lato, il ricorso a strumenti alternativi alla giurisdizione ordinaria per la gestione delle controversie tra professionisti e consumatori, sembrerebbe, in quanto a tempi ed esiti del processo civile ordinario, una soluzione appropriata ed efficace anche per le ragioni del consumatore, dall'altro, si ammette il rischio che lo squilibrio delle posizioni delle parti favorisca l'imposizione negoziale della parte più forte rispetto a quella più debole. A questo si aggiunge l'ambiguità legislativa: se, da un lato, il Legislatore sembra favorire il ricorso a soluzioni alternative delle controversie, dall'altro prevede, nell'ottica di una particolare tutela del consumatore, norme che inevitabilmente ne scoraggiano l'utilizzo. Ne è un esempio, l'**art. 141 ultimo comma del D.Lgs. del 6/09/2005 n. 206 (c.d. Codice del Consumo)**, secondo il quale il consumatore *"non può essere privato in nessun caso del diritto di adire il giudice competente qualunque sia l'esito della procedura di composizione extragiudiziale"*.

L'arbitrato e i contratti col consumatore

Nei rapporti col consumatore, **ai sensi dell'art. 33, comma 2 lett. t), del Codice del Consumo la clausola contenente una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria si presume vessatoria**. La tutela del consumatore prevede in questi casi, ai sensi dell'art. 36 del C.d.C. la conseguenza, **salvo prova contraria, della nullità della clausola, a vantaggio del solo consumatore (c.d. nullità di protezione)**. Nell'interpretazione giurisprudenziali, infatti, in tema di contratti con il consumatore (nel caso che si menziona, un contratto bancario) si ammette il ricorso a clausole compromissorie **"a condizione che si dimostri l'esistenza di una specifica trattativa tra le parti, e la prova di tale circostanza costituisce onere preliminare a carico del professionista che intenda avvalersi della clausola arbitrale in deroga"** (Cass. Sent. del 13/02/2017, n. 3744).

Ovviamente, l'attuale impostazione rende davvero ostico il ricorso a questo strumento nei rapporti col consumatore, che pur comporterebbe, potenzialmente, vantaggi per entrambe le parti. In realtà, la Direttiva 93/13/CEE sui contratti del consumatore prevedeva nell'elenco delle clausole presuntivamente vessatorie (allegato di cui all'articolo 3, paragrafo 3, al punto 1 let. q) quelle che hanno per oggetto o per effetto di *"sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso al consumatore, in particolare obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente ad una **giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche**, limitando indebitamente i mezzi di prova a disposizione del consumatore o imponendogli un onere della prova che, ai sensi della legislazione applicabile, incomberebbe ad altra parte del contratto"*.

La scomparsa, nella fase di ricezione da parte del legislatore italiano confluito nel Codice del Consumo, di un esplicito riferimento all'arbitrato, ha fatto intravedere delle aperture e dato adito ad interpretazioni differenti. Sul punto, occorre rilevare che la previsione **un'ipotesi di riforma organica degli ADR è attualmente al vaglio del legislatore. La proposta, de iure condendo, è l'esclusione esplicita della presunzione di vessatorietà** di cui all'art. 33 del Codice del Consumo, a determinate condizioni, per le convenzioni arbitrali amministrative (di cui all'art. 832 c.p.c.).

Seminario di specializzazione

DIRITTO E CONTRATTUALISTICA DELLA HOSPITALITY

 **Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!**accedi al sito >

Impugnazioni

La residua utilizzabilità della nozione di “indispensabilità” della prova nuova in appello

di **Marco Russo**

Cass., sez. VI., 21 gennaio 2021, n. 1109 Pres. Amendola, Rel. Gorgoni

Procedimento civile – Appello – Prove nuove – Ammissibilità – (C.p.c. artt. 342, 345; C.c. art. 2697)

Nell'attuale formulazione dell'art. 345, comma 3 c.p.c., nessun ruolo gioca la deduzione e la dimostrazione dell'indispensabilità del mezzo di prova proposto per la prima volta in appello, il quale potrà dunque essere ammesso nella sola ipotesi in cui la parte dimostri di non aver potuto proporlo nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile.

CASO

In primo grado le due attrici convengono in giudizio il proprietario di un trattore guidato per lavoro dal defunto, rispettivamente marito e padre, al momento dell'incidente, sostenendo che il sinistro abbia trovato origine nel difetto di un valido sistema di protezione antiribaltamento nel veicolo e chiedendo, per tale ragione, il risarcimento dei danni per lesione del rapporto parentale.

Il tribunale accoglie la domanda con sentenza successivamente impugnata dal proprietario, il quale produce in appello una “relazione tecnica con allegata fotografia, scattata dai carabinieri intervenuti nella immediatezza dell'incidente, da cui emergeva il funzionamento del sistema di protezione del trattore contrariamente a quanto ritenuto in sentenza”.

La corte d'appello riforma la decisione, ritenendo ammissibile la produzione e concludendo nel senso che le foto allegate alla perizia dimostrerebbero l'effettivo funzionamento del sistema antiribaltamento, e dunque l'insussistenza dell'elemento soggettivo della responsabilità in capo all'appellante.

La sentenza di secondo grado è impugnata per cassazione sulla base di tre motivi, dei quali l'ultimo incentrato sulla “violazione dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, in relazione all'art. 345 c.p.c., per avere il Giudice *a quo* violato il divieto assoluto di ammissione di nuovi mezzi di prova e di produzione di nuovi documenti in appello, senza, peraltro, neppure giustificare l'ammissione di detta prova, previa giustificazione della sua tardività”.

SOLUZIONE

La Cassazione accoglie il ricorso, rilevando che l'art. 345, comma 3 nella sua attuale versione (ossia quella, successiva alla L. n. 134/2012, applicabile alle impugnazioni delle sentenze di primo grado pubblicate a partire dall'11 settembre 2012) destituisce di qualsiasi rilievo processuale la pure astratta indispensabilità della prova, residuando in capo all'appellante la possibilità di produrre per la prima volta i soli documenti di cui egli sia in grado di dimostrare l'oggettiva impossibilità di produzione avanti al primo giudice.

Nel caso di specie la Corte d'appello si è immotivatamente discostata dal chiaro tenore letterale della disposizione, ammettendo *tout court* la prova ritenuta "indispensabile", senza accertare la (neppure dedotta) "causa non imputabile alla parte, ossia il caso fortuito o la forza maggiore, che le aveva reso impossibile produrre in precedenza la prova fotografica".

Nessun rilievo è infine assegnato dalla Cassazione al fatto che il materiale fotografico allegato alla perizia non fosse documento "nuovo" in senso assoluto tra le parti, ma soltanto relativamente al contesto civile atteso che lo stesso era "presente nel materiale istruttorio che aveva costituito oggetto del giudizio penale": secondo la Corte è vero infatti che il giudice civile può attingere anche alle prove formatesi nel processo penale tra le stesse parti, ma in sede civile "egli può pronunciarsi solo sulle prove tempestivamente prodotte, perché va, comunque, garantito il rispetto del principio del contraddittorio" e, in ogni caso, per diversa valutazione difensiva l'appellante, all'epoca convenuto in primo grado, risultava essersi "addirittura opposto all'impiego degli atti delle indagini preliminari, in particolare, all'utilizzo della relazione tecnica del consulente del PM" contenente la fotografia poi risultata determinante nel giudizio d'appello.

QUESTIONI

L'interessante tema delle novità ammesse in appello è affrontato nella sentenza in esame sotto il profilo della prova e, in particolare, dei sempre più ristretti limiti entro cui l'ordinamento ammette che il giudice dell'impugnazione possa esaminare un panorama istruttorio diverso, e più ampio, rispetto a quello sottoposto all'attenzione al primo giudice.

Come attentamente osservato in motivazione, "la regolamentazione restrittiva della prova nuova in appello appare pienamente coerente con l'accentuazione della natura del giudizio d'appello come mera *revisio prioris instantiae*, anziché come *novum iudicium*, che sta alla base della coeva riforma dell'art. 342 c.p.c." e non è scalfita dalla "considerazione, d'ordine sistematico, che l'irrigidimento del divieto di prove nuove in appello determinerebbe un'intollerabile scollatura fra la verità materiale e quella processuale, come preteso dai controricorrente", atteso che "la naturale propensione del processo all'accertamento della verità dei fatti va coniugata con il regime delle numerose preclusioni che operano nel rito civile".

La tendenza all'accentuazione del carattere di *revisio* ha in realtà origini ben più remote della

riforma del 2012, e affonda le proprie radici in un'epoca anteriore persino all'emanazione di questo codice: già l'art. 490 del codice del 1865, che consentiva la deduzione in appello di prove (ed eccezioni) nuove senza sostanziali limiti era stato oggetto di forti critiche da parte di Mortara, che nella voce sull'Appello civile per il Digesto Italiano aveva negato che tale libertà rispondesse "in via assoluta ai dettami della giustizia", poiché finiva anzi con il favorire la trasformazione del gravame da rimedio dell'errore del giudice a rimedio della negligenza dei litiganti (e a un concetto simile si riferisce la giurisprudenza quando, nella "soppressione dell'ipotesi della prova indispensabile", legge un irrigidimento dell' "onere, già certamente immanente, di tempestiva attivazione del convenuto, in attuazione di un principio di lealtà processuale che impone di dedurre immediatamente tutte le possibili difese": Cass., 6 febbraio 2020, n. 2764).

Sono note le evoluzioni dell'art. 345, e, per quanto qui interessa, del suo terzo comma, che si è avuto modo di esaminare in questa Rivista, qualche anno fa, in un apposito *focus* (in <https://www.eclegal.it/focus-sulle-prove-nuove-appello-ex-art-345-comma-3-c-p-c/>).

Ciò che può essere utile osservare in questa sede, a commento della sorprendente decisione d'appello cassata dalla sentenza di Cassazione in esame, è che essa, nel riesumare la nozione di "prova indispensabile" ormai depennata dall'art. 345, comma 3 c.p.c., offre però un interessante esempio di indispensabilità ancora valido per i diversi riti nei quali la prova nuova è soggetta a limiti meno stringenti rispetto al procedimento ordinario in appello, tra cui il rito del lavoro, l'art. 1, comma 59, L. 28 giugno 2012, n. 92, per il c.d. "reclamo", ma sostanzialmente l'appello, avverso i provvedimenti in tema di licenziamenti illegittimi emessi ai sensi della c.d. Legge Fornero, e il procedimento sommario di cognizione.

