

Edizione di martedì 8 novembre 2022

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Domanda di fallimento del creditore e domanda di regolazione della crisi del debitore dopo l'entrata in vigore del codice della crisi

di **Valerio Sangiovanni, Avvocato**

Procedimenti di cognizione e ADR

L'elezione di domicilio presso uno dei difensori non priva la controparte della facoltà di effettuare notificazioni all'altro difensore

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

Esecuzione forzata

La verifica del credito ex art. 499 c.p.c. è indispensabile per la partecipazione alla distribuzione del ricavato dalla vendita

di **Paolo Cagliari, Avvocato**

Obbligazioni e contratti

Il diritto di recesso nel contratto preliminare di vendita in caso di bene pignorato

di **Alessandra Sorrentino, Avvocato**

Comunione – Condominio - Locazione

Valutazione dei fatti costitutivi la prova del credito vantato dall'ex amministratore di condominio verso i condomini già operata dal giudice di merito è insindacabile in sede di legittimità

di **Francesco Luppino, Dottore in giurisprudenza**

Diritto successorio e donazioni

Il diritto al compenso dell'esecutore testamentario

di **Matteo Ramponi, Avvocato**

Diritto e reati societari

Qual è la sorte del finanziamento del socio alla società dopo l'azzeramento della sua partecipazione?

di **Virginie Lopes, Avvocato**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Le misure protettive e cautelari: correttezza e buona fede nell'utilizzo dello strumento e sostenibilità della richiesta

di **Marta Bellini, Avvocato e Professore a contratto Università degli Studi di Verona**

Diritto Bancario

Mutui a stato avanzamento lavori e tasso soglia usura

di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

LEGAL COUNSEL

Avvocate e avvocati: la professione forense al femminile

di **Mario Alberto Catarozzo - Coach, Formatore, Consulente - CEO di MYPlace Communications**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Domanda di fallimento del creditore e domanda di regolazione della crisi del debitore dopo l'entrata in vigore del codice della crisi

di **Valerio Sangiovanni, Avvocato**



Tribunale di Bologna, Sez. 4, 29 settembre 2022, Pres. Florini, Rel. Atzori

Parole chiave

Domanda di fallimento – Domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi – Disciplina transitoria

Massima: *“Nel caso in cui un creditore abbia presentato domanda di fallimento prima del 15 luglio 2022 e il debitore abbia presentato domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi dopo il 15 luglio 2022, le due procedure conservano la loro autonomia, e – alla luce dell’art. 390 del codice della crisi – la domanda di fallimento è disciplinata dalla legge fallimentare mentre la domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi è disciplinata dal codice della crisi”.*

Disposizioni applicate

Art. 40 Codice della crisi (domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza e alla liquidazione giudiziale), Art. 390 codice della crisi (disciplina transitoria)

CASO

Il caso affrontato dal Tribunale di Bologna può essere illustrato come segue. In data 12 luglio 2022 (si badi bene: tre giorni prima dell’entrata in vigore del codice della crisi, avvenuta il 15 luglio 2022), un creditore presenta **domanda di fallimento** nei confronti di un proprio debitore per un credito non soddisfatto di € 46.450,11 concernente il mancato pagamento di contributi previdenziali e versamenti F.I.R.R.

In data 2 settembre 2022 (si badi bene: alcune settimane dopo l'entrata in vigore del codice della crisi), la società resistente si avvale delle possibilità offerte dal nuovo codice della crisi, il quale consente (art. 40 codice della crisi) di avanzare **domanda di accesso a uno degli strumenti di regolazione della crisi**. In particolare la società indebitata chiede di essere ammessa a una procedura di accordo di ristrutturazione oppure di concordato, al fine di evitare la liquidazione giudiziale.

In data 9 settembre 2022 si tiene l'udienza prefallimentare e il creditore ricorrente eccepisce che la domanda di regolazione della crisi (accordo di ristrutturazione o concordato) avanzata dal debitore sarebbe inammissibile ai sensi dell'art. 390 del codice della crisi. **Secondo la tesi del creditore, la società debitrice avrebbe dovuto presentare domanda di concordato** ai sensi della legge fallimentare (ancora applicabile al caso di specie) e non la diversa domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi (non applicabile al caso di specie, essendo stata l'istanza di fallimento presentata prima dell'entrata in vigore del codice della crisi).

SOLUZIONE

Il Tribunale di Bologna accoglie l'eccezione sollevata dalla società debitrice e dà disposizioni per la prosecuzione del procedimento, ritenendo che – poiché il ricorso per l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi è stato presentato dopo l'entrata in vigore del codice della crisi – **si possa applicare il nuovo codice della crisi**, senza che possa più avere rilievo la vecchia legge fallimentare.

QUESTIONI

Il codice della crisi è entrato in vigore il 15 luglio 2022. La questione che viene trattata nel decreto del Tribunale di Bologna è se, in caso di **istanza di fallimento presentata prima dell'entrata in vigore del codice della crisi** (nel caso in esame: in data 12 luglio 2022), le seguenti fasi del procedimento rimangano disciplinate dalla vecchia legge fallimentare oppure debba darsi applicazione al nuovo codice della crisi. Si tratta di questioni di diritto intertemporale, destinate a occupare i nostri tribunali ancora per un po' di tempo.

Per risolvere il problema di quale normativa (fra vecchia legge fallimentare e nuovo codice della crisi) debba applicarsi, bisogna prestare attenzione all'art. 390 del codice della crisi, rubricato "disciplina transitoria". L'art 390 comma 1 codice della crisi prevede che: *"i ricorsi per dichiarazione di fallimento e le proposte di concordato fallimentare, i ricorsi per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione, per l'apertura del concordato preventivo ... depositati prima dell'entrata in vigore del presente decreto sono definiti secondo le disposizioni del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267"*. L'art. 390 comma 2 codice della crisi statuisce poi che: *"le procedure di fallimento e le altre procedure di cui al comma 1, pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché le procedure aperte a seguito della definizione dei ricorsi e delle domande di cui al medesimo comma sono definite secondo le disposizioni del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267"*. Queste disposizioni **parrebbero dare prevalenza alla vecchia legge fallimentare**: basta

che l'iniziativa (anche solo la domanda di fallimento) sia stata presa prima del 15 luglio 2022, affinché il successivo procedimento rimanga disciplinato dalla vecchia legge fallimentare.

Nel caso affrontato dal Tribunale di Bologna si confrontano:

1. l'istanza di fallimento presentata da un creditore (prima del 15 luglio 2022);
2. la domanda di accesso a una procedura di regolazione della crisi presentata dal debitore (dopo il 15 luglio 2022).

Secondo il Tribunale di Bologna, **l'istanza di fallimento e la domanda di accesso a una procedura di regolazione della crisi rimangono separate** e ciascuna è disciplinata dalla legge in vigore nel momento in cui è stata presentata. La soluzione prospettata dal giudice bolognese appare in contraddizione con il testo della legge, la quale – all'art. 390 del codice della crisi – fa salva l'applicazione della legge fallimentare.

Il Tribunale di Bologna spiega che il comma 1 dell'articolo 390 del codice della crisi fa sì riferimento al ricorso per la dichiarazione di fallimento, ma anche alle proposte di concordato fallimentare. **Le proposte di concordato fallimentare vengono presentate quando è già aperto il fallimento**, altrimenti si tratterebbe di un concordato "preventivo" (e non, appunto, "fallimentare"). Inoltre il concordato fallimentare è un modo di chiudere la procedura fallimentare, e – come tale – implica che il fallimento sia già stato aperto. Ne consegue – secondo il giudice bolognese – che, se una proposta di concordato fallimentare fosse presentata prima del 15 luglio 2022, si applicherebbe la legge fallimentare; diversamente, se la proposta di concordato fallimentare fosse presentata dopo il 15 luglio 2022, si applicherebbe il codice della crisi.

Tornando allo specifico caso trattato, il Tribunale di Bologna rileva che la domanda di accesso alle procedure di regolazione della crisi (fra cui rientrano l'accordo di ristrutturazione dei debiti e il concordato) è stata presentata dal debitore in data 2 settembre 2022, quando il codice della crisi era entrato in vigore ormai da alcune settimane. Ne consegue – ritiene il giudice bolognese – che la questione dell'ammissibilità della domanda di accordo di ristrutturazione / concordato (e, più in generale, le corrispondenti procedure) deve essere affrontata secondo le disposizioni del nuovo codice della crisi. In conclusione, il Tribunale di Bologna, con il decreto in commento del 29 settembre 2022, **dà istruzioni per l'esame della domanda di ammissione alla procedura di accordo di ristrutturazione/concordato**, da considerarsi prioritaria rispetto all'esame dell'istanza di fallimento.

Seminari di specializzazione

**NUOVO SOVRAINDEBITAMENTO DOPO IL CODICE DELLA CRISI:
RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI E CONCORDATO MINORE**

Scopri di più >

Procedimenti di cognizione e ADR

L'elezione di domicilio presso uno dei difensori non priva la controparte della facoltà di effettuare notificazioni all'altro difensore

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



Cass., sez. II, 26 settembre 2022, n. 27995, Pres. Bellini – Est. Caponi

[1] Notificazione al domiciliatario ex art. 141 c.p.c. – Esclusività – Limiti – Alternatività rispetto alle ulteriori modalità di notificazione – Sussistenza – Conseguenze – Pluralità di difensori – Possibilità di notifica al difensore non domiciliatario – Fondamento (artt. 141, 170 c.p.c.)

Massima: *“La notificazione presso il domiciliatario ex art. 141 c.p.c. – al di fuori dei casi eccezionali in cui, nell’interesse del destinatario, è per legge esclusiva – ha carattere alternativo rispetto agli altri modi di notificazione, con la conseguenza che, ove la parte sia rappresentata da due difensori, l’elezione di domicilio presso uno di costoro non priva la controparte delle facoltà di effettuare notificazioni all’altro difensore, stante la disposizione di cui all’art. 170, comma 1, c.p.c., secondo la quale, dopo la costituzione in giudizio, tutte le notificazioni e le comunicazioni si fanno al procuratore costituito, cioè all’uno o all’altro dei procuratori costituiti, in caso di pluralità.*”

CASO

[1] Dopo aver subito un guasto alla propria automobile e falliti i tentativi di composizione bonaria, un consumatore conveniva in giudizio la distributrice e la concessionaria, allegando vizi di costruzione e/o difetti in interventi di manutenzione e proponendo domanda di annullamento della vendita per vizio del consenso ovvero, in subordine, risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali.

Le domande venivano rigettate in primo grado, con sentenza confermata all’esito del giudizio di seconde cure.

Avverso tale pronuncia, l'attore soccombente proponeva ricorso per cassazione, articolato su tre motivi.