Per quest'ultimo in particolare, come è noto, l'art. 702 quater c.p.c. (come modificato, sempre nel 2012, in sostituzione della precedente formulazione che richiedeva la semplice "rilevanza" dello strumento istruttorio) richiede infatti l'indispensabilità della prova e dunque adotta il medesimo criterio in vigore, sino a quel momento, dell'appello ordinario.

Per opinione comune l'identità di espressioni permette l'utilizzo, nell'ambito del grado d'appello dei procedimenti ex art. 702 bis, degli approdi di dottrina e giurisprudenza nell'interpretazione della precedente formulazione dell'art. 345, comma 3 c.p.c., e dunque l'individuazione della prova indispensabile dovrà transitare da un giudizio *ex ante* di idoneità del mezzo a "sovvertire" la decisione di primo grado, nel senso di mutare uno o più giudizi di fatto sui quali si basa la pronuncia impugnata (Cass., S.U., 4 maggio 2017, n. 10790; Cass., 29 aprile 2016, n. 8568; Cass., 23 settembre 2002, n. 13820; nella giurisprudenza di merito App. Potenza, 30 novembre 2020, in www.dejure.it, che parla di prove "capaci di determinare un positivo accertamento dei fatti di causa, decisivo talvolta anche per giungere ad un completo rovesciamento della decisione cui è pervenuto il giudice di primo grado"), dovendosi con ciò intendere, secondo la dottrina, lo strumento che, sulla base di una valutazione di verosimiglianza, può orientare in modo determinante l'esito della controversia (Tarzia, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2009, 391; Tedoldi, *L'istruzione probatoria nel processo civile*, Padova, 2000, 188).

L'impossibilità di una più analitica definizione dell'istituto conferisce alla decisione sull'indispensabilità della prova un rilevante grado di discrezionalità, di cui la Cassazione si mostra consapevole nella misura in cui esclude qualsiasi proprio sindacato sull'esercizio di tale potere dove

congruamente motivato (Cass., 16 maggio 1990, n. 4239; e, più recentemente, Cass., 19 dicembre 2016, n. 26117, per cui nel rito del lavoro l'ammissione di nuove prove da parte del giudice di appello rientra tra i poteri discrezionali allo stesso riconosciuti dall'art. 437 c.p.c., e tale esercizio è insindacabile in sede di legittimità persino, discutibilmente, "quando manchi un'espressa motivazione in ordine alla indispensabilità o necessità del mezzo istruttorio ammesso, dovendosi la motivazione ritenere implicita nel provvedimento adottato"): e tale conclusione appare confermata dall'attuale formulazione dell'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c. il cui tenore letterale esclude la censurabilità della sentenza d'appello per ragioni inerenti alla motivazione e dunque esclude, almeno limitatamente al motivo di cui si discute, la deducibilità del vizio rappresentato dall'erronea valutazione dell'indispensabilità del mezzo (di opinione opposta, in realtà, Cass., 30 settembre 2020, n. 20870, secondo cui "l'ammissibilità, ex articolo 345 del Cpc [n.d.e.: nella fattispecie, applicabile *ratione temporis*], di documenti nuovi in appello richiede una valutazione circa l'indispensabilità della prova che ben può essere effettuata dalla Corte di cassazione, in quanto detto giudizio non attiene al merito della decisione ma al rito, atteso che la corrispondente questione rileva ai fini dell'accertamento della preclusione processuale eventualmente formatasi in ordine all'ammissibilità di una richiesta istruttoria di parte").

Seminario di specializzazione

DIRITTO DI ACCESSO ALLA DOCUMENTAZIONE BANCARIA: INDICAZIONI PRATICHE

Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

[accedi al sito >](#)

Esecuzione forzata

L'impugnativa dell'iscrizione di ipoteca esattoriale costituisce azione di accertamento negativo del credito e non è soggetta al termine di decadenza previsto per l'opposizione agli atti esecutivi dall'art. 617 c.p.c.

di **Valentina Scappini**

[Cassazione civile, sesta sez., sentenza, 23 febbraio 2021, n. 4871; Pres. Doronzo; Rel. Esposito.](#)

Applica il principio, già statuito con riguardo al fermo amministrativo di beni mobili, secondo cui l'iscrizione di ipoteca esattoriale non costituisce atto di espropriazione forzata, ma una procedura alternativa, cosicché all'impugnativa della stessa in sede giudiziale non sono applicabili i termini di decadenza previsti per l'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c., bensì le regole del processo di cognizione ordinario, trattandosi di azione di accertamento negativo della pretesa creditoria dell'Agenzia delle Entrate.

CASO

Immobiliare X s.r.l. proponeva opposizione avanti al Tribunale di Roma avverso la comunicazione preventiva di iscrizione ipotecaria notificata dall'Agenzia delle Entrate Riscossione, relativa a numerose cartelle di pagamento aventi ad oggetto contributi previdenziali ed assicurativi.

A motivo dell'opposizione, la società deduceva che le suddette cartelle di pagamento erano già state annullate dallo stesso Tribunale capitolino con sentenza n. 3262 del 3 aprile 2017 e che altresì con sentenza n. 6796 del 20 settembre 2018 era stata annullata l'intimazione a pagare che ne era seguita.

Ciononostante, con sentenza del 7 maggio 2019 n. 4302, il Tribunale di Roma dichiarava inammissibile, perché proposta oltre i termini, l'opposizione proposta da Immobiliare Caesar s.r.l., rilevando che la contestazione mossa in giudizio assumeva carattere di mera opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c.

Ciò poiché il contribuente, premesso l'annullamento delle iscrizioni a ruolo delle cartelle di pagamento, contestava il potere del concessionario della riscossione di iscrivere ipoteca relativamente a tali crediti, mentre non costituiva oggetto di opposizione, stante il principio del giudicato, la sussistenza del credito.

Contro la sentenza del Tribunale di Roma la Immobiliare X s.r.l. ha proposto ricorso per cassazione sulla base di unico motivo.

SOLUZIONE

Il ricorso è stato deciso dalla sezione sesta della Corte di Cassazione, che lo ha accolto in quanto manifestamente fondato, stabilendo il principio richiamato in epigrafe, già statuito con riguardo al fermo amministrativo di beni mobili dalle Sezioni Unite con ordinanza n. 15354 del 22 luglio 2015.

QUESTIONI

La società ha impugnato la sentenza del Tribunale di Roma avanti alla Corte di Cassazione in base al principio dell'apparenza e sulla scorta della qualificazione dell'azione come opposizione agli atti esecutivi (tale principio, n.d.r., impone che il regime di impugnazione e, di conseguenza, anche le norme relative al computo dei termini per impugnare, vadano individuati in base alla qualificazione che il giudice *a quo* abbia dato all'azione proposta in giudizio e non in base al rito applicabile: cfr., da ultimo, Cass., sesta sez., 18 giugno 2020, n. 11780).

Con unico motivo Immobiliare X s.r.l. ha dedotto la violazione degli artt. 121, 414 e 617 c.p.c., nonché dell'art. 77, d.P.R. n. 602/1973, in relazione all'art. 360, co. 1, n. 3, c.p.c., osservando che il Tribunale di Roma ha erroneamente qualificato l'ipoteca esattoriale di cui all'art. 77, d.P.R. n. 602/1973 come atto esecutivo, ritenendo, di conseguenza, il preavviso di iscrizione ipotecaria impugnabile entro il termine perentorio di cui all'art. 617 c.p.c.

La Corte di Cassazione ha deciso per la manifesta fondatezza del motivo, richiamando, sul punto, i principi già enunciati nei propri arresti precedenti con riferimento al preavviso di fermo amministrativo (Cass., S.U., 22 luglio 2015, n. 15354 e Cass., 4 luglio 2019, n. 18041), applicabili anche al preavviso di ipoteca (come già statuito dalla stessa Suprema Corte nella sentenza n. 14801 del 7 giugno 2018).

Ed infatti, *“il fermo amministrativo di beni mobili registrati ha natura non già di atto di espropriazione forzata, ma di procedura a questa alternativa, trattandosi di misura puramente affittiva volta ad indurre il debitore all'adempimento, sicché la sua impugnativa, sostanziandosi in un'azione di accertamento negativo della pretesa creditoria, segue le regole generali del rito ordinario di cognizione in tema di riparto della competenza per materia e per valore”* (Cass., S.U., 22 luglio 2015, n. 15354, cit.; cfr. anche Cass., 4 luglio 2019, n. 18041, cit., secondo cui *“l'impugnazione del preavviso di fermo amministrativo, sia se volta a contestare il diritto a procedere all'iscrizione del fermo, sia che riguardi la regolarità formale dell'atto, è un'azione di accertamento negativo a cui si applicano le regole del processo di cognizione ordinario, e come tale non assoggettata al termine decadenziale di cui all'art. 617 c.p.c.”*).

Il principio di diritto sopra enunciato è applicabile, come anticipato, oltre che al fermo

amministrativo di beni mobili registrati, anche all'ipoteca esattoriale di cui al D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, art. 77, in relazione alla quale le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato che *“l'iscrizione ipotecaria prevista dal D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, art. 77, non costituisce atto dell'espropriazione forzata, ma va riferita ad una procedura alternativa all'esecuzione forzata vera e propria”* (Cass., S.U., 18 settembre 2014, n. 19667).

Di conseguenza, tutte le azioni volte ad ottenere la dichiarazione di nullità dell'iscrizione ipotecaria (e/o dell'iscrizione del fermo), che si assume operata dall'agente della riscossione in mancanza dei relativi presupposti, non possono essere qualificate come opposizioni agli atti esecutivi ai sensi dell'art. 617 c.p.c. e, costituendo ordinarie azioni di accertamento negativo del credito, sfuggono ai termini perentori di decadenza previsti dalla suddetta norma per la loro proposizione.

La Suprema Corte, quindi, riconosce che la domanda della Immobiliare X s.r.l. non avrebbe potuto essere dichiarata inammissibile dal Tribunale di Roma solo perché proposta oltre il termine di cui all'art. 617 c.p.c., cosicché si rende necessaria la cassazione con rinvio della sentenza impugnata.