Per quanto di interesse ai fini del presente commento, è però interessante analizzare l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalla distributrice controricorrente, per decadenza dal termine di sessanta giorni dalla notificazione della sentenza, previsto dall'art. 325, 2°co., c.p.c. In particolare, la controricorrente osservava come il proprio procuratore avesse proceduto a notificare, in data 9/10/2017, la sentenza di appello all'indirizzo pec di uno dei due avvocati di parte ricorrente. Il 22/12/2017 l'altro avvocato della parte ricorrente consegnava il plico del ricorso per cassazione all'ufficio postale di Venezia, competente per la notifica alle parti convenute. Ne segue, secondo la controricorrente, la tardività della notificazione del ricorso di 13 giorni rispetto alla scadenza del termine breve per impugnare.

SOLUZIONE

[1] La Cassazione ritiene fondata l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla controricorrente.

La Suprema Corte fa procedere il proprio ragionamento dall'art. 47 c.c., che prevede che per determinati atti o affari si possa eleggere domicilio speciale.

In via di principio, l'elezione di domicilio speciale non ha carattere esclusivo, non impedendo che gli atti inerenti al determinato atto o affare possano essere validamente trasmessi al diverso indirizzo riferibile alla persona (in tal senso è la giurisprudenza di legittimità, per cui si v. Cass., n. 25731/2015). Secondo la Cassazione, tali direttive sorreggerebbero anche la disciplina processuale – e, in particolare, quella inerente alla notificazione presso il domiciliatario ex art. 141 c.p.c. – ove la funzione di servizio e facilitazione propria delle notificazioni va a vantaggio del processo, in particolare quelle da compiersi a istanza della controparte e dell'ufficio giudiziario: anche in tal caso, la notificazione nel domicilio eletto avrebbe di regola carattere alternativo rispetto agli altri modi di notificazione previsti dagli artt. 138 ss. c.p.c., nel senso che l'elezione di domicilio servirebbe solo a designare uno dei luoghi in cui può essere eseguita facoltativamente la consegna dell'atto.

La validità delle notificazioni effettuate all'altro difensore sarebbe, nello specifico, sorretta dalla disposizione generale dell'art. 170, 1°co., c.p.c., secondo la quale, dopo la costituzione in giudizio, tutte le notificazioni e le comunicazioni si fanno al procuratore costituito, cioè logicamente all'uno o all'altro dei procuratori costituiti, in caso di pluralità.

Ciò significa che, nel caso di specie, la notificazione della sentenza di appello effettuata dalla convenuta presso uno dei due difensori dell'attrice (e, in particolare, quello presso il quale la parte non aveva eletto domicilio) era idonea a far decorrere il termine breve per impugnare la sentenza, con conseguente tardività del ricorso per cassazione proposto.

Si deve aggiungere che l'inammissibilità del ricorso nei confronti della distributrice ha recato

con sé l'inammissibilità del ricorso anche nei confronti del concessionario. Sul punto, la Suprema Corte richiama quanto da essa stesso statuito nel caso di proposizione sulla base di unico fatto generatore – come in questo caso – di domande giudiziali nei confronti di due distinti convenuti. Si tratta di litisconsorzio unitario o quasi necessario, cui è applicabile la regola, propria delle cause inscindibili, dell'unitarietà del termine per proporre impugnazione, con la conseguenza che la notifica della sentenza eseguita da una delle parti segna nei confronti di quest'ultima e della destinataria della notificazione l'inizio del termine breve per impugnare contro tutte le altre parti, sicché la decadenza dall'impugnazione per scadenza del termine esplica effetto nei confronti di tutte le parti (Cass., n. 21597/2017).

Ne consegue, in definitiva, l'inammissibilità del ricorso per cassazione proposto.

QUESTIONI

[1] La Cassazione è quindi chiamata a pronunciarsi sull'idoneità della notificazione della sentenza di secondo grado effettuata presso uno dei due difensori della controparte – la quale abbia però eletto domicilio presso l'altro difensore incaricato -, a innescare il termine breve per impugnare.

La disposizione generale sulla notificazione presso il domiciliatario è racchiusa nell'art. 141 c.p.c., ove si può leggere, tra l'altro, che quando l'elezione di domicilio è stata inserita in un contratto, la notificazione presso il domiciliatario è obbligatoria solo se sia stata espressamente concordata (2°co.).

Ne deriva che, in mancanza di espressa previsione in tal senso, la notificazione nel domicilio eletto ha di regola carattere alternativo rispetto agli altri modi di notificazione previsti dagli artt. 138 ss. c.p.c., nel senso che l'elezione di domicilio serve solo a designare uno dei luoghi in cui può essere eseguita facoltativamente la consegna dell'atto.

Sono, infatti, da ritenersi eccezionali i casi in cui, nell'interesse del destinatario, la legge dispone che la notificazione presso il domicilio eletto sia esclusiva: è il caso, ad esempio, in cui la parte è costituita personalmente (art. 170, 3°co., c.p.c.), o in cui, nell'atto di notificazione della sentenza, la parte abbia dichiarato la sua residenza o eletto domicilio nella circoscrizione del giudice che l'ha emanata (art. 330, 1°co., c.p.c.).

Al di fuori di tali casi, ove la parte – come nel caso di specie – sia rappresentata e difesa da due difensori, l'elezione di domicilio presso uno di costoro non può dunque privare la controparte della facoltà di effettuare notificazioni all'altro difensore.

In questo senso è la giurisprudenza della Corte di cassazione: è il caso, ad esempio, di Cass., n. 5759/2004, secondo la quale, quando la parte sia rappresentata in giudizio da due procuratori, ove la notifica della sentenza (nella specie, d'appello) sia fatta ad entrambi, il termine per l'impugnazione (nella specie, ricorso per cassazione) decorre dalla prima notifica, anche se effettuata presso il procuratore non domiciliatario, atteso che i poteri, le facoltà e gli oneri che

fanno capo al difensore domiciliatario sono identici a quelli che ineriscono al mandato del difensore non domiciliatario.

Seminari di specializzazione

AUMENTO DEL PREZZO DELLE MATERIE PRIME E IMPATTO SUI CONTRATTI

Scopri di più >

Esecuzione forzata

La verifica del credito ex art. 499 c.p.c. è indispensabile per la partecipazione alla distribuzione del ricavato dalla vendita

di Paolo Cagliari, Avvocato



[Cass. civ., sez. III, 18 maggio 2022, n. 15996 – Pres. De Stefano – Rel. Fanticini](#)

Massima: *“Il creditore che, al momento del pignoramento, è titolare di un diritto di prelazione risultante da pubblici registri può intervenire nel processo di espropriazione forzata, anche se non munito di titolo esecutivo, senza che siano necessari il deposito e la notifica dell’estratto autentico notarile delle scritture contabili. Il subprocedimento di verifica dei crediti previsto dall’art. 499, commi 5 e 6, c.p.c. costituisce requisito per il suo accesso alla distribuzione del ricavato e presidia un interesse pubblico processuale alla regolarità e alla celerità della ripartizione, sicché compete ex officio al giudice, con l’ordinanza con cui è disposta la vendita o l’assegnazione, fissare un’apposita udienza per la comparizione del debitore e del suddetto creditore, disponendone la notifica a cura di una delle parti; in difetto, è onere dello stesso creditore interessato avanzare tempestiva istanza affinché l’udienza si svolga durante la fase liquidativa del processo esecutivo, posto che, una volta iniziata la fase distributiva, non possono essere accolte né la richiesta di fissazione dell’udienza di verifica del credito, né quella di rimessione in termini del creditore rimasto inerte”.*

CASO

Nel corso di un’espropriazione immobiliare, interveniva una banca che, a garanzia di un’apertura di credito concessa a soggetto estraneo al processo esecutivo, aveva iscritto – in data anteriore al pignoramento – ipoteca sugli immobili appartenenti ai debitori esecutati.

Avvenuta l’aggiudicazione, il creditore procedente contestava il piano di riparto delle somme ricavate dalla vendita, che ammetteva il creditore intervenuto a partecipare alla loro distribuzione: da una parte, sosteneva che l’intervento fosse da considerarsi inammissibile (in quanto avvenuto in difetto di titolo esecutivo e della produzione dell’estratto autentico delle scritture contabili menzionate dall’art. 2214 c.c.); dall’altra parte, lamentava la mancata osservanza delle prescrizioni dettate dall’art. 499 c.p.c. in tema di verifica del credito non

titolato (che, secondo il giudice dell'esecuzione, si era correttamente svolta con il tacito assenso degli esecutati, i quali, pur essendo presenti all'udienza fissata ai sensi dell'art. 569 c.p.c., non avevano svolto alcuna contestazione in merito alla pretesa azionata dalla banca intervenuta).

Poiché tali contestazioni non venivano accolte, il creditore procedente proponeva tempestiva opposizione ex artt. 512 e 617 c.p.c., che veniva respinta dal Tribunale di Padova, con sentenza impugnata mediante ricorso per cassazione.

SOLUZIONE

[1] La Corte di Cassazione ha accolto il ricorso, affermando, da un lato, che il creditore titolare di un diritto di prelazione sugli immobili pignorati risultante dai pubblici registri e che non sia munito di un titolo esecutivo non è tenuto a depositare e a notificare al debitore esecutato, ai fini della regolarità dell'intervento, l'estratto autentico notarile delle scritture contabili e, dall'altro lato, che, ai fini della partecipazione di detto creditore alla distribuzione delle somme ricavate dalla vendita, il procedimento di verifica del credito previsto dall'art. 499, commi 5 e 6, c.p.c. deve svolgersi mediante la celebrazione di un'apposita udienza prima che sia disposta la vendita.

QUESTIONI

[1] La sentenza che si annota offre importanti precisazioni in merito all'intervento nell'espropriazione forzata del creditore privo di titolo esecutivo.

Innanzitutto, i giudici di legittimità hanno affermato che colui che intervenga per soddisfare un credito scaturente da un contratto di apertura di credito (che, per pacifico orientamento giurisprudenziale, non costituisce titolo esecutivo) e garantito da ipoteca sugli immobili pignorati, non è tenuto ad allegare e a produrre, a pena d'inammissibilità, l'estratto autentico notarile delle scritture contabili menzionate dall'art. 2214 c.c.

In effetti, l'art. 499 c.p.c. ammette, in via eccezionale, l'intervento di creditori privi di titolo esecutivo in tre distinte e tassative ipotesi: quando, prima del pignoramento, sia stato eseguito un sequestro sui beni pignorati; quando, sui medesimi beni, si disponga di un diritto di pegno o di un diritto di prelazione risultante da pubblici registri (motivo per cui l'art. 498 c.p.c. impone di notificare ai creditori iscritti un avviso volto a notificarli della pendenza di un'espropriazione forzata che riguarda i beni oggetto della garanzia, per consentire loro di intervenire nel processo esecutivo, in quanto abbiano interesse a fare valere le loro ragioni, stante l'idoneità della vendita forzata a produrre il cosiddetto effetto purgativo, ossia l'estinzione dei diritti di prelazione insistenti sul bene staggito); quando il credito abbia per oggetto una somma di denaro risultante dalle scritture contabili di cui all'art. 2214 c.c.