12^a EDIZIONE

Master di specializzazione

DELEGATO NELLE VENDITE IMMOBILIARI

Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

[accedi al sito >](#)

Obbligazioni e contratti

Al contratto preliminare di compravendita di immobile da costruire si applica anche il Codice del consumo, laddove sussistano i presupposti soggettivi

di **Emanuela Ruffo**

[Cass. civ. Sez. Sesta Sent., 14/01/2021, n. 497, Pres. Cosentino, Est. Fortunato](#)

Codice del consumo – Applicabilità al preliminare di vendita di beni immobili – Fondamento – Richiamo convenzionale alla disciplina posta dal d.lgs. n. 122 del 2015 – Interferenza – Esclusione

[1] Gli artt. 33 e ss. del Codice del consumo sono applicabili anche ad un contratto preliminare di compravendita di bene immobile, allorquando venga concluso tra un professionista, che stipuli nell'esercizio dell'attività imprenditoriale, o di un professionista intellettuale, ed altro soggetto, che contragga per esigenze estranee all'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale, non risultando decisivo, in senso contrario, che le parti abbiano espressamente richiamato in contratto la disciplina del d.lgs. n. 122 del 2005 in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire, atteso che quest'ultima concorre, in presenza dei relativi presupposti applicativi, con le disposizioni a tutela del consumatore, almeno in difetto di un rapporto di reciproca incompatibilità o esclusione.

Disposizioni applicate

1. Lgs. 122/2005, Art. 33 e 34 D. Lgs. 206/2005

CASO

Il promissario acquirente di un immobile da costruire ha agito in giudizio al fine di ottenere la risoluzione del contratto preliminare di vendita e il pagamento del doppio della caparra. L'attore ha chiesto di dichiarare la nullità della clausola compromissoria inserita nel contratto, con cui era devoluta agli arbitri *“qualunque controversia che fosse insorta tra le parti in dipendenza, anche indiretta, del contratto e di quelle che fossero discese”*, in quanto clausola vessatoria.

Il Tribunale – respingendo la domanda – ha dichiarato la competenza degli arbitri, in quanto la clausola in questione non poteva ritenersi nulla o inefficace ai sensi dell'art. 33 del d.lgs. 206/2005 e ciò in considerazione *“della natura della contrattazione intercorsa e del suo particolare significato economico”*, discutendosi *“dell'acquisto di un immobile e non di un bene di*

consumo ed essendo difficile ipotizzare che la contrattazione fosse stata redatta e conclusa sulla base di moduli senza alcuna specifica contrattazione tra le parti”.

Avverso detta sentenza il promissario acquirente ha proposto ricorso per regolamento di competenza, sul quale la Suprema Corte ha deciso con la pronuncia in commento.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione riconosce l'applicabilità delle norme contenute nel c.d. Codice del Consumo anche al contratto preliminare di immobile da costruire, laddove tale accordo sia stato stipulato tra una persona fisica per esigenze estranee alla propria sfera personale e un professionista, ciò a prescindere dalla disciplina speciale di cui al d. lgs. 122/2005, che si deve ritenere concorrente rispetto alla disciplina consumeristica.

QUESTIONI

Prima di entrare nel merito circa la vessatorietà o meno della clausola compromissoria contenuta nel contratto preliminare, i giudici di legittimità hanno dovuto verificare se al caso di specie potesse ritenersi applicabile il d. lgs. 206/2005, noto anche come Codice del consumo.

Il primo motivo a fondamento del ricorso per regolamento di competenza è infatti rappresentato dalla **asserita violazione degli articoli 3 e 33 del Codice del consumo**, in quanto il Tribunale avrebbe erroneamente escluso l'applicabilità della disciplina dei consumatori ai contratti aventi ad oggetto beni immobili, come il caso di specie.

Sul punto la Suprema Corte conferma un orientamento ormai consolidato per cui la disciplina consumeristica deve ritenersi **applicabile sempre qualora i contraenti siano da un lato un consumatore** (quale persona fisica che contrae per esigenze personali, estranee alla propria attività lavorativa) **e, dall'altro, un professionista**, essendo il contratto di vendita di beni di consumo solo una parte della più ampia disciplina a tutela del contraente debole-consumatore (Cass. 4914/2009; Cass. 24257/2008; Cass. 18863/2008; Cass. 13643/2006; Cass. 10127/2001).

A ciò si aggiunga che l'art. 18 del Codice del consumo rubricato “definizioni”, alla lettera c) definisce come “prodotto” qualsiasi bene o servizio, **compresi i beni immobili**, i diritti e le obbligazioni.

Sulla base di tali argomentazioni, negli anni la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto per esempio l'applicabilità della disciplina del codice del consumo ai contratti di appalto per la realizzazione o la manutenzione di immobili (Cass. 6802/2010) e alle convenzioni tra il costruttore/venditore di immobili in condominio e i singoli acquirenti, con riferimento alle previsioni del regolamento condominiale richiamato nei contratti di acquisto, contenente limitazioni d'uso per le porzioni esclusive o comuni o deroghe ai criteri di riparto delle spese (Cass. 2019/19832; Cass. 16321/2016).

Diversamente da come sostenuto dal Tribunale, secondo la Suprema Corte la circostanza per cui al contratto in questione sia altresì applicabile **la disciplina speciale di cui al d.lgs. 122/2005 in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire** non osta al riconoscimento dell'applicabilità anche del Codice del consumo, laddove con lo stesso non confliggente: l'art. 1 del d.lgs. 122/2005, nel definire i requisiti soggettivi di applicazione della normativa, prescinde infatti dalle finalità di consumo perseguite dal contratto, sicché – afferma la Corte – **il d.lgs. 122/2005 concorre, in presenza dei relativi presupposti applicativi, con le disposizioni a tutela del consumatore, in assenza di un rapporto di reciproca incompatibilità o esclusione.**

Verificata l'applicabilità al caso di specie degli articoli 33 e 34 del Codice del Consumo, il giudicante si è quindi occupato di verificare nel concreto se la clausola compromissoria contenuta nel preliminare fosse o meno vessatoria.

L'art. 33, primo comma, del Codice del consumo reputa **vessatorie** le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Il comma secondo, lettera t) dispone che **si presumono vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che sanciscono a carico del consumatore deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, ivi incluse, le clausole compromissorie per arbitrato rituale.**

Il successivo art. 34 dispone che il carattere di vessatorietà non riguarda la determinazione dell'oggetto del contratto o la valutazione di adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile.

Non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di **trattativa individuale.**

In assenza di prova circa l'effettiva trattativa individuale del contenuto della cennata clausola compromissoria, la Cassazione **ha ritenuto vessatoria la disposizione contrattuale con cui era stata affidata agli arbitri la competenza** a decidere di ogni controversia relativa al contratto e ha quindi dichiarato la competenza a decidere dell'autorità giudiziaria ordinaria.

10^a EDIZIONE

Master di specializzazione

**TECNICA E REDAZIONE DEI CONTRATTI COMMERCIALI
IN AMBITO NAZIONALE ED INTERNAZIONALE**

 Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

[accedi al sito >](#)

Comunione – Condominio - Locazione

Locazioni abitative agevolate, accordo territoriale ed emergenza Covid-19: la riduzione del canone non determina la disapplicazione della cedolare secca

di **Ilaria Ottolina**

[Agenzia delle Entrate, risposta a interpello n. 165 del 9 marzo 2021](#)

Riferimenti normativi: Legge n. 431/1998, art. 2, co. 3, 4, 5 – accordo territoriale sulle locazioni abitative applicabile nel Comune di Firenze e Comuni limitrofi del 25/06/2020, art. 21 – D.Lgs. 14/03/2011 n. 23, art. 3, co. 11 – decreto interministeriale 16 gennaio 2017, artt. 1 e 7

I QUESITI DEL CONTRIBUENTE-LOCATORE

In occasione della stipulazione di un contratto di locazione a canone agevolato, il conduttore richiedeva al locatore l'inserimento nel contratto della previsione di cui all'art. 21 dell'accordo territoriale sulle locazioni abitative, sottoscritto il 25 giugno 2020 dalle associazioni di categoria dei proprietari e degli inquilini per la città di Firenze e Comuni limitrofi, recante "Misure dirette a fronteggiare l'emergenza sanitaria Covid 19".

In particolare, il conduttore chiedeva di potersi avvalere della ***"riduzione del valore massimo delle rispettive fasce di oscillazione per una percentuale del 10%"***, come previsto dall'art. 21 dell'Accordo.

Il locatore, tuttavia, manifestava i propri dubbi in merito alla richiesta del conduttore atteso che – si legge nell'interpello all'Agenzia delle Entrate -, a seguito della riduzione del 10% del canone, sussisterebbe ***"incertezza in ordine al mantenimento dei benefici di cui alla cedolare secca"***: detta perplessità trae origine dalla circostanza che, in effetti, all'art. 21 dell'Accordo Territoriale del 25 giugno 2020 viene affermato – con espressione non proprio cristallina – che ***"... la riduzione di cui al presente articolo si applicherà a condizione del riconoscimento e mantenimento delle misure fiscali di cui alla cedolare secca da parte dell'Agenzia delle Entrate"***.

Al fine di risolvere l'*impasse*, il locatore sottoponeva all'Agenzia delle Entrate i seguenti quesiti:

1. se l'applicazione della riduzione del canone di cui all'art. 21 dell'Accordo Territoriale (10% del valore massimo delle rispettive fasce di oscillazione) sia in contrasto con l'art. 3, co. 11, D.Lgs. n. 23/2011, a cui tenore "Nel caso in cui il locatore opti per l'applicazione della cedolare secca è sospesa, per un periodo corrispondente alla durata dell'opzione, la

facoltà di chiedere l'aggiornamento del canone, anche se prevista nel contratto a qualsiasi titolo ...”;

2. se la citata riduzione debba essere prevista all'interno del contratto sottoscritto dalle parti, come parrebbe doversi interpretare sulla scorta del tenore letterale dell'art. 21 Accordo Territoriale 25 giugno 2020, o se sia sufficiente la previsione versata in scrittura privata *ad hoc*, da sottoscrivere e registrare contestualmente al contratto di locazione.

LA RISPOSTA DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

Quanto al primo quesito, l'Agenzia delle Entrate, richiamati i contenuti della **Legge n. 431/1998** e del **decreto interministeriale 16 gennaio 2017** in materia di locazioni abitative a canone agevolato, conclude ritenendo **compatibile** la clausola di riduzione del canone prevista dall'accordo territoriale (in favore del conduttore) con il regime di tassazione agevolato della cedolare secca (in favore del locatore).