In tale ultimo caso, il creditore deve dimettere l'estratto autentico di dette scritture contabili e notificarlo all'esecutato, come stabilisce il comma 3 dell'art. 499 c.p.c.

La Corte di cassazione, respingendo la tesi propugnata dal ricorrente, ha escluso che tali incombenzi debbano essere adempiuti anche quando l'intervento – svolto in assenza di titolo esecutivo – sia fondato sull'esistenza di un diritto di prelazione risultante da pubblici registri, affinché si possa avere contezza dell'entità del credito, atteso che questo profilo rileva ai fini non già della legittimità ovvero dell'ammissibilità dell'intervento, bensì della partecipazione alla distribuzione del ricavato dalla vendita dei beni pignorati.

È proprio in relazione a questo secondo aspetto che viene svolta un'approfondita analisi delle modalità e delle tempistiche con le quali dev'essere accertato il credito di chi sia intervenuto senza disporre di un titolo esecutivo (accertamento che, chiaramente, non va condotto quando un titolo esecutivo esista, giacché sarà esso stesso a indicare la misura del diritto azionato in via esecutiva).

Il subprocedimento di verifica dei crediti disciplinato dai commi 5 e 6 dell'art. 499 c.p.c. costituisce un passaggio obbligato e indefettibile per il soddisfacimento del creditore intervenuto che sia privo di titolo esecutivo, da espletarsi prima che venga autorizzata la vendita, sia ai fini dell'accantonamento delle somme per le quali è stato svolto l'intervento per il tempo – comunque non superiore a tre anni – necessario affinché il creditore si munisca di un titolo esecutivo, sia ai fini dell'accesso immediato alla distribuzione del ricavato; tant'è vero che, quando l'intervento si collochi in un momento successivo all'udienza deputata alla verifica dei crediti, precludendo così la possibilità di disconoscere quello non titolato, quest'ultimo deve considerarsi alla stregua di un credito non riconosciuto (derivandone che, come affermato da Cass. civ., Sez. III, 19 gennaio 2016, n. 774, il creditore privilegiato sprovvisto di un titolo esecutivo, per conseguire il diritto all'accantonamento in sede di distribuzione, dovrà in questo caso presentare apposita istanza, dimostrando di avere agito, entro i trenta giorni successivi alla data dell'intervento tardivo, per conseguire il titolo esecutivo mancantegli nei confronti dell'esecutato).

Secondo i giudici di legittimità, si tratta di un meccanismo funzionale a garantire la regolarità e la celerità della ripartizione e risponde, dunque, a un interesse pubblico processuale, incidendo sulla durata del processo esecutivo (ossia su un interesse di rango costituzionale) e sulla soddisfazione dei creditori concorrenti.

Nel contempo, il subprocedimento di verifica non è subordinato all'impulso di parte, spettando al giudice dell'esecuzione fissare *ex officio*, con la medesima ordinanza che dispone la vendita o l'assegnazione, un'apposita e distinta udienza per la comparizione del debitore e dei creditori intervenuti privi di titolo esecutivo.

La necessità che si svolga tale udienza sussiste anche quando l'intervento abbia per oggetto un credito nei confronti di un soggetto estraneo al processo esecutivo e sia, quindi, svolto in virtù di un diritto di prelazione (ovvero di una garanzia) insistente sui beni pignorati di proprietà dell'esecutato che sia persona diversa dal debitore diretto: non è corretto, infatti, sostenere l'impossibilità di celebrare l'udienza perché l'esecutato, in quanto terzo garante e – come tale – privo di un debito nei confronti del creditore intervenuto, non potrebbe esercitare

le prerogative contemplate dall'art. 499 c.p.c., ossia disconoscere o riconoscere i crediti per i quali ha avuto luogo l'intervento. In realtà, in simili evenienze, occorrerà che la convocazione sia rivolta non solo all'esecutato diverso dal debitore principale, ma pure a quest'ultimo (cui, pertanto, l'ordinanza emessa dal giudice dell'esecuzione andrà notificata), a lui spettando il potere processuale di riconoscere o disconoscere, totalmente o parzialmente, i crediti degli intervenuti privi di titolo esecutivo.

Di conseguenza, nulla impedisce al creditore non titolato che intervenga nel processo esecutivo in virtù di un diritto di prelazione risultante dai pubblici registri di avvalersi del subprocedimento di accertamento dei crediti disciplinato dall'art. 499 c.p.c. e di essere, in questo modo, esonerato dal procurarsi un titolo esecutivo, nel caso in cui vi sia un riconoscimento da parte del debitore; nell'ipotesi contraria (ovvero di disconoscimento in tutto o in parte del credito), invece, egli dovrà agire per munirsene e potrà chiedere che, nel frattempo, venga disposto l'accantonamento delle somme alle quali afferma di avere diritto ai sensi dell'art. 510, comma 3, c.p.c.

Alla mancata celebrazione dell'udienza di verifica prima che sia disposta la vendita non è possibile ovviare avanzando istanza di rimessione in termini per dare corso agli incombeni omessi, una volta che la fase liquidativa si sia già conclusa: posto che, come detto, la fissazione di detta udienza compete *ex officio* al giudice dell'esecuzione, il creditore interessato dovrà eventualmente chiederla prima che il processo espropriativo sia transitato nella fase distributiva. Ne consegue che, iniziata quest'ultima, non potranno essere accolte né l'istanza di fissazione dell'udienza per la verifica dei crediti, né quella di rimessione in termini del creditore rimasto colpevolmente inerte.

Infine, gli altri creditori legittimati a partecipare alla distribuzione del ricavato potranno dolersi dell'irritualità dell'intervento non titolato o della sua collocazione nel piano di riparto per carenza dei presupposti surrogatori previsti dall'art. 499 c.p.c. fino a quando il giudice dell'esecuzione non abbia considerato (anche) l'intervento non titolato o equiparato ai fini della distribuzione, poiché è in tale momento che sorge l'interesse a svolgere la contestazione (che integra, dunque, una controversia distributiva, salvo che non sia insorta e non sia stata decisa prima, in quanto la sua soluzione risulti indispensabile per lo sviluppo o il prosieguo del processo esecutivo), non essendo ravvisabile, in precedenza, un effettivo e concreto pregiudizio che la legittimi.



Master di specializzazione
**RUOLO E COMPITI DEL DELEGATO
NELLE VENDITE IMMOBILIARI**
Scopri di più >

Obbligazioni e contratti

Il diritto di recesso nel contratto preliminare di vendita in caso di bene pignorato

di **Alessandra Sorrentino, Avvocato**



[Cass. civ., Sez. II, 13.04.2022, n. 12032 – Pres. Di Virgilio – Rel. Bertuzzi](#)

Vendita – Obbligazioni del venditore – Cosa gravata da garanzie reali od altri vincoli – Disciplina ex art. 1482 c.c. – Tutela dell’interesse all’adempimento del compratore – Esperimento dell’azione di risoluzione da parte del compratore – Condizioni.

(art. 1482 c.c. – art. 1385 c.c.)

[1] La risoluzione prevista dall’art. 1482 c.c., che ha carattere automatico e stragiudiziale, operando allo stesso modo della diffida ad adempiere, non costituisce per l’acquirente un rimedio speciale o esclusivo, ma alternativo, di ulteriore protezione e tutela del suo interesse all’adempimento, sicché egli conserva la possibilità di esperire l’azione ordinaria di risoluzione del contratto, in presenza del presupposto già richiamato della gravità dell’inadempimento.

[2] Quando il promissario acquirente di un immobile, garantito libero da ipoteche ma, in realtà, da esso gravato, si avvale della facoltà di recesso prevista dall’art. 1385 c.c. ovvero ha chiesto la risoluzione del preliminare, per effetto dell’art. 1453, co. 2°, c.c., il promittente venditore non può più attivarsi per ottenere la cancellazione della garanzia.

CASO

Successivamente alla stipulazione di un contratto preliminare di compravendita di un immobile, in occasione del quale il promissario acquirente versava l’importo di € 500.000,00 a titolo di caparra confirmatoria, questi veniva a conoscenza del fatto che l’immobile compromesso fosse sottoposto a procedura esecutiva da due anni. La circostanza era stata, tuttavia, taciuta dal promittente venditore, il quale, anzi, aveva garantito che il bene fosse libero da oneri e gravami (salvo l’ipoteca volontaria relativa al mutuo).

Pertanto, il promittente acquirente recedeva dal contratto preliminare, prima della scadenza fissata per la stipulazione del contratto definitivo, per inadempimento dell'alienante.

Il Tribunale dichiarava legittimo il recesso, condannando il venditore a restituire il doppio della caparra.

La sentenza veniva confermata dalla Corte di merito romana che, a sostegno della propria decisione, aveva ritenuto il venditore gravemente inadempiente rispetto all'obbligo di correttezza contrattuale, per aver taciuto che l'immobile era sottoposto a pignoramento. Tale condotta aveva recato grave pregiudizio al promissario acquirente, che si era trovato nell'impossibilità di nominare un terzo acquirente in sede di stipula del contratto definitivo e di ottenere un mutuo bancario per procedere al saldo del corrispettivo, il quale gli era stato negato dalla banca.

Il promittente venditore, pertanto, proponeva ricorso in Cassazione.

SOLUZIONE

L'omessa informazione della presenza di un procedimento esecutivo determina un “*grave inadempimento avente carattere definitivo*” e tale gravità non viene meno in ragione della possibilità di rimuovere la trascrizione pregiudizievole prima della scadenza fissata nel preliminare. Quindi, il promittente venditore deve restituire al promissario acquirente il doppio della caparra ai sensi dell'art. 1385, co. 2°, c.c.

In materia di contratto preliminare di vendita, il promissario acquirente di un immobile garantito libero da ipoteche, ma in realtà da esse gravato, ha la facoltà, ma non l'obbligo, ai sensi dell'art. 1482, co. 1°, c.c. applicabile al contratto preliminare, di chiedere al giudice la fissazione di un termine per la liberazione dal vincolo da parte del promittente venditore. Ma, se si è avvalso della facoltà di recesso, a mente dell'art. 1385 c.c., ovvero ha chiesto la risoluzione del preliminare, per effetto dell'art. 1453, co. 2°, c.c., il promittente venditore non può più attivarsi per ottenere la cancellazione della garanzia, dovendosi ritenere che la soluzione prevista dall'art. 1482 c.c., la quale ha carattere automatico e stragiudiziale, operando allo stesso modo della diffida ad adempiere, non costituisca per l'acquirente un rimedio speciale o esclusivo, ma alternativo, di ulteriore protezione e tutela del suo interesse all'adempimento: ne consegue che egli conserva la possibilità di esperire l'azione ordinaria di risoluzione del contratto, in presenza del presupposto già richiamato della gravità dell'inadempimento.

QUESTIONI

Con il primo motivo di ricorso, il promittente venditore lamentava che la gravata sentenza avesse considerato legittimo il recesso, sebbene esercitato *ante tempus*, cioè prima dello scadere del termine previsto per la stipulazione del contratto definitivo. Secondo il ricorrente, se tale termine fosse stato rispettato, egli sarebbe stato in grado di liberare l'immobile

dall'ipoteca volontaria (iscritta a garanzia della banca mutuataria) e di procedere all'estinzione della procedura esecutiva.

Proprio la presenza di un termine per l'adempimento, che avrebbe consentito al promittente venditore di cancellare iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli fino al suo spirare, determinava – secondo il ricorrente – l'illegittimità del recesso *ante tempus* o della risoluzione per inadempimento.

Gli Ermellini hanno, tuttavia, dichiarato infondata la doglianza, ritenendo **ininfluente la circostanza secondo cui il recesso sia stato esercitato anteriormente al termine** stabilito nel contratto preliminare **per la stipulazione del definitivo**.

Secondo la Corte di Cassazione, infatti, l'omessa informazione circa la pendenza di un procedimento esecutivo dà luogo ad un "**grave inadempimento avente carattere definitivo**", in quanto, nel caso di specie, aveva sia precluso al promissario acquirente di nominare un terzo in sede di stipulazione del definitivo, sia di accedere ad un mutuo bancario (necessario per pagare il prezzo della compravendita), che gli era stato di fatto negato.

La gravità dell'inadempimento, la cui valutazione rientra nell'apprezzamento del giudice di merito e, come tale, non è sindacabile in sede di legittimità (Cass. civ., 12182/2020; Cass. civ., 6401/2015), **non viene meno in ragione della possibilità di rimuovere la trascrizione pregiudizievole prima della scadenza, fissata nel preliminare, per la conclusione del contratto definitivo**.

Ciò posto, la sentenza in commento passa ad esaminare i **rimedi alternativi** di cui dispone il promissario acquirente, a cui venga taciuto che il bene compromesso sia sottoposto a procedura esecutiva di pignoramento e, al contrario, venga garantito che il bene è libero da pesi ed oneri.

Il primo rimedio è quello di cui all'art. 1482 c.c., previsto in tema di compravendita ma applicabile analogicamente anche in caso di contratto preliminare (sul punto, tra le altre: Cass. civ., 3565/2002; Cass. civ., 15380/2000). La norma prevede che il compratore può **sospendere il pagamento del prezzo se la cosa venduta risulta gravata da garanzie reali o da vincoli derivanti da pignoramento o da sequestro, i quali non siano stati dichiarati dal venditore e siano stati dal compratore ignorati**.

Al comma secondo la norma prevede, altresì, **la facoltà per il compratore (e non l'obbligo) di chiedere al giudice la fissazione di un termine per la liberazione del vincolo ad opera del venditore**. Se alla scadenza del termine, la cosa non è liberata, il contratto è risolto con l'obbligo per il venditore di risarcire il danno ai sensi dell'art. 1479 c.c.

Al riguardo, la Corte precisa che secondo l'opinione giurisprudenziale preferibile, accolta anche dalla dottrina, **il rimedio della risoluzione di cui all'art. 1482 c.c. è di tipo automatico e stragiudiziale** ed opera in modo equivalente alla diffida ad adempiere.

Non si tratta di un rimedio speciale o esclusivo ma alternativo, a tutela dell'interesse del compratore all'adempimento, cosicché egli conserva la possibilità di esperire l'azione di risoluzione del contratto, se sussiste il presupposto della gravità dell'inadempimento (Cass. civ., 15380/2000; Cass. civ., 10506/1996).

Il secondo rimedio è la facoltà di recesso ex art. 1385 c.c. ed il terzo è la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto ex art. 1453, co. 2°, c.c.

Solo nell'ipotesi in cui il compratore (o promissario compratore) opti per il **primo rimedio, il venditore (o promittente venditore) può attivarsi per la cancellazione dell'ipoteca**; mentre, nel caso in cui scelga uno degli altri due rimedi, tale possibilità è preclusa (tra le altre, Cass. civ., 23956/2013; Cass. civ., 19097/2009; Cass. civ., 3565/2002).

Con il secondo motivo di ricorso, il venditore lamentava che la sentenza gravata avesse ritenuto la condotta omissiva del promittente venditore contraria al dovere di correttezza di cui all'art. 1375 c.c., secondo il quale il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, senza considerare, però, che **l'omissione aveva riguardato la fase della trattativa contrattuale e non quella esecutiva**. Di conseguenza, secondo il ricorrente, ci si muoveva nell'ambito della **responsabilità precontrattuale**.

La Corte di Cassazione ha ritenuto infondata la censura, affermando che, **una volta concluso il contratto preliminare**, che contenga una specifica obbligazione, in caso di inadempimento, **l'unica azione a disposizione dell'altro contraente deve essere quella per responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nella fase precontrattuale**, *“senza che possa darsi luogo, in via alternativa, all'esperimento di altra azione per responsabilità precontrattuale, riconducibile alla supposta malafede della parte promissaria durante le trattative, visto che la cristallizzazione delle reciproche prestazioni, operata mediante la stipula del preliminare, comporta la perdita di ogni autonomia e di ogni giuridica rilevanza di dette trattative, convergendo queste nella nuova struttura contrattuale che, pertanto, viene a costituire la sola fonte di responsabilità risarcitoria”* (Cass. civ., 7545/2016; Cass. civ., 16937/2006).

In altre parole, se un contratto è stato già concluso (come nel caso di specie), ogni lagnanza sulla condotta tenuta dalle parti nel corso delle trattative deve ritenersi, per così dire, assorbita dal contratto stipulato dalle parti, con la conseguenza che l'unica azione possibile è quella contrattuale.

In conclusione, quindi, sia i giudici di merito che il giudice di legittimità hanno ritenuto irrilevante che il recesso dal contratto preliminare fosse stato esercitato prima della scadenza del termine convenuto per la stipula del contratto definitivo, in quanto hanno escluso che la gravità dell'omissione fosse venuta meno per la possibilità dedotta dal promittente venditore di rimuovere la trascrizione pregiudizievole prima della data stabilita per il rogito notarile.

Pertanto, la Suprema Corte ha rigettato il ricorso promosso dal promittente venditore ed ha confermato la legittimità del recesso esercitato dal promissario acquirente.

Master di specializzazione

COME IMPOSTARE UN MODELLO 231 ADEGUATO PER L'ENTE E "IDONEO"

[Scopri di più >](#)

Comunione – Condominio - Locazione

Valutazione dei fatti costitutivi la prova del credito vantato dall'ex amministratore di condominio verso i condomini già operata dal giudice di merito è insindacabile in sede di legittimità

di **Francesco Luppino, Dottore in giurisprudenza**



[Cassazione civile, sez. 6-2, ordinanza 25 febbraio 2020, n. 5062. Presidente P. D'Ascola – Estensore A. Scarpa](#)

Massima: *“In tema di condominio, l'accettazione da parte del nuovo amministratore della documentazione condominiale consegnatagli dal precedente così come un pagamento parziale, a titolo di acconto di una maggiore somma, non costituiscono prove idonee del debito nei confronti di quest'ultimo da parte dei condomini per l'importo corrispondente al disavanzo tra le rispettive poste contabili, spettando pur sempre all'assemblea di approvare il conto consuntivo, onde confrontarlo con il preventivo ovvero valutare l'opportunità delle spese affrontate d'iniziativa dell'amministratore. La sottoscrizione del verbale di consegna della documentazione, apposta dal nuovo amministratore, non integra, pertanto, una ricognizione di debito fatta dal condominio in relazione alle anticipazioni di pagamenti ascritte al precedente amministratore e risultanti dalla situazione di cassa registrata”.*

CASO

Tizio, ex amministratore del Condominio Caio, depositava ricorso per ingiunzione avanti al Tribunale di Catania chiedendo la condanna del Condominio ingiunto, al pagamento di una certa somma, esponendo di esserne creditore a titolo di compensi professionali e di rimborso di spese anticipate per la gestione del condominio medesimo, nel corso del suo mandato.

In seguito alla notifica del decreto ingiuntivo così ottenuto, Il Condominio Caio proponeva opposizione, adducendo che sia il “passaggio di consegna” all'amministratore subentrante, sia la delibera condominiale dedotta da Tizio nel proprio ricorso non costituivano prove del credito né ricognizione di debito, eccependo, in subordine, la prescrizione del credito professionale vantato da Tizio.

In accoglimento dell'opposizione il Tribunale revocava il decreto ingiuntivo precedentemente emesso e condannava Tizio al rimborso delle spese processuali di Caio.

Tizio appellava la decisione del giudice di prime cure, sostenendo, tra l'altro, che il Tribunale avrebbe erroneamente ommesso di considerare come l'approvazione dei rendiconti da parte dell'assemblea condominiale comprendeva anche il debito azionato in sede monitoria, sia per anticipazioni che per compensi a lui dovuti quale precedente amministratore .

Con sentenza la Corte d'Appello di Catania respingeva l'impugnazione di Tizio.

Tizio ricorreva per Cassazione con un ricorso fondato su tre motivi.

Resisteva il condominio Caio con controricorso.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione, con ordinanza n. 5062 del 25 febbraio 2020, ha rigettato il ricorso presentato da Tizio ed ha condannato il ricorrente a corrispondere al condominio le spese del giudizio di cassazione nonché al pagamento, ai sensi dell'articolo 13, comma 1-*quater* del d.P.R. 115 del 2002, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso principale, a norma del comma 1-*bis* dello stesso articolo 13, se dovuto.

QUESTIONI

Con il primo motivo di ricorso, Tizio denuncia l'errore nel quale sarebbe incorsa la Corte d'Appello di Catania nel ritenere che non poteva assurgere *“a valore di prova di detto credito il verbale di passaggio delle consegne al nuovo amministratore e l'impegno o il versamento di un acconto”*, anche per l'anticipo non autorizzato dall'assemblea, e che quest'ultimo non può essere valutato come ricognizione del debito.

Secondo il ricorrente, infatti, **la sottoscrizione del verbale di consegna da parte del nuovo amministratore, comprensivo dell'indicazione del credito a lui spettante, avrebbe invece valore di ricognizione del debito.** In particolare, il versamento di un primo acconto da parte del nuovo amministratore, avvenuto dopo la delibera assembleare, che secondo Tizio proverebbe il proprio credito, costituirebbe l'esecuzione della volontà assembleare di procedere ai pagamenti, senza alcuna riserva.

Con il secondo motivo di ricorso, Tizio censura il ragionamento della corte territoriale che non avrebbe ammesso la c.t.u. richiesta dall'allora appellante, poiché ritenuta esplorativa, in quanto la documentazione bancaria prodotta da Tizio non sarebbe stata sufficiente a dimostrare il credito vantato.

Secondo Tizio, invece, la consulenza avrebbe avuto la funzione di consentire una ricostruzione del rapporto contabile non controverso nella sua esistenza e l'asserita insufficienza sarebbe

stata superata dalla ricognizione del debito operata dal nuovo amministratore in seno al verbale di passaggio di consegne ed anche dal versamento dell'acconto in favore di Tizio.