In effetti – si legge nella risposta n. 165 del 9 marzo 2021 dell'Agenzia delle Entrate – “... considerata la particolare situazione emergenziale che giustifica l'inserimento, **in maniera automatica e temporanea**, di tale clausola nei contratti di locazione, **allo scopo di tutelare entrambe le parti contrattuali, si ritiene che il regime agevolativo della “cedolare secca” non sia impedito dall'eventuale efficacia di tale clausola ...”.**

Quanto poi al secondo quesito, l'Agenzia delle Entrate precisa che le parti contrattuali possono liberamente decidere se inserire la clausola direttamente all'interno del contratto di locazione ovvero se prevedere un'autonoma scrittura privata da sottoscrivere e registrare contestualmente al contratto di locazione.

IL COMMENTO

La risposta n. 165 del 9 marzo 2021 dell'Agenzia delle Entrate ha ad oggetto l'interpretazione dell'art. 21 dell'Accordo Territoriale 25 giugno 2020 dalle associazioni di categoria dei proprietari e degli inquilini per la **città di Firenze** e Comuni limitrofi.

Quest'ultima disposizione, ancorché non avente carattere generale ma efficacia limitata al territorio della città di Firenze e dei comuni limitrofi indicati nell'Accordo, merita di essere commentata per due ordini di motivi: perché si prefigge di supportare la parte conduttrice nella fase emergenziale – peraltro nell'ambito delle **locazioni abitative** – e perché rappresenta un esempio virtuoso di quando lo Stato (o la Regione o l'ente locale, a seconda), intervengono sopportando il “peso” del sacrificio (economico) imposto al locatore, a beneficio del conduttore^[1].

1) L'art. 21 dell'Accordo Territoriale sulle locazioni abitative del 25 giugno 2020

Dando atto – con significativa espressione idonea a superare impostazioni ideologiche (oggi

più che mai) anacronistiche – che “... tutte le categorie, ivi compresa la categoria dei proprietari immobiliari, sono colpite in modo trasversale dalla crisi economica conseguente alla epidemia Covid 19, come tutte le altre categorie sociali ed economiche ...” e che “... appare altresì opportuno recuperare all'interno del mercato locativo residenziale gli immobili in precedenza destinati ad attività turistico-ricettive sostenendo con ciò il recupero del tessuto urbano e sociale”, l'Accordo Territoriale delle organizzazioni sindacali, delle associazioni degli inquilini e dei proprietari dell'Area Metropolitana Fiorentina introduce la clausola di cui all'art. 21, da inserire nei contratti di locazione a canone agevolato.

Uno degli aspetti più interessanti della disposizione in parola, per quanto riguarda i **contratti stipulati sotto la vigenza dell'Accordo Territoriale 25 giugno 2020**, è il suo carattere automatico e obbligatorio, oltreché temporaneo: “... per un periodo di sei mesi dalla sottoscrizione [dell'accordo], salva proroga in forza di accordo tra le predette OO.SS., verrà operata una riduzione del valore massimo delle rispettive fasce di oscillazione per una percentuale del 10%. La riduzione perderà automaticamente efficacia dopo sei mesi dall'entrata in vigore del presente accordo, salva proroga per eguale o differente periodo che verrà eventualmente concordata dalle OO.SS. firmatarie dell'accordo, le quali dovranno riunirsi un mese prima del termine di cui sopra a tal fine”.

Quanto invece a “tutti i contratti anche già in vigore per i quali le parti non abbiano autonomamente raggiunto un accordo per la riduzione del canone a seguito delle difficoltà economiche discendenti dall'emergenza sanitaria che abbiano comportato una riduzione del reddito del conduttore”, l'art. 21 precisa che “... ciascuna delle parti contrattuali potrà adire la commissione di conciliazione di cui al precedente art. 19 ...”, disposizione quest'ultima che rinvia all'art. 6 del decreto interministeriale 16 gennaio 2017, recante “Commissioni di negoziazione paritetica e conciliazione stragiudiziale”, quale alternativa da promuovere prima dell'azione giudiziale.

Ciò premesso, l'art. 21 dell'Accordo Territoriale 25 giugno 2020 specifica quattro condizioni riguardanti la riduzione del 10% del canone di locazione, avente di fatto una funzione perequativa del sacrificio imposto alla parte locatrice, in favore della parte conduttrice:

a) in primo luogo, **la riduzione de qua verrà operata sul valore massimo della fascia di oscillazione di riferimento.**

Com'è noto, il concetto di “fascia di oscillazione” è contenuto, in prima battuta, nell'art. 1, co. 1, decreto interministeriale 16 gennaio 2017, secondo cui “Gli accordi territoriali ... stabiliscono fasce di oscillazione del canone di locazione all'interno delle quali, secondo le caratteristiche dell'edificio e dell'unità o porzione di unità immobiliare, è concordato, tra le parti, il canone per i singoli contratti”; il successivo comma 3 chiarisce il criterio utilizzato dalla contrattazione territoriale per la determinazione dei canoni all'interno delle singole aree o aggregazioni di microzone: “... gli accordi territoriali prevedono un valore minimo ed un valore massimo del canone che costituiscono, rispettivamente, il limite minimo e massimo di una o più fasce di oscillazione”. Completa la tecnica di determinazione del canone il successivo comma 4, secondo cui “Nella

definizione del canone effettivo, collocato tra il valore minimo e il valore massimo delle fasce di oscillazione, le parti contrattuali ... tengono conto dei seguenti elementi: a) tipologia dell'alloggio; b) stato manutentivo dell'alloggio e dell'intero stabile; c) pertinenze dell'alloggio ...; d) presenza di spazi comuni ...; e) dotazione di servizi tecnici ...; f) eventuale dotazione di mobilio”[2];

b) in secondo luogo, **la riduzione del 10% è compatibile solo con i contratti di locazione agevolati in cui il canone effettivo, pattuito dalle parti, sia superiore al 90% del canone massimo della rispettiva fascia di oscillazione**: diversamente, la misura finirebbe per incidere in modo eccessivo sul locatore;

c) in terzo luogo, **la riduzione del canone nella misura del 10% si applica a condizione che nel Comune di riferimento sia stata approvata la misura di agevolazione IMU di cui all'art. 12 dell'accordo**[3]: in altre parole, la facoltà del conduttore di richiedere ed ottenere la riduzione del canone del 10% deve necessariamente essere bilanciata dal **diritto del locatore di beneficiare dell'applicazione della tariffa IMU al minimo di legge**, in forza di accordo assunto in sede locale tra Comune e parti sociali (sicché è l'ente comunale a farsi carico del sacrificio economico gravante sul proprietario-locatore); da notare che l'art. 21 dell'Accordo Territoriale richiede espressamente il **rilascio di apposita certificazione di esistenza delle condizioni per avvalersi delle agevolazione IMU**, da parte delle organizzazioni firmatarie[4];

d) infine, quale presupposto all'origine dell'interpello del contribuente-locatore all'Agenzia delle Entrate, **la riduzione del 10% del canone si applica “... a condizione del riconoscimento e mantenimento delle misure fiscali di cui alla cedolare secca da parte della Agenzia delle Entrate”**: anche in questo caso l'accordo implica che lo Stato si assuma, per conto del locatore, il “prezzo” del beneficio riconosciuto al conduttore ma, a differenza dell'agevolazione sull'IMU cui fa fede un'intesa sul punto tra il Comune e le OO.SS., in merito al mantenimento del regime fiscale agevolato occorre, in effetti, il chiarimento che segue.

2) La risposta dell'Agenzia delle Entrate n. 165 del 9 marzo 2021[5]

La risposta n. 165 dell'ente pubblico in commento svolge una lunga elencazione delle norme sottese alla soluzione del quesito, segnatamente: l'art. 2, commi 2-3-4, Legge n. 431/1998 (contratti di locazione abitativa a canone agevolato), nonché l'art. 1, commi 1-3-7-8-10 e l'art. 7, commi 1 e 3 del decreto interministeriale 16 gennaio 2017[6].

Tutto ciò allo scopo evidente di consacrare la legittimità sostanziale dell'Accordo Territoriale (peraltro non contestata), il cui contenuto è conforme alle disposizioni di legge e regolamento statali.

Resta quindi da sciogliere il dubbio in ordine alla **compatibilità della previsione contrattuale, di cui all'art. 21 dell'accordo, con il mantenimento del regime fiscale agevolato della cedolare secca (art. 3, D. Lgs. n. 23/2011)**, segnatamente rispetto al comma 11, a cui tenore **“Nel caso in cui il locatore opti per l'applicazione della cedolare secca è sospesa, per un periodo corrispondente alla durata dell'opzione, la facoltà di chiedere l'aggiornamento del canone, anche se prevista nel**

contratto a qualsiasi titolo, inclusa la variazione accertata dall'ISTAT (...) Le disposizioni di cui al presente comma sono inderogabili". In altre parole, il contribuente-locatore avanza il dubbio che il regime della cedolare secca sia incompatibile con qualsivoglia forma di "aggiornamento del canone", sia essa intesa in senso stretto, come nel caso dell'aggiornamento ISTAT, ovvero in senso lato, come nel caso della riduzione del canone del 10%, di cui si discute.

Tuttavia – dichiara l'ente interpellato, confermando la correttezza dell'interpretazione della norma proposta dal contribuente – **la misura di cui all'art. 21 dell'Accordo Territoriale non configura un "aggiornamento del canone" bensì una "riduzione del canone", obbligatoria e non convenzionale** (com'è invece, per dottrina e giurisprudenza pacifiche, l'aggiornamento ISTAT del canone, sia nelle locazioni ad uso abitativo che ad uso diverso). Sicché **non vi è incompatibilità tra il mantenimento del regime fiscale agevolato e la riduzione del canone**, senza contare che siffatta interpretazione conferisce equità ed equilibrio al rapporto contrattuale.

Da ultimo, a chiusura dell'interpello, l'Agenzia delle Entrate precisa la sostanziale irrilevanza dell'inserimento della clausola di cui all'art. 21 dell'accordo all'interno del contratto o in separata scrittura privata: le parti possono quindi scegliere liberamente la modalità preferibile.