Con il terzo ed ultimo motivo, Tizio lamenta l'errore commesso dalla corte catanese nell'aver concluso che tutta la documentazione bancaria prodotta, se da un canto, non consente una ricostruzione precisa delle eventuali anticipazioni di Tizio, dall'altro costituisce un riscontro preciso circa la gran confusione dei patrimoni dell'ex amministratore e quelli dei condomini amministrati.

Dal canto suo Tizio sostiene, invece, di aver raggiunto la piena prova della sua domanda attraverso la documentazione prodotta e, nello specifico, mediante: (i) il passaggio di consegne al nuovo amministratore con il riconoscimento del debito del Condominio; (ii) il bonifico effettuato a titolo di acconto; (iii) la delibera assembleare che ebbe ad approvare i rendiconti e ad autorizzare il nuovo amministratore a procedere ai pagamenti.

Gli Ermellini hanno riunito la trattazione dei tre motivi di ricorso, perché connessi tra loro e tutti e tre infondati.

La Corte d'Appello di Catania ha ritenuto che Tizio non avesse raggiunto la prova del credito relativo al compenso e alle anticipazioni da lui vantate e ciò rappresenta, come è noto, un apprezzamento di fatto che costituisce prerogativa del giudice di merito ed è insindacabile in sede di legittimità.

Secondo la sentenza impugnata, non assurge a prova del credito vantato da Tizio né il verbale di passaggio di consegne all'amministratore subentrante, né il versamento dell'acconto deliberato dall'assemblea dei condomini.

I giudici del Supremo Collegio, dunque, hanno eccepito come di fatto le tre censure perseguono lo scopo di sollecitare la Cassazione medesima ad effettuare una nuova rivalutazione circa la sussistenza della prova del credito, analizzando la contabilità condominiale, ovvero gli esborsi effettuati e le attività espletate da Tizio, ma tali valutazioni e calcoli costituiscono accertamenti di fatto demandati al giudice di merito e **sono incensurabili in sede di Cassazione** se non sotto il profilo dell'omesso esame di un fatto decisivo, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.

Gli Ermellini hanno ribadito un principio costantemente affermato in sede di giurisprudenza di legittimità secondo cui, *«poiché il credito dell'amministratore per il recupero delle somme anticipate nell'interesse del Condominio si fonda, ex art. 1720 c.p.c., sul contratto di mandato con rappresentanza che intercorre con i condomini, è l'amministratore che deve offrire la prova degli esborsi effettuati, mentre i condomini (e quindi il Condominio) – che sono tenuti, quali mandanti, a rimborsargli le anticipazioni da lui effettuate, con gli interessi legali dal giorno in cui sono state fatte, ed a pagargli il compenso oltre al risarcimento dell'eventuale danno – devono dimostrare di avere adempiuto all'obbligo di tenere indenne l'amministratore di ogni diminuzione patrimoniale in proposito subita»*^[1].

In sostanza, i giudici della Cassazione hanno affermato che incombeva su Tizio, ex amministratore del condominio Caio, l'onere probatorio circa la dimostrazione dei fatti su cui si fondava la sua pretesa creditoria inerente il recupero delle spese che aveva sostenuto durante la sua gestione. Invece, spettava all'assemblea dei condomini il potere di approvare, con il conto consuntivo, gli incassi e le spese condominiali, ma solo una chiara e definitiva indicazione in bilancio dell'importo corrispondente al disavanzo tra le rispettive poste contabili avrebbe potuto costituire idonea prova del debito dei condomini nei confronti del precedente amministratore^[2].

Secondo gli Ermellini, a conferma del ragionamento svolto dai giudici della corte territoriale, l'accettazione da parte del nuovo amministratore del condominio Caio della documentazione condominiale consegnatagli da Tizio e il pagamento parziale, a titolo di acconto, non costituiscono prove idonee a dimostrare l'esistenza e la sussistenza del debito nei confronti del ricorrente per l'importo corrispondente al disavanzo tra le rispettive poste contabili, in quanto spetta pur sempre all'assemblea l'approvazione del conto consuntivo per confrontarlo con il preventivo, ovvero valutare l'opportunità delle spese affrontate d'iniziativa dell'amministratore.

Riprendendo quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità in altre occasioni, «la sottoscrizione del verbale di consegna della documentazione, apposta dal nuovo amministratore, non integra, pertanto, una ricognizione di debito fatta dal condominio in relazione alle anticipazioni di pagamenti ascritte al precedente amministratore e risultanti dalla situazione di cassa registrata».^[3]

Inoltre, la sentenza impugnata per Cassazione ad ogni modo ha negato anche la sussistenza di una delibera assembleare che approvasse il rendiconto e che specificasse le somme a carico del condominio da corrispondere a Tizio.

In altre occasioni la Corte di Cassazione ha già affermato che la deliberazione dell'assemblea di condominio, che procede **all'approvazione del rendiconto consuntivo, pur ove evidenzi un disavanzo tra le entrate e le uscite, non consente di ritenere dimostrato, in via di prova deduttiva, che la differenza sia stata versata dall'amministratore con denaro proprio**, in quanto la ricognizione di debito postula un atto di volizione da parte dell'organo collegiale in relazioni a poste passive specificamente indicate^[4].

Infine, gli Ermellini hanno chiarito che non è censurabile in sede di legittimità la mancata disposizione della consulenza tecnica d'ufficio da parte del giudice di merito, in quanto, nel caso di specie, incombeva sul ricorrente Tizio provare i fatti costitutivi del proprio diritto di credito e non si poteva usare la consulenza come strumento idoneo a esonerare la parte dal soddisfare il proprio onere della prova «o a procurare esplorativamente circostanze o elementi non provati».

[1] Cass. civ., Sez. 2, ordinanza 26 febbraio 2019, n. 5611; Cass. civ., Sez. 6 2, ordinanza 17 agosto 2017, n. 20137; Cass. civ., Sez. 2, sentenza 30 marzo 2006, n. 7498.

[2] Affermato da Cass. civ., sez. II, sentenza 28 maggio 2012, n. 8498; Cass. civ., sez. II, sentenza 14 febbraio 2017, n. 3892.

[3] Cass. civ., sez. II, sentenza 28 maggio 2012, n. 8498.

[4] Cass. civ., sez. II, sentenza 9 maggio 2011, n. 10153.



Diritto successorio e donazioni

Il diritto al compenso dell'esecutore testamentario

di **Matteo Ramponi, Avvocato**



Cass. Civ., Sez. 2, Ordinanza n. 24798 del 12/08/2022

Successioni “mortis causa” – successione testamentaria – esecutori testamentari – in genere Mancata previsione del compenso da parte del testatore – Previsione da parte degli eredi – Effetti.

Massima: *“La retribuzione a favore dell'esecutore testamentario non soltanto può essere disposta dal testatore, come prevede l'art. 711 cod. civ., ma è altrettanto possibile, in assenza di disposizione testamentaria “ad hoc”, che il compenso per l'opera prestata sia convenuto tra gli eredi e l'esecutore; tuttavia, mentre la retribuzione prevista dal testatore è a carico dell'eredità secondo quanto dispone l'art. 711 cod. civ., l'impegno autonomamente assunto dagli eredi non è idoneo a diminuire l'attivo ereditario in pregiudizio dei creditori ereditari e dei legatari, ma vincola soltanto i successori che l'abbiano stretto, nei cui confronti l'esecutore dispone di un diritto azionabile per ottenere quanto promessogli”.*

Disposizioni applicate

Codice Civile, articolo 711

[1] Tizia, nel proprio testamento, nominava Caio e Mevio quali esecutori testamentari, senza espressamente prevedere alcun compenso a loro favore.

In previsione dell'accettazione dell'incarico, gli eredi testamentari avevano sottoscritto una dichiarazione del seguente tenore: *“in relazione alla nomina ad esecutore (...), Vi preghiamo di volere accettare l'incarico che sarà da noi retribuito con addebito a carico dell'eredità a semplice presentazione delle Vostre parcelle redatte sulla base delle vigenti tariffe professionali, con contestuale rimborso delle spese”.*

Accettato ed eseguito l'incarico, gli esecutori avevano chiesto l'adempimento della scrittura,

ottenendo il pagamento solo da alcuni dei firmatari. Agivano, pertanto, in giudizio nei confronti degli altri per ottenere il saldo.

I convenuti si costituivano contestando la pretesa e promuovevano separati giudizi, poi riuniti, per la restituzione degli acconti percepiti dagli esecutori in remunerazione dell'opera prestata.

Il Tribunale di primo grado rigettava la domanda degli esecutori accogliendo la domanda restitutoria dei convenuti. La sentenza di primo grado veniva confermata dalla Corte d'appello, che ha riconosciuto la nullità dell'accordo intercorso fra gli esecutori e gli eredi, e ciò in applicazione della norma dell'art. 711 cod. civ. osservando che tale norma sancisce la gratuità dell'incarico, a meno che il testatore non abbia stabilito una retribuzione a carico dell'eredità.

Dal momento che, nel caso in esame, una tale previsione non era ravvisabile nel testamento, la stessa corte di merito, ha concluso che l'impegno assunto dagli eredi, essendo in contrasto con la norma, non costituiva titolo idoneo a giustificare la pretesa degli esecutori testamentari.

[2] Caio e Mevio hanno proposto ricorso in Cassazione, sostenendo, per quanto qui di interesse, che l'art. 711 cod. civ. debba essere inteso nel senso che i compensi dell'esecutore, quando non dipendano dalla volontà del testatore ma siano stati liberamente pattuiti dagli eredi, non possono essere posti a carico dell'eredità, con pregiudizio dei legatari e dei creditori ereditari. Salvo tale limite, non sarebbe vietato agli eredi di assumere in proprio l'obbligazione di retribuire gli esecutori.

La Suprema Corte ha accolto il ricorso, ritenendo tale motivo fondato.

Nella propria motivazione, essa ricorda innanzitutto come *“l'art. 711 cod. civ., pur riaffermando, in linea di principio, la gratuità dell'incarico, ha ammesso la possibilità che il testatore stabilisca una retribuzione a favore dell'esecutore e a carico dell'eredità, salvo, in ogni caso, il diritto dell'esecutore testamentario di ripetere le spese sostenute per l'esercizio dell'ufficio”*.

Anche qualora il testatore non abbia previsto alcun compenso a favore dell'esecutore, è ben possibile che questo sia convento tra gli eredi e l'esecutore stesso. In tale ipotesi, *“l'esecutore testamentario maturerà il diritto al compenso in virtù di un impegno che vincola soltanto i successori che l'abbiano stretto”*, posto che la prestazione non trova fondamento nella volontà del testatore. Secondo gli Ermellini, dunque, *“l'impegno assunto dagli eredi, sebbene non idoneo a diminuire l'attivo ereditario in pregiudizio dei creditori ereditari e dei legatari, è sorretto da una causa lecita, disponendo pertanto l'esecutore di un diritto azionabile per ottenere quanto promessogli”*.