[1] Già nella primavera del 2020, a partire dalle prime fase dell'emergenza sanitaria da Covid-19, i commentatori avevano iniziato ad interrogarsi sulle sorti dei **contratti di locazione di immobili adibiti a svolgimento di attività produttive o commerciali**, a causa della sospensione forzata delle attività d'impresa, e sui possibili rimedi esperibili: tra i primi che hanno scritto in merito si vedano: LUPPINO S., *"I canoni di locazione ai tempi del Coronavirus"*, Santarcangelo di Romagna, aprile 2020 (collana *ebook*); in linea con le argomentazioni ivi sancite, anche Corte di Cassazione, relazione n. 56 dell'8 luglio 2020, ufficio del massimario e del ruolo, *"Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale"*, pag. 19 e ss., affermava che *"... Il Covid potrebbe condurre ad aprire una breccia nella formalistica lettura della regola pacta sunt servanda codificata nell'art. 1372 c.c. La pandemia mette in luce come il principio della vincolatività del contratto si presti ad essere assolutizzato, suggerendo di per sé un contemperamento con l'altro principio del rebus sic stantibus, qualora per effetto di accadimenti successivi alla stipulazione del contratto o ignoti al momento di questa o, ancora, estranei alla sfera di controllo delle parti, l'equilibrio del rapporto si mostri sostanzialmente snaturato ... La rinegoziazione, a fronte di sopravvenienze che alterano il rapporto di scambio, diventa, pertanto, un passaggio obbligato, che serve a conservare il piano di costi e ricavi originariamente pattuito, con la conseguenza che chi si sottrae all'obbligo di ripristinarlo commette una grave violazione del regolamento contrattuale ..."*.

[2] Per un'analisi generale dei criteri per definire i canoni nella contrattazione territoriale (sia nei contratti di cui all'art. 2, co. 3, L. 431/1998 che nei contratti di locazione transitoria e per studenti universitari) alla luce del decreto interministeriale 16 gennaio 2017, sia consentito di rinviare alla recente pubblicazione di OTTOLINA I., *"Affitti brevi"*, Santarcangelo di Romagna, 2021 (collana *ebook*), pagg. 10 e ss.

[3] Art. 12 accordo territoriale 25/06/2020: *“Per gli immobili siti nel Comune di Firenze, ove il canone effettivo convenuto dalle parti sia inferiore del 10% rispetto al canone massimo calcolato secondo le norme di cui al presente accordo, il locatore avrà diritto all’applicazione della tariffa minima dell’imu prevista dalla legge, in virtù del Protocollo sottoscritto fra le OO.SS ed il Comune di Firenze. Detta disposizione potrà essere estesa anche agli immobili siti negli altri Comuni di cui al presente accordo laddove venga sottoscritto un Protocollo in tal senso con la rispettiva amministrazione comunale. Suddetta agevolazione verrà altresì riconosciuta ai locatori che concorderanno la riduzione del canone di locazione dei contratti già in essere ad un importo inferiore al 10% rispetto al canone stabilito contrattualmente così come ai locatori che decideranno di sottoscrivere un nuovo contratto concordato inferiore del 10% rispetto al canone massimo calcolato secondo le norme di cui al presente accordo risolvendo un contratto a canone libero, transitorio o locazione breve in essere. **Suddetta agevolazione sarà altresì riconosciuta a tutti i locatori che andranno a stipulare un contratto di locazione agevolato nel periodo di riduzione del canone massimo di cui all’art. 21 per la durata del periodo di riduzione.** La concessione di tali agevolazioni sarà condizionata al rilascio di apposita certificazione rilasciata dalle OO.SS. all’interno dell’attestazione di cui al d.m. 16/01/2017” (il riferimento è all’**art. 1, co. 8 del decreto interministeriale**, secondo il quale le parti contrattuali possono **a) farsi assistere** dalle organizzazioni della proprietà edilizia e dei conduttori **nella definizione del canone effettivo** – opzione facoltativa – ovvero **b) farsi attestare** – opzione obbligatoria – sulla base degli elementi oggettivi dichiarati dai contraenti, *“a cura e con assunzione di responsabilità”* da parte di almeno un’organizzazione firmataria dell’accordo, **la rispondenza del contenuto economico e normativo del contratto all’accordo stesso, anche con riguardo alle agevolazioni fiscali**).*

[4] L’agevolazione IMU ha, quale supporto normativo, l’**art. 2, co. 4, Legge n. 431/1998**, a cui tenere *“Per favorire la realizzazione degli accordi di cui al comma 3, i comuni possono deliberare, nel rispetto dell’equilibrio di bilancio, aliquote dell’imposta comunale sugli immobili (ICI)”* – oggi sostituita dall’IMU – *“più favorevoli per i proprietari che concedono in locazione a titolo di abitazione principale immobili alle condizioni definite dagli accordi stessi ...”*.

[5] Il diritto di interpello, presupposto della risposta resa dall’Agenzia delle Entrate, è previsto e regolato dall’art. 11 Legge n. 212/2000: ai sensi del comma 3, *“... La risposta, scritta e motivata, vincola ogni organo della amministrazione con esclusivo riferimento alla questione oggetto dell’istanza e limitatamente al richiedente. Quando la risposta non è comunicata al contribuente entro il termine previsto, il silenzio equivale a condivisione, da parte dell’amministrazione, della soluzione prospettata dal contribuente. Gli atti, anche a contenuto impositivo o sanzionatorio difformi dalla risposta, espressa o tacita, sono nulli. Tale efficacia si estende ai comportamenti successivi del contribuente riconducibili alla fattispecie oggetto di interpello, salvo rettifica della soluzione interpretativa da parte dell’amministrazione con valenza esclusivamente per gli eventuali comportamenti futuri dell’istante”*. Sull’efficacia vincolante per le parti della risposta ad interpello, si vadano, *ex multis*, Cass. civ., sez. V, 13/01/2017 n. 735; Cass. civ., sez. V, 17/07/2017 n. 16331.

[6] Dell’art. 1, co. 1-3-8 del D.M. 16/01/2017 si è già detto; quanto al comma 7, esso stabilisce che *“... Gli accordi territoriali possono stabilire gli elementi oggettivi che determinano una riduzione*

del canone massimo” mentre il comma 10 sancisce che “***I contratti di locazione di cui al presente articolo sono stipulati esclusivamente utilizzando il tipo di contratto (Allegato A) che è approvato ai sensi dell’art. 4-bis della legge n. 431 del 1998***”; l’art. 7 del decreto 16 gennaio 2017, invece, al comma 1, afferma che “L’adozione dei tipi di contratto allegati al presente decreto diviene obbligatoria, negli ambiti territoriali interessati, dal deposito degli accordi ...” mentre, al comma 3, sancisce che “In caso di inesistenza di accordo a livello locale, i valori di riferimento sono quelli definiti dalle condizioni previste dal decreto ministeriale di cui all’art. 4, comma 3, della richiamata legge n. 431 del 1998”.

Seminario di specializzazione

LOCAZIONI IMMOBILIARI AI TEMPI DEL COVID-19

 Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

[accedi al sito >](#)

Diritto successorio e donazioni

L'operare della collazione in assenza di "relictum"

di **Matteo Ramponi**

Cassazione Civile, Sez. 6, ordinanza n. 509 del 14 gennaio 2021

DIVISIONE EREDITARIA – OPERAZIONI DIVISIONALI – FORMAZIONE DELLO STATO ATTIVO DELL'EREDITÀ – COLLAZIONE ED IMPUTAZIONE – Collazione – Presupposti – Asse da dividere – Esistenza – Necessità – Fondamento.

La collazione presuppone l'esistenza di una comunione ereditaria e, quindi, di un asse da dividere, mentre, se l'asse è stato esaurito con donazioni o con legati, o con le une e con gli altri insieme, sicché viene a mancare un "relictum" da dividere, non vi è luogo a divisione e, quindi, neppure a collazione, salvo l'esito dell'eventuale azione di riduzione.

Disposizioni applicate

Articoli 724 e 737 cod. civ.

[1] In seguito alla morte dei propri genitori, Tizia conveniva in giudizio i propri fratelli ancora in vita ed i nipoti succeduti per rappresentazione in luogo dei fratelli premorti, lamentando che gli atti di donazione effettuati dal padre in favore di alcuni dei figli avessero leso la sua quota di legittima.

Per quanto qui di interesse, deve riferirsi come uno dei convenuti, Sempronio, chiamato alla successione per rappresentazione a seguito della rinuncia all'eredità operata dalla madre, nella propria comparsa di costituzione avesse chiesto che la madre facesse tutto quanto necessario al fine di conferire alla massa le donazioni dalla stessa ricevute in vita dal *de cuius* e che le altre convenute fossero condannate del pari a conferire gli immobili ricevuti in donazione a titolo di collazione, procedendosi quindi allo scioglimento della massa in tal modo formata.

Nel corso del giudizio l'attrice rinunciava alla domanda e la rinuncia era accettata da alcuni dei convenuti, con conseguente estinzione del giudizio limitatamente alle domande proposte nei loro confronti. Quanto, invece, alle domande spiegate da Sempronio, il Tribunale adito dichiarava inammissibili la domanda proposta nei confronti della madre e quella di scioglimento della comunione ereditaria con il rigetto di tutte le altre domande da lui formulate.

Tale sentenza veniva impugnata da Sempronio, ma la Corte rigettava l'appello.

Lo stesso, pertanto, proponeva ricorso in Cassazione, articolato su un solo motivo

[2] In particolare, Sempronio richiamava *“il carattere automatico della collazione per effetto dell’apertura della successione, contestandosi l’affermazione del giudice di appello che ha negato l’operatività della stessa collazione (con la conseguente possibilità di ricreare una massa comune) per l’assenza di un relictum”*.

La Corte d’Appello, effettivamente, aveva rilevato che *“la collazione può operare solo se residui un relictum, sicché nella diversa ipotesi in cui l’asse sia stato completamente assorbito da donazioni, l’unico rimedio concesso all’erede, che sia anche legittimario, è quello dell’azione di riduzione*.

Il Tribunale aveva rilevato che non vi era sostanzialmente relictum “ad eccezione di alcuni beni mobili non compiutamente individuati”, e tale affermazione era stata genericamente contestata dall’appellante, che non aveva indicato quali fossero le componenti attive ancora esistenti alla data del decesso.

Non era possibile far rientrare, tramite la collazione, beni donati dal de cuius, anche nel caso in cui i donatari abbiano poi rinunciato all’eredità.

Del pari priva di fondamento era la pretesa di far rientrare le donazioni effettuate alla madre dell’appellante, che aveva a sua volta rinunciato all’eredità.

In assenza quindi di una comunione ereditaria risultava superfluo anche accertare se vi fossero o meno altri eredi, posto che si tratta di accertamento funzionale ad una domanda di scioglimento della comunione che nella specie non poteva avere sfogo”.