[3] La sentenza in commento appare in contrasto con un precedente giurisprudenziale richiamato dalla Corte d'Appello nella propria decisione. Con la pronuncia n. 17382 del 30/08/2004, effettivamente, la Suprema Corte era venuta ad affermare che *“per l'espletamento dell'incarico di esecutore testamentario non è prevista una retribuzione, salvo che questa non sia stabilita dallo stesso testatore a carico dell'eredità”* e che *“se per un verso, la gratuità dell'ufficio di*

esecutore testamentario appare difficilmente conciliabile con la più che probabile e verosimile onerosità e gravosità dell'espletamento delle attività, a volte non semplici, ad esso connesse (ved. artt. 703 – 709 cod. civ.), e se, per altro verso, ed evidentemente proprio per questo, è data la possibilità a chi è stato investito di un compito basato, oltre che sull'intuitu personae, sulla stima e la fiducia che il testatore ha avuto per il designato, di rinunciarvi (art. 702 cod. civ.), deve ritenersi che proprio siffatta alternativa, offerta dalla legge all'esecutore nominato dal testatore (art. 700 cod. civ.), consente di interpretare univocamente e ragionevolmente la disposizione de qua; nel senso che la gratuità dell'ufficio da essa prevista si spiega con la possibilità che il soggetto che ne è investito ha di non accettare l'incarico, sottraendosi, in tal modo, agli oneri derivanti dall'espletamento dello stesso, ovvero di espletarlo e di sobbarcarsi viceversa a tutte le incombenze che vi sono connesse, senza poter reclamare alcun compenso, salvo che questo non sia stato stabilito dal testatore e salvo, comunque, il suo diritto a ripetere le spese sostenute per l'esercizio dell'ufficio”.

Sono gli stessi giudici, nella pronuncia oggetto della presente nota, a dirimere tale apparente conflitto, ritenendo che il richiamato precedente, correttamente inteso, non supporti la tesi, fatta propria dalla sentenza impugnata, secondo cui l'accordo fra esecutore ed eredi, con il quale sia pattuito un compenso non previsto dal testatore, sarebbe nullo per contrarietà a norma imperativa.

Essi affermano che *“in quella occasione la Corte di cassazione ha deciso una lite nella quale, in assenza di previsione del testatore, il giudice di merito aveva riconosciuto un compenso in favore dell'esecutore testamentario, in forza del rilievo che gli eredi avevano conferito per iscritto un mandato congiunto all'esecutore. In relazione a tale ratio decidendi, oggetto di uno dei motivi di ricorso, la Corte di legittimità osservò che, «una volta escluso, sulla base delle considerazioni più sopra svolte, che il diritto [...] alla retribuzione, per l'attività svolta quale esecutore testamentario, trovi fondamento nella legge, deve parimenti escludersi che il menzionato mandato possa costituire esso stesso, comunque, titolo idoneo a sorreggere la pretesa di pagamento del compenso da lui avanzata nei confronti della [...], non rinvenendosi, nella sentenza impugnata, alcuna indicazione circa gli effettivi atti che, diversi da quelli già rientranti nella normale competenza dell'esecutore testamentario (ved. artt. 703-709 cod. civ.) e come tali non retribuibili, egli avrebbe dovuto compiere (e, in effetti, avrebbe compiuti), in esecuzione del mandato e per i quali avrebbe dovuto essere, invece, normalmente retribuito ai sensi dell'art. 1709 cod. civ. In altri termini, la corte non ha dato debito conto delle ragioni per cui, a suo giudizio, il [...] – al quale non spetta, come si è detto, la retribuzione per l'attività svolta quale esecutore testamentario – avrebbe diritto, in ogni caso, al compenso in virtù del mandato conferitogli dagli eredi e, quindi, per gli atti o le attività compiuti in esecuzione del mandato medesimo»*. Con tale sentenza, la Cassazione avrebbe solo chiarito che *“nell'ipotesi il testatore non abbia contemplato alcuna retribuzione in favore dell'esecutore testamentario, l'ufficio di esecutore testamentario, circoscritto all'attuazione della volontà del de cuius, rimane gratuito, pure in presenza di mandato degli eredi, spettando al giudice del merito valutare se, oltre agli atti che rientrano nella normale competenza dell'esecutore testamentario (e, come tali, non retribuibili ove sia assente la volontà mortis causa in favore della retribuzione), questi abbia effettivamente compiuto atti diversi, che debbano essere compensati ad altro titolo”*.

Conclude, dunque, la sentenza in commento che *“il principio, sancito da Cass. n. 17382 del 2004, lascia del tutto impregiudicata la diversa questione, rilevante in questa sede, della validità dell’impegno, autonomamente assunto dagli eredi in assenza di disposizione testamentaria ad hoc, di corrispondere un compenso all’esecutore testamentario designato dal testatore. In conformità all’opinione prevalente in dottrina, deve riconoscersi che un siffatto impegno è certamente sorretto da una causa lecita. Invero, ciò che l’art. 711 cod. civ. impedisce, in assenza di disposizione testamentaria che stabilisca un compenso a vantaggio dell’esecutore, non è la possibilità degli eredi di riconoscere ugualmente la retribuzione, ma piuttosto la possibilità di considerare la retribuzione, in ipotesi da essi autonomamente riconosciuta all’esecutore, alla stregua di quella prevista dal testatore, e cioè a carico dell’eredità”*.

[4] Le conclusioni cui giunge la Suprema Corte (attraverso argomentazione non sempre immediatamente intelleggibili) sposano, dunque, quella autorevole dottrina che da sempre afferma la possibilità di accordi tra eredi ed esecutori testamentari in ordine alla retribuzione dovendosi, piuttosto, spostare il campo di analisi da quello della liceità a quello dell’inquadramento di tali accordi.^[1] In assenza di previsione testamentaria, infatti, gli eredi potrebbero voler mostrare la loro gratitudine all’esecutore per l’attività prestata mediante il riconoscimento di una somma a titolo di liberalità. Diversamente, potrebbe rinvenirsi un vero e proprio accordo a titolo oneroso: in simili ipotesi – come anche precisato dalla Cassazione nella nota in commento – il diritto al compenso non deriva dalla disposizione *mortis causa* (e non graverà, dunque, sulla massa ereditaria né potranno gli eredi obbligati giovarsi di una eventuale accettazione con beneficio d’inventario) e, pertanto, maturerà solo nei confronti dei soggetti che avranno sottoscritto il patto che, certamente, rimarrà lecito.

La pronuncia in commento fornisce, altresì, l’occasione per una breve disanima più generale in ordine al compenso dell’esecutore testamentario.

Sovente, tale incarico viene conferito a persone legate da rapporti di amicizia che superano la mera fiducia che certamente caratterizza l’istituto. Per tale ragione, spesso non viene indicato alcun compenso a titolo di retribuzione; piuttosto, è riconosciuto un piccolo lascito, costituente più che altro un ricordo del defunto.

Non può, tuttavia, negarsi che nell’epoca più recente la nomina dell’esecutore testamentario si sia sempre più distaccata dai rapporti di amicizia, per divenire una disposizione dettata dalla sempre più avvertita esigenza di vedere realizzate volontà testamentarie anche complesse. Ciò ha portato all’affidamento dell’incarico a soggetti nei confronti dei quali il testatore riponeva fiducia in ragione, non di un rapporto amicale, bensì delle loro qualità o competenze professionali. In tali ipotesi, difficilmente l’incarico sarà conferito (e diametralmente accettato) senza il riconoscimento di una retribuzione; non di rado, tuttavia, non vi sarà una esatta quantificazione della somma da riconoscere, ma il semplice rinvio a parametri oggettivi quali il richiamo alla tariffa professionale vigente per la categoria di appartenenza dell’esecutore incaricato. Parte della dottrina ritiene, addirittura, che anche in assenza di specifica indicazione in tal senso da parte del testatore possa presumersi che egli abbia voluto riferirsi a detto parametro.^[2]

A giudizio di autorevole dottrina, infine, l'ammontare della retribuzione può essere, dal testatore, anche demandata ad un terzo o all'*arbitrium boni viri* dell'erede.^[3]

In assenza di indicazioni atte ad individuare l'ammontare della retribuzione, essa dovrà essere stabilita d'accordo tra eredi ed esecutore, o, in caso di mancato accordo, dall'autorità giudiziaria.^[4]

Indipendentemente dal soggetto beneficiario della disposizione retributiva, la considerazione che tale lascito sia strettamente connesso all'attività di esecutore porta la dottrina più attenta^[5] a ritenere che qualora il lascito non ecceda il valore dell'attività prestata, debba intendersi fatta a titolo remuneratorio, con ogni conseguenza in ordine alla sua (non) riducibilità in caso di lesione dei diritti di un legittimario. Allorché, invece, il lascito dovesse eccedere un'equa retribuzione dell'attività svolta si avrà un vero e proprio legato.

La differenza non è di poco conto, considerato che, qualora sia configurabile in termine di legato, il lascito sarà, oltre che riducibile, soggetto ad imposta di successione. Inoltre, venendo a rivestire la qualità di legatario, all'esecutore non potrà essere demandata la divisione dell'eredità ex art. 706 cod. civ.^[6]

^[1] Per una più compiuta analisi, si rinvia a BONILINI, *Degli esecutori testamentari*, in Codice Civile Commentario fondato da P. Schlesinger, Milano, 2005, pagg. 606 ss.; nonché, dello stesso autore *La remunerazione dell'esecutore testamentario*, in Famiglia Persona e Successioni, 2005, pag. 441 ss.. Si vedano, anche, ALBANESE, *Degli esecutori testamentari*, in Commentario del codice civile Scialoja – Branca – Galgano, Artt. 679-712, Bologna, 2015, pagg.388 ss.; CRISCUOLI, *Il testamento. Norme e casi*, Padova, 1995, pag. 516

^[2] In tal senso si esprime ALBANESE, op. cit., pag. 389

^[3] BONILINI, *L'esecutore testamentario*, in Trattato di diritto delle successioni e donazioni, a cura di Bonilini, Tomo 2 – La successione testamentaria, Milano, 2009, pag. 1905

^[4] Secondo Trib. Varese del 25/07/2012, qualora il compenso, genericamente previsto dal testatore, non venga concordato tra eredi ed esecutore potrà essere determinato dal giudice non in sede camerale, bensì contenziosa

^[5] Per tutti, si veda BONILINI, *Degli esecutori testamentari*, op.cit., pag. 614

^[6] Evidenza puntualmente tali aspetti ALBANESE, op. cit., pag. 392

Seminari di specializzazione

CURATORE EREDITÀ GIACENTE

[Scopri di più >](#)

Diritto e reati societari

Qual è la sorte del finanziamento del socio alla società dopo l'azzeramento della sua partecipazione?

di **Virginie Lopes, Avvocato**



[Cassazione civile, Sez. I, Ordinanza, 06 Luglio 2022, n. 21422](#)

Parole chiave: Società di capitali – Società a responsabilità limitata – Capitale sociale – Conferimenti – Scioglimento del rapporto sociale relativamente al socio finanziatore – Mantenimento della postergazione ex art. 2467 c.c. – Sussistenza – Superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale e di difficoltà finanziaria – Esigibilità della restituzione del finanziamento

Massima: *“In tema di finanziamento dei soci in favore della società, il diritto al rimborso del finanziamento sorge postergato, ex art. 2467 c.c., qualora erogato in situazione di difficoltà finanziaria o di squilibrio patrimoniale della società, e tale carattere permane sia nel caso in cui il socio fuoriesca dalla società per mancato esercizio del diritto di opzione, sia allorché egli abbia ceduto la propria partecipazione comprensiva del diritto alla restituzione della somma mutuata, in considerazione della finalità di tutela dei creditori che la norma citata mira a perseguire; ne deriva che ove tale esigenza venga meno, a seguito del superamento delle difficoltà patrimoniali e finanziarie della società, il credito restitutorio ritorna pienamente esigibile in via ordinaria, anche se in quel momento non siano stati ancora adempiuti gli altri debiti sociali.”*

Disposizioni applicate: art. 2467 c.c.

Nell'ordinanza in esame, la Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione è stata portata a pronunciarsi sulla sorte di un finanziamento erogato dal socio persona fisica di una società a responsabilità limitata.

Nel caso di specie, la società aveva, successivamente all'erogazione del finanziamento, perso la totalità del proprio capitale sociale, ma era stata ricapitalizzata mediante aumento di capitale, al quale il suddetto socio non aveva tuttavia partecipato, fuoriuscendo di

conseguenza dalla società.

Ritenendo di vantare in ogni caso un diritto di credito nei confronti della società, l'ormai ex socio aveva chiesto senza successo la restituzione del finanziamento alla s.r.l. e, a fronte del rifiuto di quest'ultima, aveva chiesto ed ottenuto un decreto ingiuntivo, poi revocato in sede di opposizione, mentre l'impugnazione in appello di tale decisione era stata respinta.

Infatti il Tribunale di prime cure e la Corte d'appello avevano ritenuto che il finanziamento era stato erogato dall'ex socio in un momento in cui la s.r.l. si trovava in una situazione di eccessivo squilibrio finanziario ai sensi dell'art. 2467, comma 2 c.c. e che non fosse pertanto restituibile all'ex socio.

In sede di legittimità, la Corte di Cassazione ha accolto il ricorso dell'ex socio, considerando che – **seppure il finanziamento fosse postergato all'origine – lo squilibrio patrimoniale era stato superato** e, quindi, anche la situazione di rischio per i creditori sociali che ne discendeva (posta dalla norma a fondamento della regola di postergazione) – **il credito dell'ex socio era ritornato ordinariamente esigibile**, anche laddove non fossero stati ancora adempiuti tutti gli altri debiti sociali.

Il caso in esame riguarda una situazione particolare in quanto si tratta di capire quale sia la sorte di un finanziamento erogato alla società da una persona fisica ormai non più socio della stessa.

Appurato che il finanziamento rimane sempre un finanziamento soci ex art. 2467 c.c., anche se il finanziatore abbia perso la sua qualità di socio della s.r.l., va ricordato che, a norma del primo comma dell'art. 2467 c.c. **“il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori”**, mentre, a norma dell'art. 2467, secondo comma dell'art. 2467 c.c. **“ai fini del precedente comma s'intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento”**.

Ne consegue che sono soggetti a postergazione soltanto i finanziamenti concessi *“in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento”*, mentre, se il finanziamento non rientra in questa categoria dei finanziamenti “anomali”, il socio può agire in giudizio nei confronti della società al fine di ottenere il rimborso del finanziamento.

Orbene, nel caso in esame, il finanziamento era stato concesso in una situazione di difficoltà della s.r.l., ma **il suo rimborso era stato invece richiesto dal socio quando la situazione di crisi era ormai superata**, circostanza questa non valutata né dal Tribunale di prime cure, né dalla Corte d'Appello.

Gli ermellini, **chiarito che la fuoriuscita del socio dalla compagine sociale non facesse venire meno la sua qualità di soggetto finanziatore della s.r.l.** e che **la condizione di eccessivo squilibrio finanziario in cui versava la s.r.l. al momento dell'erogazione del finanziamento era ormai cessata** (con la ricapitalizzazione posta in essere), ha ritenuto che **il socio avesse diritto alla restituzione del finanziamento**, accogliendo il ricorso dell'ormai ex socio e cassando con rinvio la decisione della Corte d'appello.



Master di specializzazione
DIRITTO E CONTENZIOSO SOCIETARIO PER PROFESSIONISTI
Scopri di più >

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Le misure protettive e cautelari: correttezza e buona fede nell'utilizzo dello strumento e sostenibilità della richiesta

di **Marta Bellini**, Avvocato e Professore a contratto Università degli Studi di Verona



Tribunale di Roma, 10 Ottobre 2022

Parole chiave: Composizione negoziale della crisi – Misure protettive e cautelari – Requisiti – Allegazioni – Piani di risanamento – Previsione di fattibilità

Massima: *“Pur se la richiesta di accesso alla composizione negoziata è solo l’atto che apre il percorso alle trattative, è chiaro quindi che già la domanda di conferma delle misure protettive deve essere accompagnata non solo da una adeguata documentazione sulla situazione economica e finanziaria dell’impresa, ma anche dalla presenza di un progetto finanziario adeguato e di un’attestazione di risanamento che, seppur non pienamente dispiegata in un piano articolato, tuttavia deve presentare al giudice un adeguato e leggibile sviluppo nella direzione della continuità aziendale, tale da consentire una valutazione prognostica o quantomeno di realistica possibilità di riuscita.*

L’assenza di un progetto di massima, realisticamente apprezzabile dal giudice in termini di quantomeno verosimiglianza e coerenza con risanamento imprenditoriale finirebbe per ricondurre il requisito in questione alla mera affermazione del debitore e di conseguenza a consentire il sicuro pregiudizio dei creditori sulla base di mere ipotesi del debitore, che potrebbero risultare irrealistiche, fantasiose o addirittura finalizzate unicamente a paralizzare o procrastinare le azioni a tutela dei crediti”.

Disposizioni applicate: art. 7 comma 5 D.L. 118/2021 – artt. 18 – 19 D.lgs 14/2019

Si trova, il Tribunale di Roma, ad esaminare forse lo strumento di maggior impatto nella riforma del CCI, così come introdotto dal D.lgs 14/2019 e rivisto anche in prospettiva della composizione negoziata della crisi d’impresa di cui al D.L. 118/2021: le misure protettive e cautelari.

In particolare, la presente pronuncia rileva come tale strumento impositivo verso la massa creditoria ed a piena tutela del debitore, debba trovare un temperamento a favore del creditore rappresentato non solo dalla fase processuale oppositiva garantita, ma dall'elemento nel percorso di ristrutturazione intrapreso dal debitore della reale fattibilità di recupero. Il rapporto tra domanda preventiva di ombrello protettivo e blocco delle iniziative, deve trovare un corrispettivo nell'allegazione prospettica di risanamento, tale da consentire una valutazione prognostica o almeno realistica di possibilità di riuscita. Ed è in tal equilibrio che si scorge come l'eventuale accesso alla composizione negoziata della crisi d'impresa, se non accompagnata da un piano finanziario adeguato, possa essere oltremodo letto quale abuso dello strumento, che invece dev'essere richiesto e fruito nel rispetto della buona fede.

CASO E SOLUZIONE

Alfa Srl proponeva reclamo avverso il rigetto della conferma della concessione delle misure protettive e cautelari richieste unitamente alla domanda di nomina di un professionista per la composizione negoziata della crisi. Alla base di tale rigetto, due gli elementi evidenziati dal Tribunale romano: la mancanza di una reale situazione di squilibrio patrimoniale e finanziario, che la violazione della buona fede e correttezza tanto nell'accesso alla composizione negoziata della crisi, che nella richiesta di misure protettive.

Anticipando il merito, il Tribunale di Roma rileva inoltre che la domanda di concessione delle misure protettive e cautelari debba essere supportata da un piano finanziario che conforti il verosimile risanamento dell'impresa, tale da giustificare la privativa che la misura cautelare impone.

QUESTIONI APPLICATE NELLA PRATICA

Molteplici i rilievi in esame, in ambito pregiudiziale di competenza e di merito, dei quali due in particolare meritano il rilievo e l'approfondimento.

In merito alla competenza e portata delle misure protettive e cautelari

Le misure protettive e cautelari risultano uno strumento temporaneo a favore dell'imprenditore, volto ad evitare la dispersione dei valori dell'impresa necessari al percorso di ristrutturazione.

In particolare, mentre le misure protettive sono rivolte all'imprenditore che accede ad uno strumento di regolazione della crisi, le misure cautelari risultano strutturate a favore dell'imprenditore per il quale già penda la domanda di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi.

Chiara la normativa in merito alla competenza individuata all'art. 7, comma 5 del D.L. 118/2021, individuata nel tribunale del luogo ove l'impresa richiedente ha la sede e non avanti il tribunale ove eventualmente penda un'altra causa relativa ad una misura cautelare

già adottata. E del resto, la richiesta di conferma di una misura protettiva o cautelare in seno alla domanda di nomina di un professionista esperto può prevenire e limitare le iniziative dei terzi creditori, ma non può statuire nel merito sulla possibile inefficacia di altra misura già eventualmente concessa avanti altro tribunale. Ed in questo forse la richiesta del reclamante sembrerebbe eccessiva, nel voler ritenere che la portata dell'ombrello protettivo concesso dalla conferma delle misure protettive e cautelari possa interagire, sovrapponendosi, al giudicato dispiegato altrove. Deboli inoltre le motivazioni in merito al *fumus boni iuris* ed al *periculum in mora* che compromettono definitivamente l'accoglimento.

In merito alla fattibilità del piano di risanamento

La composizione negoziata della crisi è uno strumento normativo che permette all'imprenditore, il quale accorto tempestivamente del possibile stato di crisi ritenga di intervenire senza indugio, di favorire la ristrutturazione della propria attività. Tra i requisiti di accesso necessaria è una situazione finanziaria ed economica non del tutto deteriorata.

Il percorso di ristrutturazione, che si diversifica tra imprese maggiori e minori, necessita per le prime in sede di accesso, di un asset documentale completo di un piano finanziario e di un programma di ristrutturazione che con evidenza delineino la volontà concreta ed effettiva dell'imprenditore di voler risanare la propria attività. Altrettanto necessarie le allegazioni documentali a sostegno dell'esposizione debitoria e della possibile ristrutturazione.

Possibile ma non necessaria invece, la domanda di concessione delle misure protettive e cautelari, che può correlarsi all'istanza di accesso alla composizione negoziata o meno. Certa invece la portata qualora concesse. Il dispiegarsi delle misure protettive e la sospensione delle misure cautelari, seppur per un limitato periodo di tempo, se da una parte permettono all'imprenditore di fruire delle intere risorse detenute per il risanamento, dall'altra comprimono non indifferentemente i diritti dei creditori. Ed è per questo motivo che seppur costruite sulla falsariga del procedimento cautelare uniforme, e concesse in presenza di un'allegazione più scarna, composta da una situazione di squilibrio economico – finanziario e dalla possibilità effettiva di perseguire il risanamento aziendale, in realtà sembrerebbero necessitare di una valutazione di altra portata.

All'automatic stay troverebbe adeguato e corrispondente contemperamento a tutela della compromissione creditoria, la richiesta che l'imprenditore strutturi un percorso ragionevolmente effettivo di risanamento dell'impresa. Tale richiesta nasce non solo allo scopo di riequilibrare la pesante incisività sui diritti dei terzi, ma soprattutto per prevenire eventuali abusi strumentali all'interno di istituti strutturati con lo scopo di individuare e tempestivamente far emergere la crisi, al fine di valutare le possibili prospettive di recupero prima che l'impresa stessa possa definirsi deteriorata.

Per questo motivo si deve ritenere, che seppur l'istanza di accesso alla composizione negoziata della crisi rappresenti l'atto introduttivo di un percorso di risanamento, lo stesso, debba già essere articolato e strutturato al fine di potersi definire realisticamente

apprezzabile, non solo ed esclusivamente al fine dell'effettiva riuscita della ristrutturazione, ma quantomeno per poter giustificare la possibile paralisi dei diritti dei terzi che la concessione delle misure protettive e cautelari potrebbe provocare.

Nello specifico, si richiede che il progetto economico – finanziario attesti l'adeguatezza alla continuità d'impresa e consenta nella sua valutazione prognostica o quantomeno realistica la possibilità di riuscita. La mancanza di un progetto di massima che possa verosimilmente garantire una possibilità di risanamento, diventa quindi requisito necessario al fine di consentire o meno la concessione delle misure protettive e cautelari, in quanto le stesse – ove concesse – arrecherebbero pregiudizio ai diritti dei terzi. Se pur il legislatore ha evidentemente scelto di dare la precedenza al risanamento dell'impresa, allo stesso tempo impone che lo stesso sia verosimilmente reale al fine di non eccessivamente gravare i terzi, nel rispetto della regola di proporzionalità tra le misure adottate ed il pregiudizio arrecato.

Concludendo

Ed è nell'applicazione della regola della proporzionalità che il piano finanziario allegato alla richiesta di conferma delle misure protettive non sembra dare conto in modalità soddisfacente della reale possibilità di risanamento dell'impresa. Tale circostanza rende lontanamente verosimile la possibile ristrutturazione di Alfa srl e parimenti, se impregiudicata dev'essere la circostanza che il vincolo al quale risulta costretto il creditore interessato dalle misure protettive e cautelari deve trovare ristoro, in una prospettiva di equilibrio con il beneficio effettivamente goduto dall'imprenditore che ne faccia accesso, altrettanto verosimilmente certo dev'essere che il sacrificio trovi proiezione nell'effettivo risanamento.

Diviene pertanto evidente come la mancanza di una prosecuzione dell'attività di impresa, così come la mancanza della disponibilità dei beni aziendali nella fattispecie esaminata, impediscano una qualsiasi prospettiva di ristrutturazione, divenendo elemento di squilibrio tra beneficio indotto dalla concessione delle misure protettive e cautelari e sacrificio imposto al creditore interessato.

E così conseguentemente, l'eventuale accesso alla composizione negoziale della crisi dell'impresa, accompagnato o meno dall'istanza di concessione delle misure di cui all'art. 7 D.L. 118/2021, se privo di un piano finanziario che possa rilevare una qualsiasi soluzione economica dell'impresa, non può che interpretarsi quale abuso dello strumento di ristrutturazione aggravato dall'eventuale richiesta di misure cautelari, volte esclusivamente al temporeggiare e bloccare qualsivoglia iniziativa personale dei rispettivi creditori e per questo motivo dev'essere respinto.



Diritto Bancario

Mutui a stato avanzamento lavori e tasso soglia usura

di **Fabio Fiorucci, Avvocato**



Nella giurisprudenza di merito è dibattuta l'individuazione del tasso soglia usura dei mutui ipotecari a stato di avanzamento lavori (c.d. SAL), poiché da alcuni sono ricondotti nella categoria dei "Mutui con garanzia ipotecaria" e da altri in quella (residuale) denominata "Altri finanziamenti", di cui al decreto trimestrale di rilevazione del tasso soglia usurario.

Coloro che ritengono che i mutui a SAL debbano essere ricondotti nel perimetro degli "Altri finanziamenti" sostengono che il più elevato tasso soglia previsto da tale categoria sia giustificato dal maggior rischio assunto dall'intermediario, poiché la prima erogazione avviene quando la costruzione edilizia non è ancora iniziata o quasi (Trib. Torino 5.3.2021; Trib. Cagliari 24.4.2018; ABF Napoli n. 4456/2015).

In particolare, è argomentato che la garanzia ipotecaria è concessa su un mutuo in costruzione, circostanza che espone il finanziatore a maggiori rischi (non ultimazione dell'opera, irregolarità edilizie e simili) rispetto a quelli del mutuo ipotecario su immobile finito. A sostegno di tale tesi è altresì rilevato che le Istruzioni per la rilevazione dei TEGM ai sensi della legge sull'usura della Banca d'Italia riconducono i mutui a SAL nella categoria "Altri finanziamenti".

Secondo altri, invece, non appare decisivo il riferimento alla maggiore rischiosità sottesa ad una erogazione frazionata, poiché l'istituto di credito acconsente alla erogazione solo dopo aver verificato il regolare avanzamento dei lavori e quindi il proporzionale incremento di valore del bene oggetto di garanzia reale (Trib. Brindisi 2.2.2018; ABF Milano n. 5265/2014).

Non è neppure pertinente il richiamo alle citate Istruzioni della Banca d'Italia in tema di usura, poiché, ad una più attenta lettura, si evidenzia che nella categoria "Altri finanziamenti" sono collocati i mutui che prevedono l'erogazione a stato di avanzamento lavori, senza specificazione dell'ulteriore connotato costituito dalla effettiva garanzia ipotecaria. L'allineamento ai mutui chirografari, contenuto nella definizione della stessa categoria "Altri finanziamenti", lascerebbe dunque intendere che siano stati considerati come "Altri

finanziamenti” i mutui a SAL non adeguatamente garantiti da ipoteca su beni già esistenti, il cui valore è in grado di supportare la prima erogazione (Trib. Cosenza, GIP, 21.12.2018). Secondo quest'ultimo indirizzo, dunque, il tasso soglia dei mutui a SAL è quello dei “Mutui con garanzia ipotecaria” (e non quello della categoria residuale “Altri finanziamenti”).

A chiarire il quadro operativo è intervenuta la Cassazione, secondo cui, in riferimento al grado di rischio dell'operazione e alla garanzia ad esso correlata, il finanziamento a stato di avanzamento dei lavori assistito da ipoteca presenta evidenti elementi di omogeneità col mutuo con garanzia reale e ad esso va perciò assimilato.

Di conseguenza, «in tema di interessi usurari, in caso di dubbio circa la riconducibilità dell'operazione all'una o all'altra delle categorie, identificate con decreto ministeriale, cui si riferisce la rilevazione dei tassi effettivi globali medi, si devono individuare i profili di omogeneità che l'operazione stessa presenti rispetto alle diverse tipologie prese in considerazione dai detti decreti, attribuendo rilievo ai parametri normativi individuati dall'art. 2, comma 2, L n. 108/1996 e apprezzando, in particolare, quelli, tra essi, che, sul piano logico, meglio connotino il finanziamento preso in esame ai fini della sua inclusione nell'una o nell'altra classe di operazioni; in conseguenza, tenuto conto dei rischi e della garanzia prestata, deve ritenersi che il tasso soglia fissato per il finanziamento a stato di avanzamento assistito da ipoteca sia quello previsto *ratione temporis* per i mutui con garanzia reale» (Cass. n. 22380/2019; v. anche Trib. L'Aquila 4.11.2020).

Seminari di specializzazione

**REDAZIONE DEGLI ATTI GIUDIZIARI NEL CONTENZIOSO BANCARIO:
PATOLOGIE RICORRENTI DI MUTUI E APERTURE DI CREDITO**

Scopri di più >

LEGAL COUNSEL

Avvocate e avvocati: la professione forense al femminile

di **Mario Alberto Catarozzo - Coach, Formatore, Consulente – CEO di MYPlace Communications**



Master di specializzazione
DIRITTO VITIVINICOLO
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

Il tema della gender equality e della gender gap, delle qualifiche al maschile o al femminile riempiono i giornali e le discussioni, persino in ambito politico, stante gli ultimi avvenimenti dove un punto da decidere è stata la qualifica del Presidente del Consiglio dei Ministri, dal momento che per la prima volta nella Repubblica italiana siede sul podio più alto del Governo una donna e quindi per la prima volta si pone la questione se declinare la carica al femminile o lasciarla da tradizione al maschile. Non è certo questa la sede per fare disquisizioni su cosa sia più giusto o più opportuno e ogni posizione è legittima in materia. Vogliamo, invece, fare il punto nella professione forense tra approccio femminile alla professione e approccio maschile. Uomo e donna – per fortuna – hanno molte differenze e sotto diversi aspetti: dai processi decisionali, alla comunicazione, alle capacità empatiche, alla gestione delle emozioni, alle capacità organizzative e così via. Sono diversi gli uomini e le donne e ciò non è e non deve essere affatto un problema e neppure un limite, tantomeno il presupposto per assurde differenze di ruoli, di carriera, di opportunità, di guadagno. Vogliamo, dunque, andare oltre certe precisazioni, che ci sentiamo di dare per acquisite, anche se – haimé – non lo sono ancora del tutto e per tutti. Il nostro viaggio nelle differenze di genere anche nella professione forense ha la funzione di capirne le peculiarità e i punti di forza, verso una loro valorizzazione reciproca, piuttosto che omologazione. Le diversità di uomo e donna dal punto di vista della comunicazione verbale, paraverbale e non verbale sono sotto gli occhi di tutti, si tratta ora di capirne le ragioni e, cosa più importante, le applicazioni utili in ambito professionale, perché ciascuno, senza snaturarsi possa invece mettere a frutto tutte le risorse naturali, culturali e caratteriali che possiede.

Una vera squadra compatta e motivata è composta da persone che possono ciascuna realizzare sé stessa in team, invece di omologarsi.

[CONTINUA A LEGGERE](#)

Master di specializzazione

DIRITTO VITIVINICOLO

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

[accedi al sito >](#)