Con la sentenza in commento, viene confermata la statuizione di secondo grado, ritenuta in armonia con il principio reiteratamente affermato dalla Giurisprudenza di legittimità secondo cui *“la collazione presuppone l’esistenza di una comunione ereditaria e, quindi, di un asse da dividere, mentre, se l’asse è stato esaurito con donazioni o con legati, o con le une e con gli altri insieme, sicché viene a mancare un “relictum” da dividere, non vi è luogo a divisione e, quindi, neppure a collazione, salvo l’esito dell’eventuale azione di riduzione”*.[\[1\]](#)

Gli Ermellini puntualizzano, altresì, come non rilevi *“ai fini dell’applicazione della collazione la circostanza che residui un relictum, di sia pur modico valore, elemento questo che potrebbe avere rilievo nel caso di specie, avendo i giudici di appello ritenuto irrilevante – in quanto non adeguatamente dettagliata – l’affermazione di parte appellante secondo cui sarebbero caduti in successione alcuni beni mobili non compiutamente individuati, con apprezzamento in fatto che non risulta contrastato dalla difesa di Sempronio”*.[\[2\]](#)

Altro aspetto valutato dai Giudici riguarda la circostanza della rinuncia all’eredità operata, nel caso di specie, dai donatari/chiamati all’eredità. Sul punto, si afferma che *“la collazione ereditaria, alla quale sono reciprocamente tenuti i coeredi discendenti, essendo diretta ad*

accrescere la massa che deve effettivamente dividersi tra costoro, ha luogo soltanto nei rapporti di quei coeredi che siano soggetti attuali della comunione ed abbiano, di conseguenza, titolo a concorrere nella divisione dell'asse". Non poteva, pertanto, in alcun caso ritenersi che le convenute, avendo rinunciato all'eredità, partecipassero ad una ipotetica comunione ereditaria.

[3] La pronuncia della Suprema Corte conferma l'orientamento giurisprudenziale che può definirsi consolidato in materia: solo in presenza di una massa ereditaria può ritenersi operante l'obbligo di collazione delle liberalità in vita ricevute dai coeredi.

Tale opinione si fonda sulla considerazione che non sarebbe possibile parlare di collazione in assenza di una divisione; ed una divisione non può certo configurarsi in mancanza di un patrimonio. La collazione troverebbe ragione di essere, in ipotesi come quella oggetto della sentenza *de qua*, solo a seguito del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione.[\[3\]](#)

Non può, tuttavia, sottacersi l'esistenza di una opposta tesi, sostenuta da numerosa ed autorevole dottrina.[\[4\]](#)

Tali autori ritengono che una comunione ereditaria possa sorgere anche in ragione della sola collazione: saranno proprio i beni oggetto di donazione a concorrere alla formazione della massa ereditaria. Requisito essenziale sarebbe, pertanto, non la presenza di un *relictum*, bensì "*l'esistenza della delazione ereditaria e l'accettazione del chiamato*".[\[5\]](#)

La giustificazione di tale impostazione viene individuata nella considerazione che risulterebbe paradossale ed iniquo ammettere una divisione in caso di eredità caratterizzate dalla presenza di consistenti debiti ed una massa attiva esigua e, invece, escluderne l'ammissibilità nell'eventualità di assenza di *relictum*: in entrambi i casi, non si avrebbe una reale attribuzione di attività ai comunisti. Si evidenzia, inoltre, l'estrema rarità di ipotesi concrete di successioni con totale assenza di beni lasciati dal defunto.

Nonostante l'autorevolezza e consistenza delle argomentazioni sopra riportate, nel ribadire la netta e contraria posizione assunta dalla Giurisprudenza, preme evidenziare un aspetto per così dire "pratico", a giudizio dello scrivente non di poco conto.

Se anche volesse accogliere la tesi dell'operatività della collazione in ipotesi di mancanza di *relictum*, infatti, non potrebbe in ogni caso prescindere (come anche evidenziato da alcuni fautori della summenzionata tesi) dall'accettazione dell'eredità da parte del chiamato/donatario; e, in assenza di una massa ereditaria, non saranno rinvenibili in capo al chiamato quella situazione di possesso dalla quale discende l'accettazione *ope legis* dell'eredità (art. 485 cod. civ.) ovvero il compimento di un atto che comporti accettazione tacita dell'eredità. Prima di poter agire in giudizio per ottenere la collazione e divisione ereditaria, sarà, dunque, probabilmente necessario ricorrere alla c.d. *actio interrogatoria* ex art. 481 cod. civ., al fine di sollecitare una manifestazione di volontà (di accettare o meno) da parte del chiamato. E, inevitabilmente, lo stesso sarà portato a non accettare l'eredità, posto che le

conseguenze di un acquisto della qualità di erede sarebbero per lui esclusivamente “negative”: parteciperebbe, *pro quota*, alla divisione di un bene che, allo stato, risulta interamente suo.

La tesi qui criticata, pertanto, non sembra effettivamente rispondere alle esigenze equitative che dichiara di voler soddisfare. Solo un operare effettivamente automatico dell’istituto in esame per il solo fatto materiale dell’apertura della successione garantirebbe una piena tutela degli interessi dei potenziali coeredi non beneficiari di attribuzioni a titolo liberale; ma una simile conclusione non è da alcuno ritenuta ammissibile, essendo pacifico, come detto, il sorgere dell’obbligo collatizio solo a seguito dell’accettazione dell’eredità.

[1] Così Cass. Civ., Sez. 2, Sentenza n. 15026 del 14/06/2013; si veda, altresì, Cass. Civ. Sez. 2, Sentenza n. 13660 del 30/05/2017. Come espressamente ricordato nella sentenza in commento, trattasi di affermazione che risale già a Cass. Civ., Sez. 2, Sentenza n. 543 del 05/03/1970, a superamento dell’opposta tesi espressa da Cass. Civ., sentenza n. 1988 del 06/06/1969

[2] In questo senso si veda Cass. Civ. Sez. 2, Sentenza n. 3935 del 25/11/1975: *“la collazione presuppone l’esistenza di una comunione ereditaria e, quindi, di un asse da dividere mentre, se l’asse sia stato esaurito con donazioni o con legati, o con gli uni e con gli altri insieme, si che manchi un relictum, non vi è luogo a divisione e, quindi, neppure a collazione, salvo l’esito dell’eventuale azione di riduzione. Né il fatto che, anche quando il defunto abbia donato in vita o legato tutte le sue sostanze, ciò nonostante, alla sua morte, rimane spesso un relictum, di sia pur modico valore, basta a far considerare l’esistenza di tale relictum come fatto di comune esperienza, tale da rendere sempre esperibile l’azione di collazione”*

[3] In tal senso, Cass. Civ., Sez. 2, Sentenza n. 2704 del 09/07/1975: *“L’obbligo di collazione e l’azione di riduzione concorrono entrambi al risultato di aumentare la massa ereditaria, rendendo inefficaci taluni atti di liberalità compiuti in vita dal defunto, ma la differenza tra i due istituti sta in ciò che, mentre la collazione sacrifica solo i donatari che siano anche coeredi discendenti, senza proteggere il legittimario come tale, invece l’azione di riduzione tende a reintegrare la quota di legittima anche con sacrificio del donatario non erede e non discendente. E poiché la collazione presuppone l’esistenza di una comunione ereditaria, essa può essere compiuta – quando manchi il relictum per avere il defunto donato o legato tutti i suoi beni – solo dopo che sia stata esperita l’azione di riduzione; ma, all’inverso, quando alla morte del de cuius già esista un relictum da dividere, ben può essere domandato l’adempimento dell’obbligo di collazione senza previo esperimento dell’azione di riduzione”*.

In dottrina: PALAZZO, *Le successioni*; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*; CASULLI, voce *Collazione delle donazioni*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 3.

[4] MENGONI, *La divisione testamentaria*; FORCHIELLI, voce *Collazione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*; MORELLI, *La comunione e divisione ereditaria*; BURDESE, *La divisione ereditaria*; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*; ALBANESE, *La collazione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini – vol. IV, *Comunione e divisione ereditaria*.

[5] Così Albanese, op. cit., pag. 440.



Master di specializzazione

DIRITTO SUCCESSORIO

Disponibile anche in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

[accedi al sito >](#)

Diritto e reati societari

La violazione degli obblighi organizzativi di cui all'art. 2086 c. 2° c.c. è qualificabile come una grave irregolarità nella gestione ai sensi dell'art. 2409 c.c.

di **Eleonora Giacometti**

[Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in materia di Impresa, Ordinanza del 18 ottobre 2019](#)

Parole chiave: Società di capitali – società per azioni – obblighi organizzativi – governance – gravi irregolarità – denuncia

Massima: *la condotta dell'amministratore che rilevi tempestivamente uno stato di crisi, senza tuttavia attivarsi con l'adozione di rimedi adeguati, non è in linea con gli obblighi organizzativi previsti dal novellato art. 2086 c. 2° c.c. ed è configurabile come una grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c.*

In particolare, non soddisfa il suddetto obbligo l'amministratore che si limita alla mera ricerca di finanza esterna, ovvero alla mera valutazione della possibilità di cessione di alcuni rami aziendali, senza tuttavia predisporre un preciso piano industriale di ristrutturazione del debito.

Disposizioni applicate: articoli 2086 c.c. e 2409 c.c.

La controversia ha avuto origine da due ricorsi *ex art. 2409 c.c.*, depositati dai membri del Collegio Sindacale di due società per azioni collegate, al fine di denunciare diverse gravi irregolarità nella gestione delle rispettive società, poste in essere da due amministratori unici, succedutisi nella gestione, e comuni ad entrambe le società.

In particolare, i sindaci hanno denunciato irregolarità riconducibili a quattro profili, ossia *(i)* il mancato riscontro a richieste di documentazione e/o informazioni avanzate dal Collegio Sindacale, *(ii)* la mancata regolare tenuta dei libri sociali e contabili, *(iii)* inadempienze ed atteggiamenti omissivi od inerti in ambito organizzativo e gestionale e *(iv)* la commissione di reati, individuati in un decreto di perquisizione locale emesso dalla Procura della Repubblica.

Tali irregolarità sono state confermate anche dal curatore speciale delle due S.p.A., costituitosi in giudizio nell'interesse di entrambe le società.

Verificati i documenti contabili agli atti, e sentiti gli amministratori in giudizio, il Tribunale delle imprese di Milano ha innanzitutto evidenziato che, anche a voler prescindere dalle

risultanze delle indagini penali e dai sopra indicati rilievi in tema di inadeguatezza delle risultanze contabili (ed in particolare dei test adottati per stimare il valore delle farmacie oggetto dei giudizi), nel caso di specie le gravi irregolarità erano evidenti soprattutto sotto il profilo della violazione degli obblighi organizzativi di cui al novellato art. 2086 c. 2° c.c. (in base al quale l'imprenditore ha il *"dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale"*).

Il Tribunale ha infatti osservato che la situazione gravemente critica delle due società coinvolte era emersa dalle stesse dichiarazioni rese in udienza dagli amministratori, secondo le quali:

(a) le società avevano effettivamente la necessità di essere ricapitalizzate ed erano in grado di far fronte alle obbligazioni correnti, ma non alle posizioni debitorie risalenti; e

(b) era quindi iniziata una procedura di ricerca di nuovi finanziatori ed era già stato contattato un fondo e, qualora tale fondo non avesse accettato di finanziare le società, avrebbe potuto prospettarsi la cessione di alcune farmacie rientranti nel patrimonio sociale.

Secondo gli amministratori, quindi, era concretamente configurabile un vero e proprio stato di crisi dei due enti, i quali non erano più in grado di assicurare un equilibrio finanziario neppure nel futuro più prossimo, ma allo stesso tempo erano anche già state adottate delle iniziative per uscire dalla crisi, con ciò escludendo la loro responsabilità in merito ai propri obblighi di gestione.

Al riguardo, il Tribunale ha tuttavia osservato che il reperimento di finanza esterna risultava – dalla stessa illustrazione degli amministratori – del tutto ipotetico ed, in ogni caso, non era stato recepito da alcun preciso piano industriale di ristrutturazione del debito.

In tale situazione, quindi, la mera "ricerca di finanziatori interessati all'acquisto delle azioni" ovvero la mera valutazione della possibilità di "cessione di alcune delle farmacie rientranti nel patrimonio delle SpA", non potevano considerarsi condotte in linea con i doveri gestori oggi predicati dall'art. 2086 c. 2° c.c.

Per tale ragione, il Tribunale ha quindi concluso confermando che la violazione degli obblighi organizzativi di cui alla suddetta norma è indubbiamente qualificabile come una grave irregolarità nella gestione ai sensi dell'art. 2409 c.c., con ciò disponendo la revoca degli amministratori coinvolti nel giudizio e la nomina di un amministratore giudiziario per entrambe le società, per un periodo di sette mesi, con il compito di provvedere alla gestione ordinaria e straordinaria delle società medesime (ed, in particolare, di verificare la loro situazione contabile, redigere un progetto del bilancio appurando la ricorrenza della continuità aziendale ed adottando, se necessario, le opportune conseguenti iniziative di ristrutturazione).

10[^] EDIZIONE

Master di specializzazione

SOCIETÀ DI CAPITALI

 **Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!**

[accedi al sito >](#)

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Insolvenza transfrontaliera: le Sezioni Unite chiariscono il criterio per individuare la giurisdizione in caso di trasferimento della sede legale di una società

di Chiara Zamboni

Cass. Civ. Sezioni Unite, 17 dicembre 2020, n. 28981

Parole chiave

Insolvenza transfrontaliera – fallimento – competenza giurisdizionale internazionale – criteri oggettivi – presunzione – sede statutaria – trasferimento – COMI.

Massima

La Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, ha chiarito che ai fini della determinazione della competenza giurisdizionale in caso di procedura di insolvenza transfrontaliera il giudice nazionale è tenuto a verificare l'operatività della presunzione di corrispondenza tra sede statutaria e COMI solo nel caso in cui la sede legale sia stata trasferita in un altro Stato membro più di tre prima rispetto alla domanda di apertura della procedura concorsuale. Permane, in ogni caso, la possibilità di superare la medesima presunzione fornendo una prova che attesti che, nonostante il trasferimento della sede legale in altro Stato membro, l'attività principale continui ad essere svolta in altro Stato (COMI).

La Suprema Corte ha precisato, inoltre, che l'accertamento sull'individuazione del COMI spetta al giudice di merito e non è sindacabile nel giudizio di legittimità.

Riferimenti normativi

Art. 3 Reg. 848/2015.

CASO

Con la sentenza in esame la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, si è pronunciata su una questione in materia di insolvenza transfrontaliera, ed in particolare sulla presunzione di coincidenza tra il COMI ed il luogo in cui si trova la sede legale della società, presunzione prevista per facilitare l'individuazione della giurisdizione ai sensi del Reg. 848/2015.

SOLUZIONE

La Corte di Giustizia ha ribadito che, ai sensi del Reg. 848/2015, la presunzione secondo la quale il centro degli interessi principali della persona fisica insolvente coincide con il luogo in cui sia situata la sede legale non opera nel caso in cui la società abbia trasferito la sede legale nei tre mesi antecedenti l'istanza di fallimento. Inoltre, ha chiarito che l'individuazione del COMI, ai fini del radicamento della giurisdizione, è di competenza del giudice del merito e si tratta di un accertamento "de facto" non sindacabile nel giudizio di legittimità.

QUESTIONI

Il Tribunale di Reggio Emilia ha dichiarato il fallimento della Alfa s.r.l., società con sede in Portogallo.

Contro la sentenza la Alfa ha interposto un reclamo deducendo il difetto di giurisdizione del giudice italiano. Il reclamo è stato respinto dalla Corte d'Appello che ha evidenziato che il trasferimento della sede legale della Alfa s.r.l. in Portogallo era avvenuto nei tre mesi antecedenti la domanda di apertura concorsuale. A tal riguardo, ha chiarito che la **presunzione** di coincidenza del centro degli interessi principali del debitore (COMI) con la sede legale delle persone giuridiche è superabile attraverso elementi indiziari che dimostrino che la nuova collocazione sia meramente fittizia. Nel caso in esame, la Corte ha accertato che il trasferimento di sede che non ha comportato un trasferimento dell'attività della società che ha continuato a esercitare presso la sede italiana.

La Alfa s.r.l. ha, così, proposto ricorso per la cassazione della sentenza.

Tra i motivi di ricorso, la Alfa s.r.l. ha denunciato la **violazione e/o falsa applicazione** di norme di diritto, lamentando il difetto di giurisdizione del giudice italiano ai sensi dell'art. 9 l. fall. E dell'art. 3 Reg. 1346/2000 oltre all'omessa, insufficiente e/o contraddittoria motivazione circa il fatto controverso e decisivo per il giudizio, costituito dall'aver ritenuto che il centro degli interessi della società fosse in Italia e non coincidesse con lo Stato dove la società aveva la sede statutaria.

La Alfa s.r.l. ha ribadito che il trasferimento della sede legale all'estero fosse avvenuto prima della dichiarazione di fallimento e, conseguentemente, ai sensi dell'art. 3 del Reg. 1346/2000 secondo il quale la giurisdizione si radica nel luogo in cui vi sia il centro degli interessi principali che si presume essere coincidente con la sede legale, era competente il giudice del Portogallo. Secondo la ricorrente, i creditori erano edotti del trasferimento della sede e della cessazione dell'attività in Italia.

A sostegno del proprio motivo di ricorso, la ricorrente ha evidenziato che la Corte d'Appello avrebbe operato in violazione dell'art. 3 Reg. 1346/2000 ritenendo non idonee e sufficienti le prove presentate da Alfa s.r.l. a sostegno dell'avvenuto trasferimento dell'attività. In particolare, non è stato ritenuto sufficiente il fatto che la società fallita risultasse essere totalmente partecipata da un socio spagnolo, residente in Portogallo, che si occupava della gestione, provando, quindi, il trasferimento del centro direttivo, amministrativo e di controllo

della società.

La Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, ha dichiarato inammissibile il motivo di ricorso.

In primo luogo, la Corte ha chiarito che il caso in esame è disciplinato dal Reg. 848/2015 relativo alle procedure di insolvenza. Il Reg. 848/2015 ha sostituito il Reg. 1346/2000, erroneamente indicato dalla ricorrente, ed è applicabile dal 26 giugno 2017.

L'art. 3 del Reg. 848/2015 disciplina la **competenza giurisdizionale** attribuendo la giurisdizione ai giudici dello Stato membro nel cui territorio sia situato il centro di interessi principali del debitore (**COMI**), ossia il luogo in cui il debitore esercita la gestione dei suoi interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi.

Al fine di facilitare la sua individuazione, sono state elaborate alcune presunzioni *iuris tantum* tra cui, per le società e le persone giuridiche, quella della sua coincidenza con la sede legale.

Temendo che questa presunzione potesse incentivare il fenomeno del **forum shopping**, inducendo ad uno spostamento della sede legale a ridosso dell'apertura di una procedura di insolvenza nella speranza di radicare la giurisdizione in uno Stato più favorevole al creditore insolvente, si è ritenuto necessario introdurre alcune limitazioni.

Ai sensi del Considerando 30, la **presunzione** è sempre **superabile** in presenza di indici probatori contrari e, in ogni caso, la presunzione di coincidenza tra COMI e sede legale deve essere respinta se l'amministrazione centrale della società è situata in un Paese diverso dalla sede legale e, da una valutazione globale degli elementi rilevanti, emerge che il centro effettivo di direzione e controllo della società è situato in altro Stato membro.

A ciò si aggiunge che tale presunzione si applica solo nel caso in cui la sede legale **non** sia stata **trasferita** in un altro Stato membro entro il periodo di **tre mesi** precedente la domanda di apertura della procedura di insolvenza.

Tra gli **indici probatori** che possono portare al superamento della presunzione di coincidenza tra COMI e sede legale si può prendere in considerazione la discontinuità aziendale, l'assenza di collegamenti significativi tra l'organo amministrativo della società e l'estero, il mancato trasferimento effettivo del centro direttivo, amministrativo o organizzativo della società.

Queste limitazioni raccolgono le esperienze del precedente Reg. 1346/2000 e della relativa giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Così ricostruita la disciplina di riferimento, la Corte di Cassazione ha evidenziato che nel caso in esame spettava al giudice individuare il COMI per verificare la propria competenza giurisdizionale, come correttamente fatto dalla Corte d'Appello.

La Corte ha poi colto l'occasione per ribadire, in continuità con le precedenti pronunce sul

punto, che l'accertamento circa l'individuazione del COMI è rimesso a **valutazione in fatto** del giudice di merito e che, conseguentemente, non è sindacabile in sede di legittimità.

Ala luce di quanto esposto, la Corte ha dichiarato l'inammissibilità del motivo di ricorso ritenendo che il mero trasferimento della società in un diverso Stato membro non sia sufficiente a giustificare il radicamento della giurisdizione in detto Stato.



10[^] EDIZIONE

Master di specializzazione

AVVOCATO NELLA CRISI D'IMPRESA

 Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

[accedi al sito >](#)

Diritto Bancario

Anatocismo e usura

di **Fabrizio Cacciafesta** - già professore ordinario di **Matematica Finanziaria**

Anatocismo e usura (nota a sentenza del Tribunale di Roma 8 febbraio 2021): un contributo del Prof. Fabrizio Cacciafesta

Il Trib. Roma 8.2.2021 n. 2441 ha rilevato che «Qualora il piano di ammortamento sia calcolato utilizzando la formula matematica finanziaria della capitalizzazione composta, gli interessi sono qualificati sulla base di una formula esponenziale, mentre qualora sia calcolato secondo la formula della capitalizzazione semplice, gli interessi hanno uno sviluppo lineare», evidenziando altresì che «nel calcolo di mutui ultrannuali la capitalizzazione composta determina un maggior debito per interessi, nella stessa misura degli interessi anatocistici, ma senza che ciò derivi dal fenomeno anatocistico contemplato dall'art. 1283 c.c.» (dello stesso tenore, riguardo all'impiego della capitalizzazione composta nell'ammortamento alla francese, le conclusioni di Trib. Torino 15.9.2020 e 30.5.2019; Trib. Roma 5.5.2020).

L'utilizzo «occulto» della capitalizzazione composta pone un problema di violazione della normativa di trasparenza bancaria (art. 117 TUB), rileva ancora il Tribunale, «atteso che non dichiarando nel contratto il regime di capitalizzazione che governa il piano di ammortamento del prestito, si finisce per negare al mutuatario la effettiva conoscenza del meccanismo applicativo degli interessi».

Nella medesima decisione, il giudice ha ricompreso il «costo occulto» riveniente dall'applicazione del regime composto «nel computo del TEG»: a seguito dell'inclusione del «suddetto costo implicito, in aggiunta a tutte le altre commissioni, remunerazioni e spese, gli interessi corrispettivi pattuiti nel contratto del finanziamento de quo risultano usurari».

Di seguito un contributo del Prof. Cacciafesta, già professore ordinario di Matematica Finanziaria presso l'Università di Roma "Tor Vergata" – Facoltà di Economia, a commento dei profili matematico-finanziari della decisione del Trib. Roma 8.2.2021.

Avv. Fabio Fiorucci

Sull'ormai annosa questione dei prestiti ad ammortamento "francese" la sentenza del Tribunale di Roma n. 2188 (8 febbraio 2021) propone un argomento del tutto nuovo per chi scrive e che, sempre a chi scrive, pare frutto di un fraintendimento inspiegabile. Sarà questo l'oggetto del terzo paragrafo della presente nota, il secondo essendo dedicato ad alcune

osservazioni preliminari.

Avvertiamo che non intendiamo soffermarci sui valori numerici leggibili nella sentenza. Li considereremo senz'altro come correttamente calcolati dal punto di vista aritmetico: non siamo in possesso dei dati necessari per una valutazione diretta, né siamo ad essa interessati. Ci importa qui solo discutere la logica alla base del pronunciamento finale.

Nella sentenza, si ricorda essere *costante orientamento*^[1] di quel Tribunale ritenere che *il piano di ammortamento alla francese non determini di per sé alcun effetto anatocistico connesso alla illegittima capitalizzazione degli interessi pattuiti*. Non riprendiamo questo aspetto, sul quale si contano ormai a decine le conclusioni (spesso contrastanti) dei tribunali italiani^[2]. Semmai, vale la pena postillare la successiva affermazione secondo cui *la peculiarità dell'ammortamento francese sarebbe soltanto quella della diversa costruzione delle rate costanti effettuata al solo fine di privilegiare, nel tempo, la restituzione degli interessi rispetto alla quota capitale*. In realtà, il solo fine dell'ammortamento francese è quello di offrire al debitore la possibilità di estinguere il suo debito mediante una serie di pagamenti tutti uguali: caratteristica che lo rende particolarmente gradito a chi sia percettore di un reddito fisso. Dal punto di vista del mutuante, è invece del tutto indifferente venire rimborsato con un piano di questo, o di qualunque altro tipo; quello che rileva per lui essendo infatti solo il tasso effettivo annuo dell'impiego. Conviene notarlo, a fronte del diffondersi della vera e propria "leggenda metropolitana" secondo la quale gli ammortamenti alla francese sarebbero i preferiti dagli Istituti di credito, perché "più lucrosi"(?) per essi.

La sentenza prosegue osservando che, nel calcolo della rata del piano di ammortamento, vi sarebbe stata la *capziosa sostituzione della legge dell'interesse semplice con quella dell'interesse composto*. In realtà, non pare corretto parlare di "sostituzione capziosa" in relazione all'utilizzo di una formula del tutto standard, in uso esclusivo almeno da decenni. Non a caso, la prima delle due CTU utilizzate per la causa scrive (la sottolineatura è nostra): *Le verifiche effettuate ... permettono di affermare che il piano di ammortamento relativo al finanziamento oggetto di causa è un ammortamento alla francese correttamente applicato secondo le formule classiche della matematica finanziaria*.

Resta valido il rilievo che il contratto non indica il regime finanziario impiegato, e la sentenza ricorda che la *mancata pattuizione del regime finanziario ... potrebbe comportare ... anche la violazione dell'art. 117 TUB*. Argomento sul quale non siamo certo in grado di pronunciarci.

Veniamo all'oggetto principale della nostra nota. Nella sentenza, si sostiene che *il maggior onere a titolo di interessi* conseguente dall'impiego della legge dell'interesse composto in luogo del semplice rappresenta un "*costo occulto*" che andrebbe esplicitamente inserito nel calcolo del TEG da confrontare con la soglia anti-usura. La seconda CTU, non sappiamo se di sua iniziativa o dietro espressa indicazione del Giudice, ha provveduto a calcolare la rata dovuta in interesse semplice: 604,31 euro, contro i 664,90 del caso composto, previsto (se si vuole: nascostamente) dal contratto^[3]. *Ha incluso, quindi, nel calcolo del TEG tale maggior costo sostenuto dal mutuatario*; ed ha per questa via ottenuto il valore del 18,83%; superiore non solo

al 13,68% indicato nel contratto, ma anche, e soprattutto, al tasso soglia usurario, che per quell'epoca e quella categoria ammontava al 16,65%^[4].

Ricapitolando: la rata richiesta (e di fatto pagata dal mutuante, per un certo numero di scadenze) è 664,90, e corrisponde ad un TEG del 13,68%. Poiché non era stato esplicitamente pattuito l'impiego dell'interesse composto, il Giudice ritiene che al mutuatario sia stato occultamente imposto un onere illegittimo di circa 60 euro per rata.

Il problema che vorremmo segnalare è che questa somma, più che "occulta", era "occultata" nell'ammontare di 664,90. Il mutuante pagava periodicamente tale rata, ignaro che contenesse una parte non dovuta^[5]; parte non dovuta di cui però il TEG del contratto (13,68%), ovviamente calcolato sulla base dell'intera rata, teneva e rendeva pienamente conto.

Non c'è dunque alcun bisogno di includere nel calcolo del TEG il maggior costo di 60 euro per scadenza: questo maggior costo già vi si trova. Con l'operazione eseguita, la CTU non ha fatto altro che duplicarlo. Fatto ciò, essa ha ottenuto un tasso (18,83%) che non misura il costo del reale prestito di 37.900 euro netti, rimborsati (al lordo di tutte le spese) con 84 rate mensili da 664,90; ma quello che risulterebbe se la rata fosse ammontata ad oltre 750 euro. Questo prestito inesistente sarebbe, esso sì, usurario.

[1] Qui e nel seguito, tutto quanto scritto in carattere corsivo è citazione letterale dalla sentenza.

[2] E sul quale ci siamo, del resto, già espressi. V. ad es. "A proposito dell'articolo 'Sull'anatocismo nell'ammortamento francese'"; *Banche e Banchieri*, 4, 2015, pp. 528-533.

[3] Sorvoliamo, non perché sia trascurabile ma perché, al contrario, la sua importanza finirebbe per oscurare il filo del ragionamento che qui intendiamo svolgere, il fatto che la CTU ha individuato non "la" rata dovuta in interesse semplice (come abbiamo scritto) ma tre diverse misure di rata, alternativamente utilizzabili per rispondere ad uno dei quesiti posti dal Giudice: *calcoli [la CTU] il rapporto dare ed avere in base al piano di ammortamento in capitalizzazione semplice*. La CTU ha indicato tre possibili di tali piani: diamo qui i valori relativi al piano che produce i risultati meno lontani da quelli corrispondenti all'interesse composto.

[4] È forse bene avvertire che gli altri due piani di cui alla n. 2 portano a valori di TEG ancora maggiori.

[5] Non dovuta, naturalmente, se si accettano le precedenti conclusioni della sentenza...

Master di specializzazione

DIRITTO E CONTENZIOSO BANCARIO

Scopri le sedi in programmazione >

Soft Skills

La mala communication

di **Amalia Di Carlo - Ufficio stampa di Marketude**

Da giorni i riflettori sono puntati sulla cattiva comunicazione. Quella non molto chiara di Astrazeneca, che ha gestito in maniera non ottimale le informazioni da veicolare e le risposte da fornire, sui dubbi riguardanti il proprio vaccino. Quella claudicante della regione Lombardia e delle difficoltà legate proprio alla comunicazione ai cittadini riguardanti gli appuntamenti per le somministrazioni. E si potrebbero fare centinaia di esempi nel corso degli ultimi 12 mesi.

Ora il tema è: comunicare male è molto peggio che scegliere di non comunicare!

La comunicazione non può essere improvvisata.

È come chiedere al primo che passa, e che magari di professione è un architetto, di correre in ospedale e operare un paziente al cuore. Lo fareste? Scommetto di no. A meno che quello sotto i ferri non sia il vostro peggior nemico.

Anche la comunicazione ha le sue regole, va studiata, ed eseguita con professionalità. Non ci si sveglia una mattina comunicatori. E allora ecco le 5 cose da non fare in ambito comunicazione.

Il rischio è l'effetto boomerang, ossia che vi torni indietro un risultato non atteso e che non vi farà di certo piacere.

[CONTINUA A LEGGERE](#)

Master di specializzazione
DIRITTO DELL'E-COMMERCE
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >