

**CORTE DI CASSAZIONE - II SEZ. CIV.  
SENTENZA 30 LUGLIO 2004 N.14597 - PRES. CALFAPIETRA -  
REL. MAZZACANE**

Avvocato – Obbligo di diligenza – contenuto - Fattispecie

*Nell'adempimento dell'incarico professionale conferitogli, l'obbligo di diligenza da osservare ai sensi del combinato disposto di cui agli art. 1176, comma 2, e 2236 c.c. impone all'avvocato di assolvere, sia all'atto del conferimento del mandato che nel corso dello svolgimento del rapporto, (anche) ai doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente, essendo tenuto a rappresentare a quest'ultimo tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti, ostantive al raggiungimento del risultato, o comunque produttive del rischio di effetti dannosi; di richiedergli gli elementi necessari o utili in suo possesso; a sconsigliarlo dall'intraprendere o proseguire un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole. A tal fine incombe su di lui l'onere di fornire la prova della condotta mantenuta, insufficiente al riguardo peraltro essendo il rilascio da parte del cliente delle procure necessarie all'esercizio dello "ius postulandi", stante la relativa inidoneità ad obiettivamente ed univocamente deporre per la compiuta informazione in ordine a tutte le circostanze indispensabili per l'assunzione da parte del cliente di una decisione pienamente consapevole sull'opportunità o meno d'iniziare un processo o intervenire in giudizio (1).*

**La sentenza così motiva:**

**Fatto**

Con atto di citazione del 20.12.1996 GR proponeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo emesso il 16.11.1996 nei propri confronti dal Pretore di Camerino per il pagamento della somma di lire 11.525.568 oltre interessi e spese in favore dell'avvocato EG a titolo di prestazioni professionali svolte da quest'ultimo in favore del primo. L'opponente assumeva che, vantando un credito di lire 1.500.000 nei confronti di tale Angelo Papilli, aveva tentato con il patrocinio del menzionato avvocato il recupero della suddetta somma con l'unico risultato di veder lievitare le spese legali a suo carico; aggiungeva inoltre che il G non aveva informato l'esponente della reale situazione economica del Papilli, debitore esecutato, ed inoltre aveva preteso somme esorbitanti rispetto sia alla modestia della pratica sia agli scarsissimi risultati ottenuti.

Si costituiva in giudizio l'opposto contestando il fondamento dell'opposizione di cui chiedeva il rigetto.

Il Pretore di Camerino con sentenza del 16.1.1999 rigettava l'opposizione. Proposta impugnazione avverso tale decisione da parte del R cui resisteva il G, il Tribunale di Camerino con sentenza del 9.1.2001 rigettava l'appello.

Il Tribunale riteneva anzitutto congruo il compenso richiesto dall'appellato in rela-

zione alle diverse prestazioni professionali espletate che avevano riguardato non solo l'intervento quale creditore del R nella procedura esecutiva promossa da altri soggetti contro il Papilli, ma anche una serie di giudizi contenziosi (opposizione di terzo, azione revocatoria) non prevedibili e riconducibili soltanto alla immotivata caparbia della parte debitrice, risultata poi soccombente in tutte le controversie; inoltre i diritti e gli onorari richiesti erano stati liquidati dai giudici di merito nella misura prevista dai tariffari per quanto riguarda i primi ed in quella vicina ai minimi di legge per quanto riguarda i secondi.

Neppure poteva ritenersi che l'avvocato G fosse rimasto inadempiente all'obbligo di informazione che incombe al professionista nei confronti del cliente, non essendo emersa alcuna prova in tal senso, ed anzi essendo risultato provato documentalmente che il R era a conoscenza di tutte le principali attività svolte dal suddetto legale, considerato che tutti gli atti introduttivi dei singoli giudizi recavano la firma non disconosciuta di delega dell'appellante all'appellato; inoltre costituiva nozione di comune esperienza quella secondo cui un soggetto sottoposto a diverse procedure esecutive, come appunto il Papilli, non versasse in buone condizioni economiche, cosicché il R era a conoscenza di tale circostanza. Infine neppure era fondato l'assunto dell'appellante secondo cui il G aveva taciuto al cliente il rapporto "costi - benefici" tra l'attività svolta ed i fini perseguiti: invero anzitutto i costi della procedura si erano inopinatamente elevati a seguito dei giudizi contenziosi promossi da parte debitrice e da terzi, ed inoltre il Re era a conoscenza di uno dei pochi elementi certi per effettuare una analisi "costi - benefici" della procedura esecutiva da intraprendere, ovvero l'importo del credito che intendeva soddisfare.

Avverso tale sentenza il R ha proposto un ricorso per cassazione articolato in

quattro motivi cui il G ha resistito con controricorso; entrambe le parti hanno depositato memorie.

## Diritto

Preliminarmente deve rilevarsi l'irritualità ai sensi dell'art. 372 c.p.c. dei documenti prodotti dal ricorrente all'udienza di discussione in quanto non attinenti alla ammissibilità del ricorso.

Ciò premesso, si osserva che con il primo motivo il R, denunciando violazione dell'art. 115 c.p.c. ed omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione, assume che la sentenza impugnata, basandosi su presunti fatti notori, ha ritenuto apoditticamente provata l'attività di informazione da parte del G sulla situazione economica del debitore esecutato Papilli e sull'entità dei costi legali delle azioni giudiziarie da intraprendere; in realtà vi era stata un'assenza totale di prove documentali al riguardo, cosicché doveva ritenersi fondata l'eccezione di inadempimento sollevata dall'esponente, tendente a vanificare il preteso diritto della controparte a percepire emolumenti per prestazioni eseguite senza il consenso del cliente. Con il secondo motivo il ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 1176 secondo comma, 1710 e 2697 c.c., assume che l'avvocato G non aveva adempiuto all'obbligo di informare durante l'espletamento del mandato l'esponente in ordine al costo delle procedure intraprese per il recupero del

suo modestissimo credito, violando così l'obbligo che incombe a carico di ogni mandatario; in proposito il Tribunale di Camerino non solo ha ritenuto obbligato alla prova negativa il R, ma addirittura ha considerato provata tale circostanza per effetto della semplice sottoscrizione da parte del cliente dei mandati "ad litem", che invece comporta soltanto il sorgere del rapporto obbligatorio tra le parti, ma non fornisce alcuna prova dell'avvenuta informazione circa l'operato del mandatario nel corso dell'espletamento del mandato; nella fattispecie, anzi, il G, avendo richiesto nell'arco di circa dieci anni di attività professionale un fondo spese irrisorio rispetto all'ammontare degli emolumenti poi pretesi, aveva tratto in inganno l'esponente sul rapporto costi - benefici delle azioni intraprese. Con il terzo motivo il R, denunciando violazione e falsa applicazione degli articoli 1218 - 1460 - 1710 - 1711 e 2697 c.c., censura la sentenza impugnata per non aver considerato che il G non si era attenuto all'osservanza del principio di buona fede nell'esecuzione del mandato, e che era mancata la prova che egli avesse preventivamente informato il cliente circa la situazione economica e processuale del Papilli, e che in particolare nel corso dei dieci anni di svolgimento del rapporto intercorso con il cliente il suddetto professionista avesse indicato a quest'ultimo di volta in volta le azioni da intraprendere onde consentirgli di scegliere se astenersi o proseguire nel tentativo del recupero del suo modestissimo credito. Le enunciate censure, da esaminare contestualmente per ragioni di connessione, sono fondate.

È opportuno prendere le mosse dalla natura dell'obbligazione assunta mediante la stipulazione di un contratto di prestazione d'opera intellettuale, obbligazione ritenuta comunemente di mezzi e non di risultato, poiché il professionista, assumendo l'incarico, si impegna ad espletare la sua attività onde porre in essere tutte le condizioni tecnicamente necessarie a consentire al cliente la realizzazione dello scopo perseguito ma non il conseguimento effettivo di tale risultato. Occorre quindi fare riferimento al criterio della diligenza esigibile ai sensi dell'art. 1176 secondo comma c.c. rapportata alla natura dell'attività esercitata, cosicché la diligenza da impiegare nello svolgimento dell'opera prestata in favore del cliente è quella posta in essere nell'esercizio della propria attività da parte del professionista di preparazione tecnica e di attenzione medie. L'art. 2236 c.c. prevede poi una specifica qualificazione della prestazione d'opera professionale, e quindi una deroga alle norme generali che disciplinano l'inadempimento, giustificata dalla natura e dal contenuto della prestazione richiesta, allorché quest'ultima comporti la soluzione di questioni tecniche di particolare difficoltà; in tal caso, infatti, la responsabilità del professionista può essere affermata solo nelle ipotesi di dolo o colpa grave. Nondimeno l'evidenziata natura della obbligazione assunta dal professionista come obbligazione di mezzi non esime quest'ultimo dal dovere di prospettare al cliente tutti gli elementi contrari, (ipotizzabili in virtù di quella preparazione tecnica e di quell'esperienza medie caratterizzanti l'attività professionale alla luce degli evidenziati parametri normativi) per i quali, nonostante il regolare svolgimento di tale attività, gli effetti a questa conseguenti possano essere inferiori a quelli previsti, oppure in concreto nulli o persino sfavorevoli, determinando in tal modo un pregiudizio rispetto alla situazione antecedente; il professionista, infatti, deve porre in grado il cliente di decidere consapevolmente

mente, sulla base di una adeguata valutazione di tutti gli elementi favorevoli ed anche di quelli eventualmente contrari ragionevolmente prevedibili, se affrontare o meno i rischi connessi all'attività richiesta al professionista medesimo. Pertanto la valutazione in ordine all'adempimento o meno da parte dell'avvocato dell'obbligazione conseguente all'incarico professionale conferitogli non attiene al mero accertamento del mancato raggiungimento del risultato utile da parte del cliente, ma involge una indagine volta a verificare l'eventuale violazione dei doveri connessi allo svolgimento dell'attività professionale e, in particolare, del dovere di diligenza; nell'ambito di quest'ultimo sono ricompresi i doveri di sollecitazione, di dissuasione ed in particolare di informazione, al cui adempimento il professionista è tenuto sia all'atto dell'assunzione dell'incarico che nel corso del suo svolgimento, evidenziando al cliente le questioni di fatto e/o di diritto rilevabili "ab origine" o insorte successivamente ritenute ostative al raggiungimento del risultato o comunque produttive di un rischio di effetti dannosi, invitandolo a fornirgli gli elementi utili alla soluzione positiva delle questioni stesse, ed anche sconsigliandolo dall'iniziare o proseguire una lite ove appaia improbabile un epilogo favorevole, e, anzi, probabile un esito negativo. Sulla base di tali premesse i profili di censura sollevati dal ricorrente si rivelano fondati. La sentenza impugnata, anzitutto, ha ritenuto, al fine di escludere che l'avvocato G fosse stato inadempiente all'obbligo di informazione nei

riguardi del R, che non vi era prova che il primo avesse taciuto circostanze di rilievo attinenti alle procedure in corso, e che anzi era stato provato che il R era a conoscenza di tutte le principali attività del G per effetto delle diverse procure rilasciate dall'appellante all'appellato negli atti introduttivi dei singoli giudizi. Sotto un primo profilo occorre rilevare che la valutazione in ordine alle possibilità di un esito favorevole delle diverse iniziative processuali che il cliente poteva promuovere e la prospettazione a quest'ultimo delle eventuali circostanze ostative alla effettiva realizzazione del credito vantato nei confronti del debitore Papilli rientravano nell'oggetto specifico della prestazione professionale richiesta dal R al G con implicito riferimento anche agli oneri economici connessi alle varie azioni da intraprendere, e che la prova del puntuale espletamento di tali incumbenti, attenendo al corretto adempimento dell'obbligo professionale a carico dell'avvocato con diretto riferimento al dovere di informazione, avrebbe dovuto essere fornita dal professionista, attesa altresì la specifica contestazione in proposito sollevata dalla controparte. È poi evidente che ai fini indicati non è certo sufficiente il rilascio al difensore da parte del cliente delle diverse procure necessarie all'esercizio del potere di rappresentanza nel processo, ovvero allo "jus postulandi", ma di per sé assolutamente inadeguate a provare l'avvenuta informazione del cliente medesimo in ordine a tutte le circostanze indispensabili ad assumere una decisione pienamente consapevole sulla opportunità o meno di promuovere (o intervenire in) una controversia. Neppure può condividersi il convincimento del giudice di appello che, nell'escludere che l'avvocato G avesse taciuto al R il rapporto costi benefici tra l'attività svolta ed i fini perseguiti, da un lato ha fatto riferimento ad un imprevedibile lievitare delle spese legali a seguito dei giudizi contenziosi promossi dalla parte debitrice e da terzi, e dall'altro, dopo aver evidenziato le difficoltà di una analisi costi - benefici di una procedu-

ra da intraprendere, ha affermato che il R era comunque a conoscenza di uno dei pochi elementi certi per tali analisi, ovvero l'importo del credito che intendeva realizzare. Tali argomentazioni, invero, finiscono per vanificare la peculiare e specifica natura della prestazione richiesta dal cliente al professionista cui si è rivolto, prestazione il cui corretto adempimento, come già esposto, comporta, in relazione all'obbligo di diligenza sopra richiamato di cui all'art. 1176 secondo comma c.c., il puntuale assolvimento in particolare del dovere di informazione nei confronti del cliente stesso; nella fattispecie, quindi, era obbligo del G prospettare adeguatamente al R i rischi connessi alle diverse iniziative processuali da intraprendere sotto il profilo sia delle effettive realizzabilità del credito vantato nei confronti del debitore Papilli in relazione alle sue concrete condizioni economiche - patrimoniali, sia della presumibile lievitazione delle spese legali e della conseguente possibile alterazione del rapporto tra il costo dei mezzi processuali impiegati al fine di realizzare il proprio credito ed i benefici concretamente ricavabili da tali iniziative processuali. D'altra parte anche la difficoltà evidenziata dal Tribunale di Camerino in ordine alla effettuazione di una attendibile analisi del rapporto costi - benefici di una procedura esecutiva da intraprendere si configurava come un'ulteriore ragione per richiedere ad un professionista una adeguata attività di informazione per richiamare l'attenzione del cliente su un aspetto squisitamente peculiare come la non facile previsione del suddetto rapporto, non essendo certamente agevole per un soggetto sprovvisto di particolari cognizioni tecniche ipotizzare un esito così negativo delle diverse azioni da intraprendere con riferimento alla relativa esiguità del credito che intende realizzare. In definitiva quindi il giudice di appello non ha accertato adeguatamente se l'avvocato G, in relazione alle diverse azioni intraprese dal R in funzione dell'unico fine di soddisfare il proprio credito di lire 1.500.000 nei confronti del Papilli, avesse di volta in volta valutato le possibilità di esito positivo di tali iniziative processuali e ne avesse edotto con chiarezza ed esaurientemente il cliente onde consentire a quest'ultimo di apprezzare con la dovuta consapevolezza l'opportunità di iniziare e/o proseguire le suddette azioni legali. Con il quarto motivo il ricorrente deduce violazione e falsa applicazione degli articoli 1223 - 1224 - 1277 - 2230 - 2233 - 2255 c.c., 4 e 5 D.M. 5.10.1994 n. 585 e 2697 c.c., nonché omessa pronuncia in ordine al riconoscimento ed alla liquidazione degli interessi. Il R rileva che il giudice di appello, nel ritenere che i diritti in favore del G erano stati liquidati nella misura prevista dai tariffari e gli onorari erano stati riconosciuti in entità vicina ai minimi di legge, non ha considerato che non è ammissibile una trasposizione automatica nei confronti del proprio cliente di quanto liquidato in favore dell'avvocato in sentenza a carico della controparte; sostiene inoltre che, avendo il G rivestito la qualità di difensore di più parti oltre che del R nei medesimi giudizi, si sarebbe dovuto liquidare un unico onorario seppure aumentato del 20% per ogni parte, e che comunque gli onorari devono essere diminuiti oltre i minimi tabellari allorché, come nella fattispecie, il professionista non ha raggiunto alcun risultato utile. Infine il ricorrente lamenta l'erronea attribuzione degli interessi moratori sul compenso professionale riconosciuto al G nonostante si trattasse di un debito di valuta. La censura è in parte infondata ed in parte inammissibile. Sotto un primo aspetto, inve-

ro, deve osservarsi che il richiamo al corretto principio secondo cui la misura degli onorari dovuti dal cliente al proprio avvocato prescinde dalle statuizioni del giudice contenute nella sentenza che condanna la controparte alle spese ed agli onorari di causa, dovendo essere determinata in base a criteri diversi da quelli che regolano la liquidazione delle spese tra le parti (Cass. 15.2.1999 n. 1264), non è correlato alla censura sollevata, che si caratterizza per la sua assoluta genericità, non essendovi in essa alcun riferimento alle singole voci liquidate; pertanto l'affermazione di diritto ora menzionata è irrilevante, potendo anzi da essa trarsi conseguenze opposte a quelle pretese dal R, ovvero che l'avvocato può pretendere nei confronti del proprio cliente, a meno di una inequivoca rinuncia in tal senso, onorari anche maggiori di quelli liquidati nella sentenza di condanna dell'altra parte (Cass. 19.10.1992 n. 11448). Gli altri profili di censura sono inammissibili, riguardando questioni non trattate dalla sentenza impugnata e non formulate nei motivi di appello ma, come dedotto dallo stesso ricorrente, sollevate soltanto nella comparsa conclusionale di quel grado di giudizio. In definitiva, quindi, la Corte accoglie i primi tre motivi di ricorso, rigetta il quarto, cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia anche per la pronuncia sulle spese del presente giudizio alla Corte di Appello di Ancona che provvederà ad un riesame della controversia sulla base dei principi di diritto sopra affermati.

(Omissis)

### (1) Il conflitto di interessi avvocato - cliente

#### Principi di diritto

La natura dell'obbligazione assunta mediante la stipulazione di un contratto di prestazione d'opera intellettuale, in prima analisi, è regolata dall'art. 1176 secondo comma c.c., cosicché la diligenza da impiegare nello svolgimento dell'opera prestata in favore del cliente è quella posta in essere nell'esercizio della propria attività da parte del professionista di preparazione tecnica e di attenzione medie.

Allorché la prestazione richiesta comporti la soluzione di questioni tecniche di particolari difficoltà, la responsabilità del professionista può essere affermata solo nelle ipotesi di dolo o colpa grave, come prevede, in deroga alle norme generali in tema di inadempimento, l'art. 2236 c.c..

Nondimeno la natura dell'obbligazione assunta dal professionista come obbligazione di mezzi non esime quest'ultimo dal dovere di prospettare al cliente tutti gli elementi contrari (ipotizzabili in virtù di quella preparazione tecnica e di quell'esperienza medie caratterizzanti l'attività professionale alla luce degli evidenziati parametri normativi) per i quali, nonostante il regolare svolgimento di tale attività, gli effetti a questa conseguenti possano essere inferiori a quelli previsti, oppure in concreto nulli o persino sfavorevoli, determinando in tal modo un pregiudizio rispetto alla situazione antecedente.

Il professionista deve porre il cliente in grado di decidere consapevolmente, sulla base di un'adeguata valutazione di tutti gli elementi favorevoli ed anche di quelli eventualmente contrari ragionevolmente prevedibili, se affrontare o meno i rischi connessi

all'attività richiesta dal professionista medesimo.

La valutazione in ordine all'adempimento o meno da parte dell'avvocato dell'obbligazione conseguente all'incarico conferitogli non attiene al mero accertamento del mancato raggiungimento del risultato utile da parte del cliente, ma involge un'indagine volta a verificare l'eventuale violazione dei doveri connessi allo svolgimento dell'attività professionale e, in particolare, del dovere di diligenza.

Nell'ambito di quest'ultimo, sono ricompresi i doveri di sollecitazione, di dissuasione ed in particolare di informazione, al cui adempimento il professionista è tenuto sia all'atto dell'assunzione dell'incarico che nel corso del suo svolgimento, evidenziando al cliente le questioni di fatto e di diritto rilevabili ab origine o insorte successivamente, ritenute ostative al raggiungimento del risultato, o comunque produttive di un rischio di effetti dannosi, invitandolo a fornirgli gli elementi utili alla soluzione positiva delle questioni stesse, ed anche sconsigliandolo dall'iniziare o proseguire una lite, ove appaia improbabile un epilogo favorevole e, anzi, probabile, un esito negativo.

#### Breve riassunto della situazione di fatto

*Il Sig. G.R., assumendo di vantare un credito di Lit. 1.500.000 (attualmente circa 775 euro) nei confronti di tale A.P., si rivolgeva all'avvocato E.G. per tentare il recupero della suddetta somma, con l'unico risultato di vedersi notificare dal professionista, dopo che erano trascorsi dieci anni dal conferimento del mandato, un decreto ingiuntivo emesso dal Pretore di C. per il pagamento di una somma di Lit. 11.525.568, oltre interessi e spese.*

*Di fatto, il cliente, oltre ad aver definitivamente dovuto rinunciare al proprio (modesto) credito, si vedeva esporre una parcella pari a circa otto volte il "petitum" e che, con l'aggiunta di interessi e spese lungo l'arco del giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo, appariva destinata a non discostarsi molto dal rilevante rapporto di 1 a 10.*

*A fondamento della sua opposizione, il cliente lamentava innanzitutto che l'avvocato non lo aveva informato circa la reale situazione economica del debitore esecutato, ed inoltre aveva preteso somme esorbitanti rispetto sia alla modestia della pratica, sia agli scarsissimi (in realtà nulli) risultati ottenuti.*

*Il Pretore di C. rigettava l'opposizione del cliente, ritenendo provate e congrue le pretese dell'avvocato.*

*Il G.R. si vedeva quindi costretto a proporre appello davanti al Tribunale di C., che lo rigettava, e pertanto lo stesso G.R. si decideva a ricorrere per cassazione. La Suprema Corte accoglieva invece il ricorso, cassando la sentenza impugnata, e rinviando, anche per la pronuncia sulle spese del giudizio, alla Corte d'Appello di ... affinché provvedesse al riesame della controversia sulla base dei principi di diritto sopra affermati.*

*Per la cronistoria processuale, il decreto ingiuntivo era stato emesso nel novembre 1996, la sentenza della S.C. è stata depositata il 30 luglio 2004.*

*Sempre per la cronistoria giudiziale, il P.M. aveva concluso per il rigetto del*

*ricorso.*

Questa sentenza dovrebbe letta e studiata da tutti gli avvocati, ed in primis ovviamente dai praticanti avvocati, sì da farne tesoro come codice di condotta nel complesso rapporto “avvocato- cliente”.

Singolare è invero questo rapporto, croce e delizia della nostra professione, in quanto esso, pur essendo di natura contrattuale, e quindi incentrato sulla comunione di interessi, composti nel vincolo giuridico dell’accordo/ mandato, continua perennemente a mantenere in vita un potenziale conflitto di interessi, tenuto in vita in base ai doveri etici di lealtà, probità e correttezza che l’avvocato deve al cliente non soltanto all’atto dell’assunzione dell’incarico, ma anche durante tutto lo svolgimento dello stesso.

Infatti, scopo dell’avvocato non è quello di intascare una parcella, anche a discapito del cliente, per il semplice fatto di avere svolto l’attività a lui richiesta, essendo egli obbligato ad una prestazione di mezzi e non di risultato. Ma, proprio perché la sua obbligazione non garantisce, e non può certo garantire in sé e per sé il risultato (positivo), appunto per questo l’avvocato è tenuto, andando al di là del proprio tornaconto personale, a mettere in guardia il cliente dai rischi della procedura, a fare con lui un esame del rapporto “costi/benefici”, ed anche a indurre il cliente a fornirgli tutti gli elementi (sia positivi che negativi) in suo possesso per poterlo aiutare a compiere efficacemente questa disamina, oltre che naturalmente a fornirgli gli elementi di prova atti a far volgere, nelle fasi di merito, l’istruzione della causa in favore delle proprie pretese.

Trattasi dunque di piena solidarietà, da una parte, nel senso che l’avvocato è tenuto, pur mantenendo ferma ed autonoma la sua posizione professionale, in scienza e coscienza, a “sposare” la causa del cliente, ove ne sia intimamente convinto, e quindi a considerare, alla luce della sua esperienza e dei dati fornitigli, cosa sia meglio per il cliente, in vista del raggiungimento del risultato da lui agognato.

Qui entra in ballo, e vi rimane fino alla fine, il conflitto di interessi, poiché l’avvocato sa bene che, rinunciando alla causa, o meglio convincendo il cliente a rinunciare alla causa, egli rinuncia ad un compenso, piccolo o grande che sia, ma soprattutto potrebbe rischiare una disistima del cliente, superficialmente ed ingenerosamente convinto di essere capitato dall’avvocato “sbagliato”, e quindi come conseguenza indiretta, l’aver ingenuamente dirottato il potenziale cliente verso un altro collega, meno scrupoloso.

Il superamento del conflitto di cui sopra, sulla base della solidarietà sostanziale verso gli interessi del cliente, fa la grandezza dell’avvocato, la nobiltà della professione, e dovrebbe contribuire non poco, il che non guasta, allo sfolgimento delle controversie giudiziali.

La deontologia appare quindi il fulcro attorno al quale ruota il temperamento delle diverse esigenze, e la conciliazione degli interessi in conflitto.

Certamente l’avvocato deve ottemperare al mandato ricevuto al meglio delle proprie personali possibilità, ma egli nell’ambito della diligenza che gli viene richiesta dal codice deve rispondere solo a titolo di dolo o colpa grave; come si concilia dunque questo sgravio dalla responsabilità per colpa lieve, o addirittura lievissima, con l’obbl-

go di informazione del cliente e della valutazione, ovviamente congiunta, del rapporto costi/benefici tra il possibile raggiungimento del *petitum* e gli ostacoli di fatto e di diritto che visi frappongono?

Semplicemente con la considerazione, a nostro avviso conclusiva, che costituisce colpa grave, se non addirittura dolo omissivo, l’aver sottaciuto al cliente le obiettive difficoltà di raggiungimento della soddisfazione della pretesa dedotta, o per meglio dire da dedurre, in giudizio, l’aver evitato di sollecitare da parte sua la messa a disposizione di tutti gli elementi in grado di influenzare in qualche maniera l’esito del processo, e quindi l’aver di fatto posposto l’interesse del cliente al proprio.

Ogni analogia tra l’attività del medico e quella dell’avvocato può apparire una forzatura, ma certamente non pochi sono i punti di contatto che si intravedono nell’ambito di un rapporto fiduciario delicato, nel quale ad un professionista è affidato “il bene della vita”, compromesso da una malattia o dalla propria controparte, e che spesso non può essere valutato in termini monetari.

Anche l’avvocato, non meno che il medico, è tenuto a “salvare” la vita del proprio cliente, intendendosi per questo non solo la salvaguardia delle ragioni contestate o del singolo bene della vita contestato, ma il suo stesso onore, la sua integrità psichica, quando la sua stessa libertà.

Spetta dunque all’avvocato, non meno che al medico, ottenere dal proprio cliente quel “consenso informato” che è alla base di ogni sano e doveroso rapporto professionale. Senza di esso, non è dato riconoscere piena valenza al rapporto fiduciario, che scade al livello di “mandato in bianco”.

Spiace dunque rilevare che entrambi i giudici di merito, Pretore e Tribunale quale giudice dell’appello, abbiano appiattito il loro giudizio in modo empirico e meramente formale, avendo considerato pienamente valide le ragioni dell’avvocato che così poco aveva fatto per rispettare gli interessi sostanziali del proprio cliente, antepoendoli alla propria attività professionale vista sotto il profilo di mera concatenazione di atti, senza alcuna finalizzazione concreta o quanto meno realistica.

Innanzitutto, veniva giudicato congruo il compenso richiesto dall’avvocato, in relazione alle diverse prestazioni professionali espletate, in numerose procedure esecutive e giudizi contenziosi, e cioè opposizioni di terzo, azioni revocatorie e quant’altro, nelle quali tutte il debitore, inseguito invano da una pletora di creditori, si era caparbiamente difeso, rimanendo soccombente in tutte le controversie, ma comunque evitando di soddisfare le pretese dei propri creditori.

Così veniva giustificato l’avvocato in merito ai diritti esposti, rapportati alla misura gabellare all’uopo prevista, così come in merito agli onorari, vicini ai minimi di legge.

Per i giudici quindi la posizione creditoria del professionista appariva formalmente ineccepibile.

Di più, essi formalmente ritenevano non data la prova dell’inadempimento all’obbligo di informazione che il professionista deve al proprio cliente, ma che anzi doveva essere accertata la prova contraria, ossia della piena informazione di questi

quanto a tutte le principali attività svolte dal proprio legale, considerato (*si noti la sottigliezza del ragionamento*) che tutti gli atti introduttivi dei singoli giudizi recavano la firma non disconosciuta di delega, *quasi che tale sottoscrizione potesse in sé comprendere e testimoniare la compiutezza del dovere di informativa*.

Ulteriore formalismo giuridico veniva impiegato per giustificare l'operato, e quindi il compenso, del professionista, utilizzando cioè lo strumento della presunzione semplice, sulla base di un dato della comune esperienza, secondo cui "il soggetto sottoposto a diverse procedure esecutive non versa in buone condizioni economiche, ragion per cui il cliente doveva essere a conoscenza di tale circostanza".

Ulteriore capziosità del ragionamento compiuto in fase di merito per ritenere comunque fondate le ragioni dell'avvocato, attraverso una vera e propria *petitio principii* (che costituisce un grave errore di logica formale, perché non dimostra nulla) ateneva alla denegazione della lamentela circa il mancato esame del rapporto "costi/benefici" tra l'attività svolta ed i fini perseguiti, per il semplice fatto *che i costi della procedura si erano inopinatamente elevati a seguito dei giudizi contenziosi promossi dalla parte debitrice o da terzi*: quasi che tali eventi non fossero prevedibili, proprio perché posti in essere dallo stesso difensore, o comunque da altri legali di creditori concorrenti.

In questo modo, l'inopinabilità diventa la controfigura della realtà oggettiva, vista sotto il profilo della "ineluttabilità" delle azioni poste in essere. Trovandosi di fronte ad un debitore incallito, ed incautamente resistente ad ogni tipo di tentativo di recupero dei crediti in sofferenza, l'avvocato *non poteva far altro che procedere in tutte le direzioni, ed in tutte le sedi competenti, indipendentemente dall'esito (questo sì prevedibile) dei suoi sforzi*.

Non si può certo rimproverare all'avvocato E.G. di aver fatto di tutto, e del suo meglio, per cercare di soddisfare le ragioni del proprio cliente. Egli ha peraltro peccato per eccesso di zelo, proprio mettendo sotto i piedi l'interesse del cliente a non vedersi ulteriormente decurtato (inutilmente) del suo patrimonio. Non è in sé e per sé nemmeno necessario che il credito vantato sia di poco rilevante entità, come è certamente il caso di specie, perché ben può ammettersi il lottare per una questione di principio, ovvero comunque per una necessità impellente di danaro per cui anche una somma esigua può rappresentare per un indigente un interesse economico perseguibile.

Il problema è naturalmente nella considerazione che "tutto ha un limite", e cioè proprio in quella considerazione che i giudici di merito non hanno voluto compiere, "appiattendosi" sulle richieste formalmente (ma solo formalmente) ineccepibili del professionista: chi ha svolto un'attività a lui richiesta, deve essere pagato, tanto più se la sua richiesta non è "esosa".

Manca invero la logica umana, prima ancora che etica, del giusto rapporto tra prestazione e risultato: si badi bene che questa sentenza, non nega affatto la natura di obbligazione di mezzi e non di risultato dell'attività giudiziaria; essa pone invece, e giustamente, un correttivo a tale apparente contraddizione.

L'attività *inutiliter data* in quanto malgrado ogni sforzo e ogni rispetto delle regole tecniche non sia comunque pervenuta ad alcun successo concreto atto a soddisfare le

ragioni del patrocinato, è valida professionalmente ed eticamente accettabile solo ove preventivamente il cliente sia stato informato circa le prevedibili difficoltà di raggiungimento di un risultato positivo, e vi abbia prestato ragionatamente e coscientemente il suo consenso, dopo aver valutato, in simbiosi con il suo difensore, tutti i pro ed i contro ed aver dato il proprio assenso informato all'assunzione del rischio, ossia della possibilità concreta di non vedere soddisfatte, in tutto o in parte, le proprie ragioni, e di veder comunque ulteriormente decurtato il proprio patrimonio, in conseguenza del pagamento delle spese di giudizio e degli onorari.

La Cassazione ha giudicato immotivata la decisione del Tribunale quale giudice dell'appello, presa sulla base di una presunzione di fatto notorio, ritenendo apoditticamente provata l'attività di informazione dell'avvocato sulla situazione economica del debitore esecutato e sull'entità dei costi legali delle azioni da intraprendere; in realtà essa ha giudicato che, in assenza totale di prove documentali al riguardo, era fondata l'eccezione di inadempimento, tendente a vanificare (cioè rendere incostistente) il preteso diritto dell'avvocato a percepire emolumenti per prestazioni eseguite senza il consenso *informato* del cliente, consenso non provato dalla semplice firma di delega per mandato ad *litem*. Tale sottoscrizione comporta soltanto il sorgere del rapporto obbligatorio tra le parti, ma non fornisce alcuna prova dell'avvenuta informazione circa l'operato del mandatario nel corso dell'espletamento del mandato.

Ma vi è di più: L a S.C. ha avuto modo di stigmatizzare la circostanza che l'avv. G. ,avendo richiesto nell'arco di dieci anni di attività professionale un fondo spese irrisorio rispetto all'ammontare degli emolumenti poi pretesi, *aveva tratto in inganno il proprio cliente sul rapporto costi-benefici delle azioni intraprese*.

Non solo quindi egli aveva violato il principio di buona fede nell'esecuzione del mandato, non avendo preventivamente informato il cliente circa la situazione economica e processuale del suo debitore, ma anche e soprattutto nel corso del lunghissimo rapporto intercorso con lui egli aveva evitato di indicare di volta in volta le azioni da intraprendere, onde consentirgli di scegliere a *ragion veduta* se astenersi o proseguire nel tentativo di recupero del suo modestissimo credito, in ciò sicuramente fuorviato dalla mancata richiesta di integrazioni del modesto anticipo inizialmente richiesto.

Viene dato di pensare, in relazione alle argomentazioni della Corte, che l'avvocato si sia portato antistatario nelle varie procedure, condotta in sé non riprovevole, ma sempre e soltanto se questa venga posta in essere nell'interesse del cliente, e non al fine di precostituirsi un credito professionale, questo sì certo.

La richiesta di fondo spese irrisorio, non più reintegrata, pur in presenza di attività difensiva protrattasi per un decennio, costituisce certamente, se non un inganno, almeno una *captatio benevolentiae* nei confronti del cliente, quanto meno sotto il profilo di una ragionevole previsione quanto alla esiguità dei costi delle procedure, non avendo questi familiarità con le tariffe forensi.

Sotto il profilo deontologico, il relativo Codice, approvato nel 1997 ed aggiornato nel '99 e nel 2002, l'avv. E.G. avrebbe dovuto essere sanzionato per aver violato almeno tre norme, e precisamente l'art. 10 (dovere di indipendenza), l'art. 36 (autono-

mia del rapporto) e l'art. 40 (obbligo di informazione).

Ricordiamo a noi stessi brevemente il contenuto di tali regole di etica professionale.

La prima di esse stabilisce che *l'avvocato non deve tener conto di interessi riguardanti la propria sfera personale*.

Ad una prima lettura, si potrebbe limitare il discorso alla sfera più classica del "conflitto di interessi", posto che la stessa rubricazione dell' articolo parla di "dovere di indipendenza", ossia dell'obbligo per l'avvocato di non trascinare nel rapporto litigioso in cui assume il patrocinio di una parte, propri interessi, diretti o indiretti, che ne condizionino la libertà di azione, inducendolo a tenere un atteggiamento difensivo peculiare, non coincidente affatto con la tutela primaria ed autonoma del cliente.

Ad un più approfondito esame, il "conflitto di interessi" non può non sussistere anche, e forse soprattutto quando, all'esperienza dell'avvocato non balzi evidente che l'attività difensiva esercitata "in favore del cliente" in realtà non porterebbe da nessuna parte, illudendolo semplicemente quanto alla possibilità, seppur remota, di un recupero, anche parziale, del bene della vita dedotto in giudizio (nella fattispecie, il recupero di un credito, sia pur di modesta entità oggettiva, ma che per lui potrebbe avere un valore marginale elevato), facendone invece lievitare, al limite assurdamente, i costi giudiziali e professionali, ingenerando così in lui un duplice risentimento nei confronti dell'esercizio della giurisdizione (per la forbice estremamente dilatata tra costi e benefici, essendo i primi enormemente lievitati nel tempo, a fronte di risultati di nessuna consistenza).

L'unico ad essersi avvantaggiato di questa situazione, appare l'avvocato, cui entrambe le corti di merito avevano dato formale ragione quanto alle sue ragioni di credito.

Si badi bene, lungi da noi l'idea che l'avvocato non abbia diritto alla sua parcella, oltre ovviamente al rimborso delle spese sostenute per il cliente, anche in caso di sconfitta, o comunque di mancato raggiungimento di una qualche soddisfazione concreta del diritto fatto valere in giudizio.

Se così fosse, non ci sarebbero più avvocati, dato che già gli antichi saggiamente osservavano come l'esito delle cause fosse appeso al firmamento del cielo. Perdere una causa, o non riuscire a recuperare un credito, non è disonorevole, a condizione che il difensore abbia agito non solo tecnicamente in maniera corretta, ma anche e soprattutto abbia agito in coscienza, basando le proprie scelte processuali sulla ragionevole prospettiva di fondatezza, alla luce dei fatti e degli atti dedotti in giudizio, nonché della giurisprudenza, per quanto labile essa possa apparire non essendovi nel nostro sistema la regola aurea dello *stare decisis*.

In tale ottica, la saggezza e l'esperienza dell'avvocato sono insostituibili, e la ragionevolezza della sua azione deve essere del tutto indipendente dal proprio interesse personale, in quanto creditore potenziale del proprio cliente.

Ecco dunque che il dovere di indipendenza non riguarda soltanto la sfera degli interessi pregressi alla causa, bensì anche quelli connessi alla gestione della causa stessa, *a meno che il cliente stesso, debitamente informato quanto al rapporto costi/benefici*, non avalli le proposte del proprio difensore, avendone percepito pienamente i pro ed i contro.

La seconda regola stabilisce che *l'avvocato ha l'obbligo di difendere gli interes-*

*si della parte assistita nel miglior modo possibile, nei limiti del mandato e dell'osservanza della legge e dei principi deontologici*. Conseguentemente, *l'avvocato non deve consapevolmente consigliare azioni inutilmente gravose*.

Nel caso di specie, sembrerebbe che tale consiglio consapevole non sia stato affatto espresso, anzi l'avvocato si sarebbe limitato a far firmare al proprio cliente più di una delega a margine di fogli in bollo, o in calce agli atti notificati, senza dare spiegazioni di sorta quanto alla natura ed all'esito prevedibile della procedura da attivare.

Si potrebbe obiettare sull'ingenuità di un siffatto cliente, che nulla osa chiedere al proprio difensore, ma non è questo un buon motivo per giustificare il comportamento del professionista; molto spesso, soprattutto nelle piccole città di provincia, il rapporto cliente/ avvocato è improntato ad un rispetto ed una fiducia assai maggiore che non quelli che si riscontrano nelle grandi città, ma anche questo non è un motivo sufficiente per approfittarne, tutt'altro. E' comunque dovere unilaterale dell'avvocato mettere in guardia il proprio cliente sempre e comunque, indipendentemente dal contesto in cui nasce o si svolge il rapporto, ed indipendentemente dal grado di intelligenza e cultura che il cliente può personalmente possedere. Per definizione, il cliente non conosce il diritto nel suo divenire processuale, e tutto ciò che è connesso agli esiti delle cause, sia sotto il profilo della durata, che quello dei costi, e – soprattutto – quello del ragionevole esito conclusivo, ossia in punto di soddisfazione concreta del diritto fatto valere. Questo lo può presumibilmente e ragionevolmente ipotizzare solo il suo avvocato, ché anzi si può dire essere questa la sua precipua funzione, dal punto di vista obiettivo.

La terza regola stabilisce, a coronamento delle due già citate, che *l'avvocato è tenuto ad informare chiaramente il proprio assistito all'atto dell'incarico delle caratteristiche e dell'importanza della controversia o delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzioni possibili*.

Se richiesto, è *obbligo dell'avvocato informare la parte assistita sulle previsioni di massima inerenti alla durata e ai costi presumibili del processo*.

Ci permettiamo sommamente di dissentire sull'inciso ipotetico esplicitato nel Codice deontologico: non solo ove richiesto, ma sempre, il bravo e serio avvocato (le due qualità non possono andare disgiunte) ha il dovere di informare il cliente sul rapporto costi / benefici, e comunque precipuamente in quelle situazioni, come quella sottoposta al vaglio di legittimità della S.C., tale esplicitazione sia talmente necessaria, da pregiudicare, ove non eseguita, la correttezza del rapporto professionale, onde evitare risultati così evidentemente catastrofici per l'immagine degli avvocati.

Avv. Ferdinando CARBONE

**CORTE D'APPELLO DI ROMA – SECONDA SEZIONE  
SENTENZA 15 LUGLIO 2004 N. 3331  
PRES. REL. MARMO**

Procedimento civile – Procura al difensore conferita in primo grado – Ampia formulazione – Intero giudizio – Estensione

Notaio - Responsabilità professionale – Obbligo consulenza – Insussistenza specifico mandato – Esclusione - Azione responsabilità professionale – Danno – Insussistenza – Esclusione

*In materia di procura al difensore il conferimento in primo grado di procura speciale alle liti mediante la formula “per il presente giudizio o per la presente procedura”, senza specificazioni ulteriori deve intendersi riferito all’intero giudizio articolato nei suoi diversi gradi e consente quindi di ritenere la procura validamente conferita anche per il grado di appello (1).*

*L’azione di responsabilità del notaio, il quale viene ritenuto responsabile di aver violato i propri obblighi professionali, presuppone l’esistenza di un danno (2).*

**La sentenza così motiva:**

**Svolgimento del processo**

**E.G.I.** e M. C. convenivano in giudizio, con atto del 15 settembre 1995, davanti al Tribunale di Roma, B. M., G. C., S. D. A., C. D. C., L. I. ed E. C. e, con atto del 5 dicembre 1995, in rinnovazione, la ..... s.r.l. ed esponevano quanto segue;

◆ essi attori, in regime di comunione di beni, avevano acquistato dalla .... s.r.l. in data 29 luglio 1992, con atto a rogito notaio C. rep. 13844, il villino realizzato dalla stessa venditrice in località ....., viale ..... lettera B, su due livelli, al prezzo complessivo di £ 500.000.000, di cui £ 400.000.000 versate in contanti e £ 100.000.000 mediante accollo di pari quota del mutuo di complessive £ 640.000.000 concesso alla venditrice dall’Istituto Bancario .... con atti dello stesso notaio C. in data 19 luglio 1988, il condizionato, ed in data 7 aprile 1989, il definitivo, garantito da ipoteca di complessiva £ 1.920.000.000 gravante, oltre che sul villino in questione, anche sulle altre unità immobiliari realizzate dalla venditrice;

◆ lo stesso giorno, con atti a rogito del notaio C. rep. n 13845, 13846 e 13847, la ... s.r.l. aveva venduto le altre unità immobiliari realizzate nel comprensorio, facenti parte del villino trifamiliare su due livelli contrassegnato della lettera A) ed in particolare ai coniugi C. e D. A. l’appartamento n. 8, con accollo di quota di mutuo di £ 60 milioni, ai coniugi D. C. e L. I. l’unità senza numero civico con accollo di quota del mutuo di £ 115.000.000, ed ai coniugi N. e M. l’unità numero 10 con accollo di quota di £ 80

milioni del mutuo erogato alla venditrice ..... a carico della quale restava ancora una quota mutuo capitale di £ 285 milioni che essa si impegnavo a restituire all’istituto mutuante onde ridurre l’iscrizione ipotecaria e consentire il frazionamento del mutuo residuo tra gli aventi causa;

◆ per realizzare la suddetta operazione di frazionamento del mutuo la società venditrice, contestualmente alla compravendita, aveva costituito presso il notaio C. un deposito fiduciario di £ 272.175.000 di cui £ 237.630.829 erano versate dal professionista all’istituto mutuante in data 10 marzo 1993, versamento che però non comportava una pari riduzione della quota capitale del mutuo in quanto veniva imputato dalla banca alla maggiore esposizione della mutuataria, maturata a causa della sua totale morosità nel pagamento delle rate decorrenti dal 1 gennaio 1990;

◆ in relazione a dette morosità l’Istituto di Credito mutuante aveva instaurato l’esecuzione immobiliare n. 68285 del 1991 tuttora pendente anche se essi attori avevano provveduto a saldare ogni morosità onde evitare l’espropriazione ed il lievitare di penalità ed interessi;

◆ tra la stipula del preliminare ed il rogito essi attori erano stati costretti a corrispondere alla venditrice, pena il rifiuto della stipula, altri importi certamente non dovuti ed esattamente £ 5.610.000 per interessi di preammortamento richiesti con lettera del 2 gennaio 1989, £ 20 milioni anziché £ 11.683.000 per I.V.A sulla fattura del 29 luglio 1992 n. 5, £ 54.390.000 per pretesa maggiorazione dei costi di costruzione ed inesistenti lavori suppletivi, £ 50 milioni in ulteriore conto prezzo da scomputarsi, quindi, sulla quota mutuo accollata che, conseguentemente, doveva essere ridotta;

◆ era inoltre insorta controversia tra gli acquirenti in ordine alla provvisoria ripartizione tra loro della quota di mutuo del 45% circa rimasta a carico della ..... s.r.l. da effettuarsi, secondo essi attori, solidalmente, secondo quote eguali e, secondo gli altri acquirenti, in proporzione all’entità degli acquisti di ciascuno, tanto che essi attori erano stati indotti ad effettuare versamenti superiori di £ 39.207.185 a quanto da essi dovuto.

Gli attori chiedevano quindi al Tribunale di condannare la .... s.r.l. a ridurre il mutuo fondiario MF 33/262214 e, conseguentemente, a corrispondere all’Istituto ..... l’importo residuale ancora dovuto per capitale o interessi ovvero, in difetto, a corrispondere ad essi attori, in solido con gli altri aventi causa, nonchè a rimborsare ad essi attori le somme indebitamente percepite e di condannare la stessa .... s.r.l., in solido con il notaio C., al risarcimento di tutti i danni derivati dall’omessa riduzione del mutuo fondiario e dall’omesso integrale pagamento delle rate maturate dal 1 gennaio 1990 fino alla data della compravendita e delle quote dovute successivamente.

Gli attori chiedevano, inoltre, al Tribunale di condannare l’Istituto Bancario ..... a formalizzare la rinuncia all’esecuzione immobiliare n. 68285/91 e a rimborsare quanto eventualmente percepito in più per l’omesso computo a conguaglio dell’importo a garanzia, di accertare che la quota parte di mutuo fondiario facente carico alla .... gravava solidalmente in parti uguali su tutti gli aventi causa, condannando gli altri conve-



nuti N., M., C., D. A., D. C. e I. a rimborsare, in solido, ad essi attori la somma di £ 38.223.148 versata in eccedenza.

Si costituivano i convenuti C., D. A., D. C. I., N., M., l'Istituto Bancario .... ed il notaio C. mentre la s.r.l. .... rimaneva contumace.

Il C. e la D. A. chiedevano il rigetto delle domande proposte nei loro confronti e che in caso di accoglimento delle domande proposte nei confronti del C. e della venditrice le somme dovute da costoro venissero accreditate all'Istituto mutuante per l'estinzione del mutuo.

I convenuti D.C. e I. chiedevano il rigetto della domanda concernente la ripartizione in parti uguali del mutuo tra tutti gli acquirenti, aderendo alle altre domande proposte dagli attori nei confronti del notaio, della società venditrice e della banca mutuante.

I convenuti N. e M. chiedevano il rigetto delle domande proposte nei loro confronti e che, in caso di accoglimento delle domande degli attori nei confronti del notaio e della venditrice, le somme da essi dovute venissero attribuite pro quota a tutti gli acquirenti.

Anche l'Istituto Bancario ..... si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto della domanda e precisando di aver già provveduto a formalizzare la propria rinuncia al processo esecutivo.

Il notaio C. chiedeva il rigetto della domanda deducendo di aver ricevuto in deposito fiduciario la somma di £ 272.175.000 con l'incarico di consegnarla all'Istituto .... solo al momento della formale riduzione del mutuo e di avere più volte, inutilmente, sollecitato l'Istituto mutuante versandogli infine l'intero importo in data 10 marzo 1993.

Su autorizzazione del giudice istruttore il C. chiamava in causa le proprie compagnie assicuratrici la xxx s.p.a. e la yyy s.p.a. chiedendo di essere manlevato dalle stesse.

Si costituivano entrambe le compagnie ed eccepivano preliminarmente la nullità dell'atto di chiamata in causa per difetto di apposita procura alle liti per la domanda di garanzia. La yyy s.p.a. eccepiva inoltre il proprio difetto di legittimazione passiva e la xxx l'inoperatività della garanzia assicurativa ex artt. 2, 3, 23 e 37 della convenzione Asco ed il difetto di giurisdizione del giudice ordinario in virtù della clausola compromissoria contenuta nell'art. 38 della suindicata convenzione. Entrambe chiedevano il rigetto della domanda di garanzia.

Con sentenza n. 1709 emessa il 18 gennaio 2002 il Tribunale di Roma condannava in solido il C. e la .... s.r.l. al pagamento, in favore degli attori e degli altri acquirenti N., M., C., D.A., D.C. e I. della complessiva somma di £ 400 milioni e la sola .... s.r.l. al pagamento dell'ulteriore somma di £ 262.676.907, oltre interessi legali dalle date dei singoli esborsi al saldo; respingeva ogni altra domanda degli attori, disponeva che la suddetta somma andasse ripartita tra tutti gli aventi diritto in proporzione al prezzo degli appartamenti acquistati, dichiarava la nullità della chiamata in garanzia delle compagnie assicuratrici xxx e yyy per difetto di procura; condannava i convenuti C. ed .... s.r.l., in solido, al pagamento delle spese processuali in favore degli attori, nonchè al rimborso delle spese di c.t.u., compensando le spese tra tutte le altre parti.

Proponeva appello il notaio C., con atto notificato il 15 e 16 ottobre 2002, chie-

dendo alla Corte, per i motivi che saranno nel prosieguo analiticamente esaminati, di accogliere le conclusioni riportate in epigrafe.

Si costituivano E. G. I., M. C., B. M., A. N., C. D.C., L. F., la xxx s.p.a., la yyy Assicurazioni e Riassicurazioni s.p.a., G. C. e S. D.A.. I primo otto concludevano come riportato in epigrafe. G. C. e S. D.A. chiedevano il rigetto dell'appello.

Respinta l'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza impugnata, sulle conclusioni precisate all'udienza di precisazione delle conclusioni del 23 dicembre 2003 l'appellante chiedeva la discussione orale della causa e riformulava ritualmente la richiesta contestualmente alle repliche. All'udienza del 27 aprile 2004, all'esito della discussione orale, il Collegio tratteneva la causa in decisione.

### Motivi della decisione

Va preliminarmente esaminata l'eccezione di nullità dell'atto di appello per inesistenza della procura in ordine al giudizio di impugnazione.

L'eccezione è priva di fondamento.

Anche a prescindere dall'assorbente rilievo che in materia di procura al difensore il conferimento in primo grado di procura speciale alle liti mediante la formula "per il presente giudizio o per la presente procedura," senza specificazioni ulteriori, deve intendersi riferito all'intero giudizio articolato nei suoi diversi gradi e consente quindi di ritenere la procura validamente conferita anche per il grado di appello, (v. per tutte Cass. 7 gennaio 2003 n. 40), si rileva che la procura rilasciata dal notaio C. all'avvocato V. S. in calce alla copia notificata dell'atto di citazione comprende "la rappresentanza nel presente giudizio e procedimento ed in tutte le fasi da esso comunque dipendenti". Deve quindi ritenersi, data l'ampia formulazione della delega, che essa si riferisca all'intero procedimento.

Va, quindi, respinta l'eccezione di inesistenza della procura per il giudizio di impugnazione.

Con il primo motivo l'appellante, premesso che l'unica domanda svolta nei propri confronti era stata formulata soltanto dagli attori E. I. e M. C., mentre il giudice di primo grado aveva illegittimamente esteso la condanna di esso convenuto in favore dei convenuti D.C., I., M., N., C. e D.A., rileva che il primo giudice aveva ritenuto sussistente la responsabilità di esso notaio "per la leggerezza con cui aveva accettato l'incarico del G. (amministratore della società venditrice) omettendo di avvertire le parti dell'impossibilità di ottenere la riduzione e il frazionamento del mutuo in presenza di una morosità pregressa di rilevante entità", mentre non aveva addebitato alcuna responsabilità al notaio per il dedotto ritardo con cui esso appellante aveva versato all'Istituto mutuante le somme depositate fiduciarmente presso di lui dagli attori. Doveva, peraltro, rilevarsi che il deposito delle somme avrebbe dovuto essere eseguito solo al momento del frazionamento e che il pagamento era stato eseguito prima di tale evento soltanto in quanto i funzionari dell'Istituto Bancario ... avevano stabilito di subordinare il frazionamento e la riduzione del mutuo al pagamento di pregresse morosità della società ... s.r.l. sia per rate arretrate che a titolo di interessi, pagamento che la società

non aveva eseguito.

Esso appellante aveva, quindi nel pieno rispetto della volontà delle parti ed al solo fine di evitare l'ulteriore incremento del debito, provveduto al pagamento.

Per quel che attiene al dedotto dovere di informativa l'appellante deduce di non aver ricevuto alcun mandato di natura consultiva o operativa avente ad oggetto la riduzione del mutuo ed il suo successivo frazionamento.

Del resto gli acquirenti erano stati assistiti dal loro legale M. L. nel corso della procedura. Doveva, quindi, escludersi un'omissione del dovere di informazione da parte del notaio in quanto le parti erano informate o, comunque, essendo assistite da un legale, erano in condizioni di esser agevolmente messe al corrente da quest'ultimo del mancato frazionamento del mutuo.

Il motivo è fondato e merita accoglimento.

Come risulta testualmente dalla lettera di incarico in atti del 29 luglio 1992 "la società .... s.r.l. consegna presso di Lei notaio C. di Roma, costituendola in deposito fiduciario, la somma di lire 272.175.000, conferendole all'uopo formale incarico di trattenerla presso di sé e di consegnarla, all'Istituto Bancario .... solo ed esclusivamente al momento del perfezionamento formale della riduzione del mutuo di cui in premessa e comunque al momento dell'atto notarile di riduzione. In caso tuttavia di atto formale scritto di diniego della riduzione suddetta da parte dell'Istituto Bancario ....., la somma suddetta verrà da Lui versata all'Istituto medesimo in conto capitale erogato. Il presente incarico viene espressamente dichiarato irrevocabile e non potrà essere modificato senza il consenso scritto ed espresso dell'Istituto Bancario .... e dei signori I., D.C., C. e N., acquirenti di porzioni immobiliari".

Considerato il limite del mandato in relazione al quale, dato il suo tenore letterale, risulta che il notaio era un mero esecutore della volontà delle parti, in ordine ai rilievi formulati dagli attori che, anche se in maniera generica e contraddittoria, addebitano al C. una responsabilità per il tardivo versamento delle somme a lui consegnata a titolo di deposito fiduciario, anche se contestualmente ne adombrano la responsabilità per averla invece pagata, la Corte rileva, in primo luogo, che dal tenore dello stesso mandato risulta che il notaio si è attenuto alle disposizioni dei mandanti in quanto il mutuo non era stato ridotto e frazionato esclusivamente per pregresse morosità della .....

Il notaio, quindi, nell'interesse dei mandanti e nel pieno rispetto del mandato dato da costoro, che avevano già pagato buona parte del corrispettivo delle villette, ha versato la somma nel momento in cui, stante il rifiuto di riduzione del mutuo da parte dell'Istituto concedente, il mancato pagamento delle somme da lui detenute avrebbe comportato esclusivamente l'aumento del debito e degli interessi a carico degli acquirenti.

Né, d'altro canto, può ritenersi sussistente alcuna responsabilità del notaio per la mancata riduzione del mutuo, atteso che essa, come sopra precisato, è attribuibile ai mancati pagamenti della .... e alla volontà della concedente. In ogni caso, anche a voler ritenere che il notaio si fosse impegnato ad adoperarsi per ottenere la riduzione del mutuo e il suo frazionamento, non è pensabile che lo facesse a sue spese e non può quin-

di, ritenersi responsabile per il mancato raggiungimento dell'intento, essendo, comunque, questa eventuale obbligazione, peraltro dedotta ma non provata, solo di mezzi e non di risultato e non potendosi ritenere sussistente in proposito alcun comportamento colpevole o negligente dell'appellante.

Il lievitare del mutuo, giova ribadirlo, è infatti attribuibile esclusivamente alle morosità pregressa della .....

Al C. è, inoltre, rimproverata l'omessa informazione in ordine alla situazione del mutuo. Tale rimprovero appare del tutto infondato se si considera che gli appellati non solo non gli avevano dato un mandato specifico d'assistenza ma erano assistiti da un legale il quale avrebbe potuto agevolmente assumere dirette informazioni in ordine allo stato dell'istruttoria del mutuo ipotecario.

L'avvocato M. L., sentito come teste in primo grado all'udienza del 27 aprile 1999, ha infatti dichiarato di aver ricevuto incarico dagli attori e dagli altri acquirenti di curare il trasferimento degli immobili ed ha precisato che le parti erano a conoscenza che il mutuo non era frazionato e che vi era una morosità.

Si rilevano, quindi, infondati gli addebiti a carico del notaio.

E', comunque, assorbente il rilievo che l'azione di responsabilità del notaio, il quale viene ritenuto responsabile di aver violato i propri obblighi professionali, presuppone l'esistenza di un danno mentre nel caso in esame non risulta addebitabile al C. alcun comportamento che abbia direttamente o indirettamente loro cagionato un danno in quanto il lievitare della somma dovuta a titolo di corrispettivo per l'acquisto dell'unità immobiliare è dovuto esclusivamente al mancato adempimento degli obblighi di tempestivo pagamento da parte della società .... e degli altri acquirenti. Viceversa, considerato che sussiste l'obbligo solidale di pagamento da parte di tutti gli acquirenti, lo svincolo della somma consegnata al notaio, nel rispetto del mandato conferitogli dai coniugi, non solo non ha aumentato il danno, dovuto, giova ribadirlo, esclusivamente all'inadempimento della venditrice, ma ha impedito il lievitare degli interessi. Del resto gli stessi attori, nell'atto introduttivo del giudizio, hanno dedotto di aver pagato tutti i debiti della .... per sanare ogni morosità ed impedire il lievitare degli interessi. L'accoglimento del primo motivo di impugnazione non esime la Corte dall'esaminare d'ufficio il motivo proposto dall'appellante soltanto in via subordinata relativo alla dichiarata nullità, da parte del giudice di primo grado, della chiamata in causa delle società assicuratrici.

Peraltro, considerato che nella delega a margine della comparsa di costituzione del notaio non è previsto espressamente il potere di chiamata in causa rimane confermata la statuizione del primo giudice in ordine alla dichiarazione di nullità delle chiamate in causa delle società assicuratrici e dell'addebito delle relative spese processuali al notaio relative al primo grado di giudizio, rimanendo invece compensate, considerato l'accoglimento dell'appello principale, tra l'appellante e le chiamate le spese del giudizio di appello. L'esclusione della responsabilità del notaio comporta, inoltre, la caducazione di tutte le statuizioni di condanna ad essa conseguenti in favore A. N., B. M., G. C., S. D.A., C. D.C., L. I. ed il rigetto dell'appello incidentale subordinato proposto

dagli appellati M. B. ed A. N., avente ad oggetto l'attribuzione pro quota delle somme che dovevano essere pagate dal notaio.

Considerato che la .... s.r.l., peraltro rimasta contumace in entrambi i gradi di giudizio, ha dato causa, con il proprio illegittimo comportamento, al presente procedimento la Corte ritiene che vada condannata al rimborso, in favore di C., delle spese di entrambi i gradi di giudizio che si liquidano nella misura indicata in dispositivo, mentre si reputano sussistenti giusti motivi, stante la complessità della vicenda ed il comprensibile equivoco in cui sono verosimilmente cadute le altre parti del presente giudizio per compensare tra il C. e le altre parti costituite le spese di entrambi i gradi di giudizio. Non deve, inoltre, provvedersi in ordine alle spese per quel che attiene l'Istituto .... Spa, già Istituto Bancario ....., rimasto contumace in appello e nei cui confronti non vi è alcun motivo di impugnazione della sentenza (Omissis).

### (1-2) Riflessioni sulla responsabilità professionale notarile.

La sentenza in epigrafe affronta preliminarmente l'eccezione processuale relativa alla "nullità dell'atto di appello per inesistenza della procura in ordine al giudizio di impugnazione" e conclude per la infondatezza della medesima eccezione data l'ampia formulazione della delega, che consente di ritenere che "essa si riferisca all'intero procedimento". La Corte afferma, quindi, il principio, consolidato nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui la procura speciale alle liti rilasciata in primo grado con la formula "per il presente giudizio o per la presente procedura" senza ulteriori specificazioni deve intendersi riferita all'intero giudizio che si svolge nei suoi diversi gradi, per cui essa deve reputarsi validamente conferita anche per il grado di appello [cfr. Cass. SS.UU. 17.5.1991, n. 5528 "La procura speciale al difensore, rilasciata in primo grado "per il presente giudizio" (o processo, causa, lite, ecc.), senza alcuna indicazione delimitativa, esprime la volontà della parte di estendere il mandato all'appello, quale ulteriore grado in cui si articola il giudizio stesso e, quindi, implica il superamento della presunzione di conferimento solo per detto primo grado, stabilita dall'art. 83 comma ultimo c.p.c., norma che deve considerarsi operante solo quando vengono utilizzati termini assolutamente generici o quando la procura si limiti a conferire la rappresentanza processuale senza alcuna altra indicazione"; nello stesso senso Cass. 18.6.1992, n. 7487; 2.3.1998, n. 2260; 7.1.2003, n. 40].

La Corte d'Appello entra poi nel merito della vicenda ed esamina la questione relativa alla asserita responsabilità professionale del notaio.

Essa nega tale responsabilità in ordine ai diversi profili contestati dagli appellati, e cioè:

- ◆ circa un presunto ritardo del notaio nel versamento delle somme a lui consegnate, a titolo di deposito fiduciario, dalla società venditrice, in quanto la Corte ritiene che dal tenore letterale del mandato, che aveva accompagnato il deposito, risultava che il notaio fosse un mero esecutore materiale della volontà delle parti, per cui non gli erano lasciati margini di discrezionalità o di scelta. Pertanto, essendosi egli attenuto a quanto richiesto dalle parti ed avendo agito unicamente nell'interesse delle stesse, non era ravvisabile alcuna sua responsabilità;

- ◆ in relazione ad una sua presunta responsabilità "per la mancata riduzione del mutuo". In quanto la mancata riduzione era unicamente addebitabile ai mancati pagamenti della società venditrice e, conseguentemente, alla volontà dell'istituto mutuante, per cui nessun addebito poteva essere mosso al notaio il quale doveva fungere da mero esecutore materiale del pagamento delle somme precedentemente consegnategli;

- ◆ in relazione alla "omessa informazione in ordine alla situazione del mutuo". I giudici ritengono infondata anche tale addebito poiché gli appellati non avevano conferito al notaio un "mandato specifico di assistenza ma erano assistiti da un legale il quale avrebbe potuto agevolmente assumere dirette informazioni in ordine allo stato dell'istruttoria del mutuo ipotecario" ed inoltre, come era risultato dall'istruttoria, essi erano a conoscenza "che il mutuo non era frazionato e che vi era una morosità".

La Corte conclude, infine, che l'azione di responsabilità del notaio "presuppone l'esistenza di un danno" conseguente al suo comportamento. Nel caso de quo non sarebbe invece addebitabile al notaio alcun comportamento che "abbia direttamente o indirettamente loro cagionato un danno, in quanto il lievitare della somma dovuto a titolo di corrispettivo per l'acquisto dell'unità immobiliare è dovuto esclusivamente al mancato adempimento degli obblighi di tempestivo pagamento da parte della società xxx e degli altri acquirenti."

L'analisi formulata dalla Corte romana offre lo spunto per una riconsiderazione generale e per un esame dei casi in cui è ravvisabile una responsabilità professionale del notaio per violazione degli obblighi professionali legati alla sua funzione.

Invero, nel caso in esame, nonostante non siano ricostruibili con cristallina chiarezza i fatti di causa, sembra indiscutibile che le parti fossero a conoscenza della reale situazione e, quindi, della morosità della società venditrice, tanto è vero che già nel 1991 l'Istituto di credito mutuante aveva instaurato l'esecuzione immobiliare e gli attori (odierني appellati) avevano dovuto provvedere a saldare ogni morosità per evitare l'espropriazione ed il lievitare di penalità ed interessi; inoltre gli stessi attori, tra la stipula del preliminare ed il rogito, avevano dovuto corrispondere alla venditrice, pena il rifiuto della stipula, altri importi non dovuti. A ciò aggiungasi che, per tutta la durata della procedura di vendita, gli acquirenti erano stati assistiti dal loro legale.

Appare, però, discutibile il punto della motivazione della sentenza in oggetto in cui la Corte sembra postulare che solo in presenza di uno *specifico mandato di assistenza*, sia ravvisabile un dovere di completa informazione in capo al notaio verso i suoi clienti.

Il rapporto che si instaura tra il notaio ed il cliente è stato variamente classificato dalla dottrina e dalla giurisprudenza sia come rapporto contrattuale di prestazione d'opera intellettuale, disciplinato dagli artt. 2229 ss. c.c. (*ex plurimis* Cass. 28.1.2003, n. 1228; 23.10.2002, n. 14934; 15.6.1999, n. 5946), che come rapporto di mandato (*ex plurimis* Cass. 18.3.1997, n. 2396). Se appare preferibile, anche sulla scorta della giurisprudenza dominante, inquadrare l'attività notarile nell'ambito della prestazione d'opera intellettuale, che si attaglia perfettamente alla funzione notarile, è da evidenziarsi come entrambi gli orientamenti richiamati presentino notevoli punti di contatto e si dif-

ferenzino, in realtà, unicamente da un punto di vista di classificazione dogmatica.

Entrambe le posizioni, infatti, concordano nel ritenere che l'obbligazione cui è tenuto il notaio sia un'obbligazione di mezzi e non di risultato, in quanto egli non è, certamente, tenuto a garantire il buon esito del negozio, cosa che esula dai suoi compiti, ma a predisporre tutti i mezzi necessari ed a svolgere tutti gli opportuni adempimenti in vista del risultato perseguito dalle parti. La responsabilità del notaio per colpa nell'adempimento delle sue funzioni ha, dunque, natura contrattuale discendendo dal rapporto (di mandato o di prestazione d'opera intellettuale) che lo lega al cliente, per cui legittimato a farla valere è unicamente il cliente medesimo che è la parte che ha richiesto tale prestazione e che ha concluso il contratto (Cass. 23.10.2002, n. 14934). Inoltre, se è vero che in base al disposto dell'art. 2236 c.c. la responsabilità del prestatore d'opera è prevista in caso di dolo o colpa grave, tale limitazione, secondo le parole usate dallo stesso articolo, è circoscritta alle sole ipotesi in cui egli debba risolvere "problemi tecnici di speciale difficoltà", in tutti gli altri casi egli risponderà anche per *culpa levis*. Il professionista deve, infatti, adempiere con una diligenza adeguata alla natura dell'attività esercitata (art. 1176, secondo comma, c.c.) e ciò, in relazione alla professione notarile, "implica scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale" poiché il notaio è obbligato ad una diligenza che non è solo quella del buon padre di famiglia, ma è una diligenza "qualificata" essendo quella specifica richiesta a colui che esercita un'attività professionale, "la quale comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione" (Cass. n. 1228/2003 cit; 5946/1999 cit.).

Si può, quindi, sintetizzare che nei casi di negligenza ed imprudenza il professionista risponderà anche per colpa lieve, mentre nel caso di imperizia, previa dimostrazione della speciale difficoltà della prestazione richiesta, egli sarà responsabile solo in caso di dolo o colpa grave.

La regola della diligenza, in relazione alla specificità della professione notarile, assume, dunque, un duplice significato divenendo sia il parametro sulla cui base imputare il mancato adempimento che il criterio in relazione al quale determinare il contenuto dell'obbligazione richiesta.

La funzione notarile è infatti funzione di interesse generale ed al notaio che la esercita non è richiesto solo di redigere un atto pubblico, avente fede privilegiata, formalmente perfetto, ma soprattutto di realizzare, attraverso il negozio che è chiamato a stipulare, gli interessi delle parti e gli scopi, che le stesse, tramite quello specifico negozio, volevano perseguire. La funzione notarile non può, quindi, essere ridotta "alla mera indagine e documentazione della volontà dei contraenti ma svolge attività di controllo della legalità dell'atto, di consulenza, di accertamento dei presupposti dell'atto stesso affinché questo raggiunga e conservi, nel comune interesse delle parti, il suo effetto tipico" (cfr. Cass. 13.6.2002, n. 8470).

Nel momento in cui il notaio è incaricato di redigere l'atto pubblico non può, quindi, limitarsi ad accertare l'identità dei contraenti e ad indagare e registrare la loro volontà, ma deve svolgere tutte quelle necessarie attività, preparatorie e successive, tra

cui, nel caso di atto di compravendita immobiliare, spiccano le visure ipotecarie e catastali che egli deve effettuare anche nel caso in cui non abbia ricevuto uno specifico incarico dalle parti in tal senso. Solo così potrà essere esattamente individuato il bene compravenduto, ne potrà essere accertata la provenienza e la libertà da pesi o vincoli, in modo tale che il trasferimento voluto dai contraenti produca i suoi effetti e non possa essere inficiato dalle parti stesse o da soggetti terzi.

Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, infatti, "l'obbligo di procedere all'accertamento della libertà del bene, mediante le così dette visure ipotecarie e catastali non è subordinato al conferimento di uno specifico incarico ma rientra nei doveri professionali del notaio incaricato della preparazione e della stesura di un atto pubblico di trasferimento immobiliare a meno che non sia stato espressamente dispensato per ragioni di urgenza o per altri motivi" (Cass. 22.3.1994, n. 2699; 24.10.1987, n. 7827; 29.8.1987, n. 7127).

Il notaio, quindi, quale tecnico del diritto a cui le parti si affidano, deve – senza necessità che gli vengano conferiti incarichi ulteriori rispetto a quello, principale, di stipulare l'atto – dare una completa e totale assistenza alle parti, assistenza che si estende a tal punto da comprendere anche una attività di consulenza, ovviamente nei limiti di quelle conoscenze "che devono far parte del normale bagaglio di un professionista che svolge la sua attività principale nel campo della contrattazione immobiliare" (Cass. 13.1.2003, n. 309 e Cass. 15.6.1999 n. 5946 secondo la quale "Per il notaio richiesto della preparazione e stesura di un atto pubblico di trasferimento immobiliare, la preventiva verifica della libertà e disponibilità del bene e, più in generale, delle risultanze dei registri immobiliari, attraverso la loro visura, nonché l'informativa del cliente sul suo esito e, nell'ipotesi di constatazione di presenza di iscrizioni pregiudizievoli, la dissuasione del cliente dalla stipula dell'atto, costituiscono, salva l'espressa dispensa degli interessati dalla suddetta verifica, obblighi derivanti dall'incarico conferitogli dal cliente e, quindi, fanno parte dell'oggetto della prestazione d'opera professionale...").

Tutto ciò, ovviamente, a meno che le parti non lo abbiano esplicitamente esentato da tali obblighi o non gli abbiano chiesto di redigere l'atto, ma semplicemente di autenticare le firme da esse apposte, in sua presenza, in calce ad una scrittura privata già predisposta dalle stesse parti o da un terzo. In tale ultimo caso, l'autentica costituisce, infatti, un atto di certificazione autonomo ed indipendente dal documento certificato, il quale conserva la sua natura di scrittura privata, per cui, al massimo, può ritenersi che per il notaio sussista il solo obbligo di verificare il contenuto di tale scrittura per accertare che non contenga disposizioni contrarie alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico, come si evince dall'art. 28 della legge n. 89 del 1913.

In ogni altro caso è, invece, fonte di responsabilità professionale il non aver compiuto quelle indagini o il non aver svolto quella attività di consulenza essenziali affinché l'atto, che egli era stato incaricato di redigere, raggiunga il risultato pratico perseguito dai contraenti.

Sulla scorta di tali principi, sanciti dalla giurisprudenza di legittimità, si può ritenere che nella fattispecie *de qua*, contrariamente a quanto deciso dalla Corte d'Appello

romana, non fosse necessario che al notaio, incaricato di redigere gli atti pubblici di compravendita, fosse conferito uno specifico ulteriore incarico perché insorgesse un dovere di assistenza e di consulenza, nei confronti delle parti acquirenti, anche in relazione alla situazione del mutuo (alla sua riduzione ed al successivo frazionamento). Tale attività doveva essere considerata come inglobata nel generale incarico del rogito dell'atto in quanto necessaria affinché l'atto stesso realizzasse gli scopi perseguiti dai contraenti. Né la presenza del legale delle parti avrebbe dovuto esonerare il notaio dall'obbligo di informativa e di consulenza, obbligo su di lui gravante proprio in ragione dello specifico rapporto (di prestazione d'opera professionale o di mandato a seconda di come lo si voglia considerare) che lo legava alle parti (si evidenzia che l'eventuale individuazione del notaio da parte del venditore – dovuta alla posizione preponderante che, come proprietario e costruttore di una molteplicità di immobili, esso veniva ad assumere – non incide sul rapporto professionale che, comunque, si instaura con l'acquirente). Tanto più che lo stesso notaio aveva stipulato anche i contratti di mutuo tra l'istituto mutuante e la società venditrice degli immobili (nel 1988 il condizionato e nel 1989 il definitivo garantito da ipoteca gravante sui beni compravenduti) per cui egli appariva particolarmente addentro alle vicende della società venditrice. Tra l'altro il principale motivo per cui la Corte esclude il ricorrere della responsabilità notarile è che *“l'azione di responsabilità del notaio, ....., presuppone l'esistenza di un danno ... mentre nel caso in esame non risulta addebitabile al xxx alcun comportamento che abbia direttamente o indirettamente loro cagionato un danno ...”*: in realtà tale conclusione non appare condivisibile, in quanto non sarebbe illogico ritenere che un danno sia stato arrecato agli acquirenti proprio dall'inadempimento, da parte del notaio, ai suoi obblighi di informativa e consulenza. L'unico elemento ostativo è costituito dalla circostanza, emersa dalla ricostruzione dei fatti di causa e dall'istruttoria, che gli acquirenti erano consapevoli della situazione di morosità della società venditrice e del mancato frazionamento del mutuo, per cui agli stessi sembrerebbe addebitabile ben più di un concorso di colpa.

Se infatti, come pare risultare dalla ricostruzione fattuale, gli acquirenti sapevano che vi era una morosità da parte della società venditrice – anche se non emerge con chiarezza se essi fossero a conoscenza della reale entità della morosità e di come essa si stesse ripercuotendo sulle vicende del mutuo – sarebbe stato loro onere adottare ogni cautela per evitare i possibili e prevedibili pregiudizi derivanti da una simile situazione (per esempio sospensione del pagamento del prezzo, rifiuto dell'immediata stipula del contratto definitivo, stipula dello stesso trattenendo le somme necessarie per la rimozione dei vincoli, esercizio degli opportuni rimedi giudiziari per far valere, con tempestività, l'inadempimento della venditrice). Perciò, il non essersi attivati, nonostante tale consapevolezza, interromperebbe il nesso causale tra la responsabilità professionale del notaio, inadempiente al proprio incarico, ed il danno patito. Il danno sarebbe, infatti, imputabile alla negligenza degli acquirenti più che all'omessa informativa del notaio.

Si rileva, tra l'altro, che, nel nostro caso, tale pregiudizio, nella misura maggiore, sembra essersi verificato nell'intervallo intercorrente tra il contratto preliminare ed il definitivo, quindi in una fase antecedente al momento in cui è stato conferito l'incarico

al notaio, al quale, pertanto, almeno in relazione ai danni verificatisi in detto periodo, non sarebbe ascrivibile alcuna responsabilità.

La vicenda cambierebbe radicalmente, e con essa la valutazione della responsabilità notarile, se, invece, gli acquirenti non avessero avuto piena conoscenza della morosità della società venditrice e della reale situazione del mutuo. In questo caso non si sarebbe potuta richiedere loro una maggiore diligenza e proprio l'inadempimento da parte del notaio al dovere di consulenza ed assistenza sarebbe stato fonte dei danni patiti dai medesimi acquirenti in conseguenza della mancata riduzione del mutuo. Sarebbe, infatti, ragionevole ipotizzare che se essi fossero stati adeguatamente informati dal notaio, sul quale riteniamo che tale obbligo gravasse, non avrebbero stipulato il contratto definitivo o, almeno, si sarebbero adeguatamente cautelati. In tal caso il notaio sarebbe venuto meno a quella diligenza qualificata che è richiesta al prestatore d'opera professionale ed il suo negligente comportamento avrebbe cagionato proprio quel danno cui la Corte Romana collega l'azione di responsabilità (*l'azione di responsabilità del notaio presuppone l'esistenza di un danno, v. anche Cass. 19.1.2000, n. 566 secondo cui “...Ai fini dell'accertamento di tale danno, è necessario valutare se i clienti avrebbero potuto con ragionevole certezza conseguire una situazione economicamente più vantaggiosa qualora il professionista avesse diligentemente adempiuto la propria prestazione”*).

Avv. Ilaria NAPOLITANO

**TRIBUNALE DI ROMA – TERZA SEZIONE  
SENT. 1 FEBBRAIO 2005, N.2527 – PRES. MONSURRO  
EST. MARTINELLI**

Fallimento e procedure concorsuali – Formazione dello stato passivo – Preclusioni – Situazioni giuridiche irrevocabili – Sussistenza – Esclusione – Illegittimità costituzionale sopravvenuta – Insinuazione tardiva – Ammissibilità

*L'effetto retroattivo delle pronunce della Corte Costituzionale connesso al suo carattere tendenzialmente "annullativo" non incontra il limite costituito da "situazioni giuridiche comunque divenute irrevocabili" per l'ipotesi della intervenuta formazione dello stato passivo della procedura concorsuale, posto che lo stesso può essere modificato (1).*

**La sentenza così motiva:  
(omissis)**

**Svolgimento del processo**

Con ricorso "per ammissione tardiva di credito" depositato l'11 novembre 2003 i ricorrenti hanno esposto quanto segue.

Erano stati agenti della Compagnia Sida per la zona di F dal 1 marzo 1970;

Il rapporto agenziale era cessato a seguito della messa in liquidazione coatta amministrativa della Sida avvenuta il 23.7.1993;

Avevano chiesto l'ammissione al passivo per i crediti relativi ad indennità di risoluzione del rapporto, calcolate secondo quanto previsto dagli artt. Da 24 a 33 dell'AEC 1981, indennità supplementare, indennità sostitutiva del preavviso.

Il credito vantato era stato ammesso al passivo, in via privilegiata, limitatamente alle indennità di risoluzione previste dagli artt. Da 24 a 33 AEC 1981, per l'importo di lire 173.677.000, pari a € 89.696,68.

Gli attuali ricorrenti avevano proposto opposizione allo stato passivo chiedendo l'ammissione anche dei crediti richiesti e non ammessi.

Sul credito ammesso spettavano gli interessi legali, in sede privilegiata, in conseguenza della sentenza n. 162 del 28 maggio 2001 della Corte costituzionale, che ha dichiarato illegittimo, l'art. 54 comma 3° regio decreto 16 marzo 1942 n.267 (c.d. "legge fallimentare") nella parte in cui non richiama, ai fini dell'estensione del diritto di prelazione agli interessi, l'art. 2749 c.c.

Hanno formulato le conclusioni sopra riportate.

Si è costituita la resistente depositando, in data 23 marzo 2004, comparsa di risposta, nella quale ha eccepito: 1) l'inammissibilità e/o improcedibilità e/o tardività della domanda; 2) prescrizione del diritto; 3) la nullità del ricorso per indeterminatezza dalla domanda.

In ordine al punto 1, la resistente ha dedotto che la domanda era già stata for-

mulata in sede di giudizio di opposizione allo stato passivo, ma era stata ritenuta inammissibile nella sentenza di primo grado (Tribunale di Roma n. 17.1..2003: doc. 5 della resistente) con cui tale giudizio si era concluso, con la seguente motivazione:

*"Soltanto dopo il deposito dello stato passivo e la scadenza dei termini di impugnazione l'opponente ha richiesto l'ammissione in privilegio degli interessi sul credito già ammesso, per il quale tuttavia nessuna opposizione è stata dal medesimo proposta.*

*Trattandosi, inoltre, di un profilo ormai esaurito, per il quale era già maturata la decadenza di cui all'art. 98 l. fall., non può nel caso di specie farsi applicazione della sentenza della Corte Costituzionale, la quale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 54 3° comma, l fall. laddove non richiamava l'art. 2749 c.c. (Corte Cost. 28.5.2001 n. 162): l'esaurimento del rapporto comporta, infatti, la sua insensibilità agli effetti della detta pronuncia d'incostituzionalità".*

Nell'atto di appello proposto avverso tale sentenza il capo in questione non era stato toccato, cosicché sul punto la sentenza era passata in giudicato. Inoltre, come chiaro nella indicata sentenza, la domanda doveva semmai costituire oggetto di opposizione nella forma e nei termini di cui all'art. 209 legge fallimentare. In ordine al punto 2, la resistente ha precisato che doveva applicarsi il termine quinquennale di prescrizione ex art. 2948 n. 4) c.c., ampiamente maturato in quanto la Sida era stata posta in liquidazione coatta il 23 luglio 1993 e l'attuale istanza volta al riconoscimento del diritto agli interessi era stata notificata il 3 dicembre 2003.

All'udienza di prima comparizione del 23 marzo 2004, su accordo delle parti, sono state precisate le conclusioni.

In data 11 giugno 2004, di scadenza del termine per il deposito di memorie di replica, la causa è passata in decisione.

Con ordinanza depositata il 20 luglio 2004, la causa è stata rimessa in istruttoria all'udienza del 5 ottobre 2004, perché entro tale udienza, i ricorrenti precisassero "la loro domanda indicando la data di decorrenza e la data di scadenza degli interessi legali sulle somme già ammesse al passivo della resistente".

Nelle "note autorizzate" depositate il 13 settembre 2004 i ricorrenti hanno precisato: di avere percepito indennità per £ 85.395.627 con bonifico del 28.12.1994 e di avere percepito le ulteriori indennità loro riconosciute dalla liquidatela per l'ammontare di £ 64.323.722 (detratta la ritenuta d'acconto) in data 9.9.2001; che il pagamento delle indennità doveva avvenire entro l'11 dicembre 1993; che, pertanto agli interessi legali devono essere calcolati su £. 85.395.627 dall'11 dicembre 1993 al 28.12.1994 e su £ 64.323.722 dall'11 dicembre 1993 al 9.11.(sic)2001.

In udienza 5 ottobre i ricorrenti hanno poi precisato che le erogazioni effettuate assorbivano l'intero importo dovuto per i criteri loro riconosciuti dalla liquidatela.

In data 12 ottobre 2004 sono state nuovamente precisate le conclusioni e in data 2 dicembre 2004, di scadenza del termine per il deposito di memorie di replica, la causa è passata nuovamente in decisione.

### Motivi della decisione

Non appare controverso, ma è forse opportuno ricordare che:

- ◆ il credito già ammesso in privilegio allo stato passivo della Sida concerne indennità dovute per la cessazione del rapporto di agenzia, da collocare in privilegio ai sensi dall'art. 2751 n.3) c.c., come interpretato da Corte cost. n.1 del 2000, che ha ritenuto la norma non illegittima in quanto non applicabile all'attività di agenzia svolta in forma di società di capitali, ipotesi estranea a quella in esame;
- ◆ ai sensi dell'art.54 comma 3° regio decreto 16 marzo 1942 n. 267 (c.d. "legge fallimentare"), "l'estensione del diritto di prelazione agli interessi è regolata dagli articoli 2788 e 2855, commi secondo e terzo, del codice civile, intendendosi equiparata la dichiarazione di fallimento all'atto di pignoramento");
  - ◆ la sentenza n. 162 del 2001 della Corte costituzionale ha dichiarato illegittima tale norma nella parte in cui non richiama, ai fini dell'estensione del diritto di prelazione agli interessi, l'art. 2749 c.c.;
- ◆ in tale articolo è prevista l'estensione del "privilegio accordato al credito" agli interessi dovuti per l'anno in corso alla data del pignoramento e per quello precedente, nonché, nei limiti della misura legale, agli interessi dovuti per gli anni successivi fino alla vendita;
  - ◆ l'art. 54 citato è applicabile alla procedura di liquidazione coatta amministrativa in virtù del richiamo contenuto nell'art.201 comma 1° legge fallimentare; gli interessi di cui è stata chiesta l'ammissione al passivo in privilegio sono tutti maturi dopo la messa in liquidazione coatta amministrativa della Sida.

### Sulla nullità del ricorso per indeterminatezza dell'oggetto.

E' discutibile che risultasse assolutamente incerto l'oggetto della domanda, con riferimento disposto dell'art. 163 comma 4° c.p.c.

Comunque, in caso affermativo, era onere del Giudice fissare un termine perentorio per l'integrazione della domanda e con l'ordinanza depositata 20 luglio 2004 menzionata nello "svolgimento del processo", è stato dato termine ai ricorrenti per presentare la loro domanda, cosa che gli stessi hanno fatto nel termine loro assegnato.

La resistente ha avuto tempo e modo di svolgere compiutamente la propria difesa anche dopo la precisazione effettuata dai ricorrenti, cosicché non si comprende quali possano essere le doglianze della resistente stessa in proposito; non si vede perché l'integrazione della domanda non possa essere disposta anche dopo la precisazione delle conclusioni, quando non è stata disposta prima; si noti, infine, che le conclusioni sono state precisate, su accordo delle parti, nella stessa udienza di prima comparizione, cosicché, per quanto possa rilevare l'ordinanza che ha disposto l'integrazione risulta essere stata emessa, in sostanza immediatamente dopo l'udienza di prima comparizione.

### Sulla inammissibilità e/o improcedibilità e/o tardività della domanda

Dall'esame del brano della motivazione della sentenza del Tribunale di Roma riportato nello "svolgimento del processo" sembra risultare che la domanda sia ritenuta inammissibile perché la richiesta non era contenuta nell'istanza di ammissione al passivo ed era stata proposta per la prima volta nel corso del giudizio e che l'ulteriore considerazione contenuta nell'ultima parte del brano sia stata effettuata "ad abundantiam".

Se è così, è chiaro come nessun effetto preclusivo possa essere attribuito alla sentenza richiamata con riferimento alla richiesta tardiva di ammissione del credito vantato.

Non appare esatto, poi, che la richiesta dovesse formare oggetto di opposizione nelle forme e nei termini di cui all'art.209 legge fallimentare: la stessa resistente ha affermato che con l'istanza di ammissione al passivo formulata nel 1993 gli attuali ricorrenti "non hanno fatto alcuna richiesta di interessi" (v. prima comparsa conclusoria, pag. 3 e prima memoria di replica, pag.1) né risulta che tale affermazione sia errata; si tratta di credito per il quale non era stata formulata istanza di ammissione al passivo, effettuata invece, tardivamente, con il ricorso introduttivo del presente giudizio, ai sensi dell'art. 101 legge fallimentare richiamato dall'art. 209 comma 3° della stessa legge fallimentare.

Si osserva, poi, che l'effetto retroattivo della pronuncia della Corte connesso al suo carattere tendenzialmente "annullativo" non incontra nel caso il limite costituito da "situazioni giuridiche comunque divenute irrevocabili" (Corte cost. sent. n. 127 del 1966), con riferimento all'avvenuta formazione dello stato passivo, posto che lo stesso può essere modificato.

### Sulla prescrizione del credito vantato

Se, come si ritiene per le ragioni che saranno appresso indicate, deve applicarsi il termine ordinario decennale di prescrizione, allora la stessa risulta interrotta.

Può ritenersi atto interruttivo la domanda, menzionata dalla resistente (v. "svolgimento del processo"), formulata nel giudizio di primo grado conclusosi con la sentenza di questo Tribunale depositata il 17.1.2003 più volte sopra citata.

Quand'anche non volesse riconoscersi efficacia interruttiva a tale domanda, la prescrizione dovrebbe comunque ritenersi interrotta, sempre che sia applicabile il termine decennale; invero, ai sensi dell'art. 34 AEC 1981 comma 1° "il conteggio delle indennità previste dagli articoli da 24 a 33 deve essere comunicato dall'impresa all'agente o ai suoi eredi entro 120 giorni dalla data di scioglimento del contratto di agenzia" e ai sensi del 2° comma "Salvo quanto previsto al successivo IV comma, trascorsi 15 giorni dalla data della predetta comunicazione e sempre che l'agente abbia regolato il saldo di spettanza dell'impresa, quest'ultima paga..."; nell'indicato 4° comma (peraltro nel caso inapplicabile) sono previsti tempi ancor più lunghi; non risulta che l'impresa abbia comunicato il conteggio prima dei 120 giorni su indicati; pertanto, il credito non era esigibile prima di 135 (120+15) giorni dalla cessazione del rapporto; nel caso, il rapporto è cessato il 26

luglio 1993 (data di pubblicazione del decreto con cui la Sida è stata emessa in liquidazione coatta: art. 6 comma 1° D.L. 576/78 convertito con modificazioni in legge 738/78); quindi, il credito non era esigibile prima del 8 dicembre 1993; risulta, dunque, proposta nel termine di dieci anni anche la domanda contenuta nel ricorso – notificato il 3 dicembre 2003 – introduttivo del presente giudizio.

In ordine al termine di prescrizione, si osserva che non è applicabile al credito c.d. “principale”, cui si riferiscono gli interessi legali richiesti, il termine quinquennale in relazione al disposto dell’art. 2948 n. 5) c.c., perché la giurisprudenza esclude che le indennità ivi previste siano anche quelle relative al rapporto di agenzia (Cass. N. 1629/1966).

In ordine alla prospettata applicabilità del termine quinquennale con riferimento al disposto dell’art. 2948 n. 4) c.c. si osserva quanto segue.

Si rinviengono nella giurisprudenza (anche di legittimità) affermazioni non univoche in ordine al problema se agli interessi dovuti per il ritardo nell’adempimento dell’obbligazione c.d. “principale” debba applicarsi il termine quinquennale previsto nel citato art. 2948 n. 4) c.c. oppure lo stesso termine di prescrizione previsto per il credito principale.

Tra le pronunce nelle quali appare seguita la seconda delle due tesi indicate:

Cass. n. 2498/1998, nella cui motivazione è affermato: *“che la prescrizione quinquennale previsto dall’art. 2948 n. 4 c.c. per tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi si riferisce alle obbligazioni periodiche o di durata, caratterizzate dal fatto che la prestazione è suscettibile di adempimento solo con il decorso del tempo, e che anche gli interessi nella stessa disposizione previsti debbono rivestire, per essere soggetti al termine breve di prescrizione, il connotato della periodicità.....”*

*Nella specie il rilievo che gli interessi richiesti costituivano interessi moratori di fonte legale a causa del ritardo nel pagamento del saldo del compenso.....da versare in unica soluzione, rende evidente l’insussistenza del richiamato requisito della periodicità”*.

Cass. n. 7362 del 2000 nella motivazione della quale si legge che “essendo l’azione stata proposta ai sensi dell’art. 1917 c.civile.....correttamente risulta applicato il termine prescrizione breve di un anno, di cui al secondo comma dell’art. 2952 c.c., non essendovi dubbio che tra “gli altri diritti derivanti dal contratto di assicurazione” siano incluse le voci accessorie degli interessi legali (art. 1282) e....”.

In senso contrario, invece, si è espressa Cass. n. 9800/1991, nella cui motivazione si afferma che *“l’accessorietà dell’obbligazione di interessi rispetto a quello principale attiene solo al momento genetico dell’obbligazione stessa.....Ma una volta sorto, il credito degli interessi già maturati costituisce un’obbligazione pecuniaria, che è perfettamente autonoma rispetto a quella principale.....che è soggetta a termine di prescrizione (art. 2948 c.c.) diverso e autonomo rispetto all’obbligazione principale.....”*.

La tesi espressa nella sentenza da ultimo citata non può essere condivisa.

La giurisprudenza appare uniforme nel ritenere che la data di decorrenza della prescrizione degli interessi legali dovuti per il ritardo nell’adempimento dell’obbligazione è la stessa di quella della prescrizione del credito principale. L’affermazione appare esatta e la sua ragione è evidente: opinare diversamente comporterebbe l’assurda conseguenza che pur prescritto il credito principale, potrebbe non essere prescritto il credito per interessi.

A ben vedere, l’affermazione stessa comporta anche i termini di prescrizione del credito principale e degli interessi c.d. “accessori” devono essere gli stessi: opinare diversamente comporterebbe l’altra assurda conseguenza che, pur non essendo prescritto il credito principale per mancato decorso del termine (senza che la prescrizione sia mai stata interrotta), potrebbe risultare prescritto il credito per interessi non ancora maturati al momento della prescrizione; in altre parole si potrebbe verificare che un credito si prescrive prima ancora di esistere (se la prescrizione decennale del credito principale inizia a decorrere in data X, applicandosi al credito per interessi la prescrizione quinquennale, in data X più anni cinque si prescrive il credito per interessi relativo agli anni dal sesto in poi, credito che in data X più anni cinque, ovviamente, non esiste).

La verità è che il principio che la prescrizione del credito principale comporta l’estinzione del credito accessorio ha come corollario che quest’ultimo non può prescriversi in data antecedente a quella in cui opera la prescrizione (non interrotta) del credito principale: se, infatti, la decorrenza della prescrizione del credito accessorio viene (per così dire) “anticipata” a quella di decorrenza della prescrizione del credito principale – in quanto, prescritto questo, deve ritenersi prescritto anche quello accessorio – è illogico, allora, disancorare la scadenza del termine di prescrizione del credito accessorio dalla scadenza del termine di prescrizione del credito principale.

Si osserva, infine, (ma soltanto “ad abundantiam”, che anche Cass. n. 9800/1991, sopra citata, fa eccezione per l’ipotesi di credito per interessi accessorio a credito di lavoro, affermando che in tale ipotesi il termine di prescrizione sarebbe lo stesso: il credito dell’agente, almeno quando la sua attività possa essere ritenuta di lavoro c.d. “parasubordinato” è assimilabile al credito di lavoro.

Il rapporto di agenzia è cessato il 26 luglio 1993, come sopra evidenziato; i ricorrenti hanno precisato (e in parte documentato) che il primo acconto, di lire 85.395.627 è stato corrisposto in data 28 dicembre 1994 e che il secondo importo, di lire 64.323.722, è stato corrisposto in data 9 settembre 2001; tali precisazioni non risultano confutate e i fatti ivi indicati possono, quindi, ritenersi pacifici.

Pertanto, devono essere calcolati gli interessi legali dal 8 dicembre 1993 (135 giorni dopo la data di cessazione del rapporto, per quanto sopra esposto) sull’importo di lire 85.395.627 fino al 28 dicembre 1994 e sull’importo di lire 64.323.722 fino al 9 settembre 2001.

Anche in considerazione della novità della questione trattata, si ritiene giusto disporre la compensazione totale delle spese di lite tra le parti.



**(1) Le preclusioni endofallimentari del procedimento di formazione dello stato passivo e la declaratoria sopravvenuta di illegittimità costituzionale**

Indice: 1. Posizione del problema - 2. La formazione del passivo nella lca - 3. La posizione della giurisprudenza - 4. Rilievi critici - 5. Gli effetti derivanti dalla sentenza della Corte costituzionale - 6. Autonomia della domanda per interessi: rilievi critici

**1. Posizione del problema** - La sentenza in rassegna offre una serie di interessanti spunti in relazione alla formazione dello stato passivo nella liquidazione coatta amministrativa e, con riferimento a ciò, sugli effetti che si producono in conseguenza della sopravvenuta pubblicazione di sentenza del Giudice delle leggi che dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma rilevante ai fini della formazione di detto stato passivo.

La sentenza, peraltro, in presenza di molteplici casi analoghi, era altresì attesa quale possibile pronuncia-guida, ma - come si vedrà - ha ampiamente deluso tale aspettativa.

Sia consentito brevemente di ripercorrere la vicenda: in anni risalenti un agente della compagnia assicuratrice, ammesso allo stato passivo della liquidazione coatta amministrativa per un importo inferiore al credito da lui (asseritamente) vantato, propone opposizione allo stato passivo. L'opposizione è dichiarata inammissibile. Alcuni anni dopo, interviene la sentenza 28 maggio 2001 n.162 della Corte costituzionale, che dichiara illegittimo l'art. 54 comma 3° della legge fallimentare, nella parte in cui non richiama, ai fini dell'estensione del diritto di prelazione agli interessi, l'art. 2749 c.c.

Ancora successivamente, l'agente propone allora insinuazione tardiva per gli interessi, che è oggetto della pronuncia in rassegna.

La sentenza ritiene meritevole di accoglimento la domanda, superando le numerose eccezioni proposte dalla difesa dalla procedura resistente.

**2. La formazione del passivo nella lca** - Per comprendere la particolare fattispecie occorre richiamare la peculiare natura del procedimento di formazione dello stato passivo nella liquidazione coatta amministrativa. In tale procedura, infatti, l'accertamento dei crediti è riservato al Commissario liquidatore, il quale provvede ad esaminare ed ammettere d'ufficio i crediti vantati nei confronti dell'impresa.

Il Commissario, pertanto, a prescindere dalle istanze e sollecitazioni provenienti dai creditori ed anche in loro assenza, deve accertare l'esistenza dei crediti e formare lo stato passivo, sulla base di tutte le informazioni, notizie e documentazioni di cui entra in possesso a qualsiasi titolo.

Nella procedura in esame - differenza di assoluto rilievo rispetto al fallimento - non opera (rectius, non dovrebbe operare - per quanto infra) dunque il principio della domanda nella formazione dello stato passivo.

Parimenti, la formazione riservata in sede amministrativa determina una improponibilità temporanea della domanda avanti al Giudice ordinario, il quale non è chiamato a

partecipare alla formazione dello stato passivo e fino a quando questo non è stato completato e depositato nella cancelleria del Tribunale, non può essere chiamato a pronunciarsi sulle istanze di ampliamento o modifica del passivo stesso.

Tale principio opera anche nei confronti degli istituti bancari assoggettati a lca, in virtù dell'art. 83 d.lg. 1 settembre 1993 n. 385 (*Cassazione civile, sez. un., 8 aprile 2002, n. 5037*).

Come noto e come emerge anche dalla pronuncia in rassegna, una delle principali problematiche legate alla liquidazione coatta amministrativa è costituita dai criteri distintivi tra le ipotesi di legittimazione all'opposizione o all'insinuazione tardiva.

Tale distinzione, ovviamente, non ha solo carattere accademico, poiché entra in gioco ogni volta che occorre valutare se la domanda è ammissibile, cioè se è stata scelta la forma corretta di ammissione al passivo.

L'assenza di corrispondenza tra domanda ed accertamento nella formazione del passivo - a carattere officioso - determina in primis e sicuramente incertezza in ordine alle ipotesi in cui vi sia stata domanda, ma l'esclusione del credito discenda soltanto dalla mancata inclusione del credito, in assenza di alcun apparente provvedimento da parte del Commissario.

Vi è altresì incertezza in ordine alla possibilità di far valere in sede tardiva una ulteriore qualificazione o una ulteriore voce di un credito già ammesso al passivo.

Inoltre, i tempi tecnici di redazione dello stato passivo non consentono, anche in relazione alla limitate energie di cui dispone l'Ufficio Commissariale, un immediato passaggio dall'elaborazione del dato alla stesura ed al deposito dello stato passivo presso la cancelleria del Tribunale fallimentare.

Ciò implica che, in alcuni casi, le domande di insinuazione al passivo possano non essere esaminate tempestivamente.

E ciò, a maggior ragione, avviene per le istanze che hanno una loro cadenza periodica, come nel caso delle imprese designate per conto del FGVS che erogano progressivamente nel tempo delle (ingenti) somme per il risarcimento dei sinistri.

Si noti che - al fine di chiudere lo stato passivo - la prassi è quella di individuare delle date, riservandosi poi di provvedere alla introduzione di note di variazione derivanti da crediti sopravvenuti ovvero non ancora esaminati.

In tale ipotesi, il creditore ritenendo di essere stato escluso, ovvero al solo fine di evitare decadenze per importi assai ingenti, propone opposizione nel termine di quindici giorni, nonostante che il suo credito non sia stato espressamente escluso perché in realtà non esaminato affatto.

Si pone quindi il problema di quale destino debbano avere questi giudizi introdotti nella forma della opposizione, nei quali non è prevista diversa forma di ammissione se non a seguito di sentenza modificativa dello stato passivo.

La soluzione ragionevole è quella di ritenere in realtà che - alla luce della reale situazione procedurale a monte - il creditore abbia proposto una domanda di insinuazione tardiva e che, pertanto, il Giudice possa disporre la conversione del procedimento e provvedere ai sensi dell'art.101 ammettendo il credito con decreto a fronte della manca-

ta opposizione del Commissario Liquidatore.

Né può risultare decisiva la considerazione che sotto il piano formale la opponente ebbe ad avanzare la domanda di ammissione precedentemente al (formale) deposito dello stato passivo in cancelleria.

Diversamente ragionando, si dovrebbe ritenere, peraltro, che, nel caso di soggetti titolari di una pluralità di posizioni creditorie scaglionate nel tempo, tutte le somme non considerate nella generica ammissione siano state escluse e per esse dovrebbe essere proposta non l'insinuazione tardiva, ma l'opposizione allo stato passivo nei ristretti termini imposti dalla legge fallimentare.

**3- La soluzione della giurisprudenza** - La soluzione adottata dalla giurisprudenza è nel senso che, nell'ipotesi in cui il commissario liquidatore abbia ammesso un credito come chirografario, ignorando del tutto l'esistenza del privilegio che lo assiste, non sottoposto al suo esame, l'inclusione del credito nell'elenco depositato in cancelleria nell'ammontare vantato dal creditore non incide sulla legittimazione di questi a far valere, in sede di insinuazione tardiva, detto privilegio, quand'anche egli abbia ommesso di formulare osservazioni o istanze alla comunicazione del commissario ex art. 207, comma 1, della l. fall., previste in via soltanto facoltativa, atteso che la mancata previsione del privilegio, da parte del commissario, non può risolversi in nessun caso in una previsione negativa, ovvero in una volontà di escludere il privilegio (*Cassazione civile, sez. I, 21 giugno 1996, n. 5770*).

Parimenti si è affermato che l'insinuazione tardiva ha per oggetto esclusivamente i crediti per i quali non sia stata richiesta tempestivamente l'ammissione al passivo, attraverso la quale, con l'eventuale fase della opposizione, si determina una preclusione alla riproposibilità della domanda; sarebbe pertanto necessario, a pena di inammissibilità, che la domanda tardivamente proposta sia nuova, salvo che il "petitum" esigibile non sia stato richiesto per intero con l'insinuazione tempestiva, per un impedimento giuridico o di fatto, nel qual caso non è configurabile la formazione di un giudicato interno impeditivo della insinuazione tardiva per la parte non richiesta originariamente; conseguentemente, poiché il diritto alla rivalutazione monetaria dei crediti da lavoro può costituire oggetto di un autonomo giudizio anche dopo la formazione del giudicato sul credito-base, purché la precedente pronuncia non abbia negato esplicitamente o implicitamente il credito da svalutazione, tale credito può formare oggetto di insinuazione tardiva (*Cassazione civile, sez. I, 29 settembre 1999, n. 10783*).

Nella procedura di liquidazione coatta amministrativa, in cui il commissario liquidatore dispone di un potere officioso per la formazione dello stato passivo (senza, cioè, che vi sia necessità di apposita domanda di ammissione da parte dei creditori), al fine di stabilire in concreto quale sia il rimedio di cui dispone il creditore, il cui credito non venga ammesso per intero (come nel caso di mancata ammissione degli interessi), occorre verificare se il creditore stesso abbia proposto domanda di ammissione o anche soltanto formulato le sue osservazioni ai sensi dell'art. 207 l. fall.: in tal caso, egli non ha altro rimedio che l'opposizione ai sensi dell'art. 98 l. fall., perché il provvedimento di esclusione, assunto anche impli-

citamente dal commissario, ha valore di rigetto, contro cui, per evitare la preclusione endofallimentare, occorre reagire ai sensi della norma da ultima richiamata; al di fuori di tali ipotesi, e cioè quando il credito non sia stato dedotto dal creditore, ovvero, anche in mancanza di domanda o osservazioni, non sia stato espressamente escluso d'ufficio, la proponibilità della domanda tardiva non incontra preclusione, perché il credito non è stato preso in considerazione (*Cassazione civile, sez. I, 19 febbraio 2003, n. 2476*).

In definitiva, la giurisprudenza sembra ancorare la soluzione in relazione all'esistenza o meno di una domanda da parte del creditore.

Tale soluzione si fonda sulla considerazione duplice che non vi può essere preclusione in assenza di domanda ed in assenza di provvedimento giurisdizionale (quale è invece nel fallimento il decreto del Giudice delegato che dichiara l'esecutorietà dello stato passivo).

Anche la sentenza in rassegna appare conformarsi, in verità piuttosto implicitamente, all'orientamento dianzi esposto, giungendo al corollario di ritenere – anche in tal caso secondo deduzione solo implicitamente parte del ragionamento – che in assenza di domanda originariamente proposta su tutti gli elementi del cessato rapporto di parasubordinazione – permarrrebbe sempre (in assenza di un esplicito provvedimento di esclusione) la possibilità di richiedere l'ammissione in via tardiva.

**4. Rilievi critici** - E' evidente come una simile soluzione non solo non convinca affatto, ma sia da un lato contraria al principio di concentrazione proprio delle procedure concorsuali e, d'altra parte, determini gravi incertezze.

Da un punto di vista strettamente teorico, deve infatti affermarsi un principio che trova gravi resistenze nella giurisprudenza. A ben vedere, la prevalente interpretazione sopra cennata ha un epicentro non esplicitato: il provvedimento del Commissario liquidatore, non essendo adottato da un Giudice, non può determinare quelle preclusioni che discendono – viceversa, nel fallimento – dal provvedimento del Giudice delegato che ordina il deposito dello stato passivo in cancelleria.

Orbene, tale assunto, peraltro indimostrato (e purtroppo è nota la forza delle asserzioni apodittiche), merita di essere finalmente sovvertito.

Come si può infatti tralasciare la circostanza che la norma della legge fallimentare, allorché sottopone lo stato passivo al vaglio delle opposizioni ed al possibile ampliamento mediante le insinuazioni tardive, sul piano degli effetti che ne scaturiscono opera una completa e totale equiparazione tra stato passivo depositato dal Commissario Liquidatore e stato passivo dichiarato esecutivo dal Giudice delegato? Inoltre come si può sottovalutare che la disciplina è intesa a regolare una procedura esecutiva collettiva e non di un procedimento a carattere cognitivo e che a tal fine appare ragionevole ed improntato a criteri di concentrazione ed immediatezza che una attività amministrativa possa produrre effetti equipollenti?

La soluzione più razionale e aderente al sistema sarebbe dunque quella di ritenere che il criterio discrezionale tra opposizione e tardiva non debba essere riferita alla domanda ma al provvedimento adottato dal Commissario liquidatore, ovvero e più esattamente alla

effettiva ed espressa disamina del credito ed alla conseguente ammissione o esclusione del credito: se il Commissario ha, infatti, esaminato un credito, egli aveva l'obbligo di procedere all'ammissione anche di tutti gli accessori e le voci correlate. Pertanto, se l'ammissione è soltanto parziale, ovvero non è considerato un accessorio (ad es. le spese legali liquidate nella sentenza che accerta il diritto ad una determinata somma ed agli interessi) il creditore avrà l'onere di proporre l'opposizione e se proporrà insinuazione tardiva, questa sarà inammissibile.

La sensazione, purtroppo, è che il legislatore delegato abbia perso in sede di riforma della legge fallimentare un'altra occasione per chiarire definitivamente tale aspetto.

Secondo l'analisi sopra prospettata, verrebbe ad applicarsi alla lca la stessa giurisprudenza elaborata per il fallimento, con maggiore certezza sui rapporti e gli aspetti processuali<sup>1</sup>.

### 5. Gli effetti derivanti dalla sentenza della Corte costituzionale

Come pacifico e ribadito da costante giurisprudenza, "le sentenze di accoglimento della Corte costituzionale hanno effetto retroattivo, con l'unico limite costituito dalle situazioni consolidate per essersi il rapporto già esaurito; nel caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma processuale, fin quando la validità ed efficacia degli atti disciplinati da detta norma sono *sub iudice*, il rapporto processuale non può considerarsi esaurito, sicché nel momento in cui viene in discussione la ritualità dell'atto, la valutazione della sua conformità alla disposizione va compiuta avendo riguardo alla sua modificazione conseguita alla sentenza di illegittimità costituzionale, indipendentemente dal tempo in cui l'atto è stato compiuto"<sup>2</sup>.

In tale contesto non sorprenderà dunque che la pronuncia di illegittimità costituzionale costituisca mero presupposto sostanziale per l'accoglimento dell'insinuazione tardiva, in un sistema deprivato di preclusioni forti e nel quale si afferma una generale (quanto generica) modificabilità dello stato passivo, generando peraltro la sensazione che nella motivazione si sovrappongano non del tutto acconciamente la natura meramente endoprocedimentale dell'accertamento contenuto nello stato passivo<sup>3</sup>, con le preclusioni sia *ex iudicatu* che *pro iudicatu* che si determinano a seguito degli esperimenti dei rimedi processuali previsti all'intero del procedimento. Sembrerebbe infatti quasi che la natura meramente endoprocedimentale travolga ogni meccanismo preclusivo.

Viceversa, una più coraggiosa disamina, avrebbe determinato l'inapplicabilità della sopravvenuta declaratoria di illegittimità, poiché il rapporto era esaurito a cagione della mancata proposizione dei rimedi processuali previsti dalla legge fallimentare (e segnata-

mente l'opposizione, come fondatamente – a sommosso avviso del commentatore – aveva eccepito la difesa della procedura). E ciò viene a collegarsi anche con l'ulteriore (ed ultimo per questo commento) profilo legato alla frazionabilità del credito derivante da un rapporto di parasubordinazione ed alla conseguente proposizione autonoma della domanda relativa agli interessi.

**6. la natura accessoria del credito per interessi** - L'accessorietà dell'obbligazione degli interessi rispetto a quella principale (relativa al capitale) attiene solo al momento genetico, nel senso che la decorrenza degli interessi presuppone la nascita dell'obbligazione principale e cessa con l'estinzione di questa, e non esclude, pertanto, che, una volta sorto, il credito degli interessi costituisca un'obbligazione pecuniaria autonoma da quella principale, e perciò soggetta ad un proprio termine di prescrizione (art. 2948 n. 4 c.c.), salve le eccezioni costituite dagli interessi relativi ai crediti di lavoro, costituenti - come la rivalutazione monetaria - una componente dei crediti stessi<sup>4</sup>. La posizione della giurisprudenza del lavoro è chiara e finalizzata alla tutela del lavoratore o del prestatore parasubordinato e non merita commento. Si tratta allora di porsi l'ulteriore domanda se, in relazione alla natura ed alla funzione della procedura concorsuale amministrativa, sia ragionevole e necessario importare direttamente e senza adeguamenti tali principi di origine giuslavoristica. Da un lato in relazione alla natura tendenzialmente omnicomprensiva dell'accertamento dello stato passivo, nel quale il rapporto giuridico è dedotto nella sua complessiva normatività e deve pertanto ritenersi che il provvedimento comprenda ogni aspetto ed accessorio. D'altra parte, avuto riguardo all'esigenza di concentrazione propria delle procedure concorsuali<sup>5</sup> appare assai discutibile configurare una indefinita proponibilità delle istanze di ammissione a carattere parziale.

**7. Conclusioni** - in conclusione, non si può non rimarcare come la pronuncia in rassegna abbia sicuramente deluso le attese, sia in relazione all'ellittico esame delle questioni principali, rimettendo di fatto la questione, fatalmente, ai gradi successivi, sia in relazione alla acritica adesione ad orientamenti giurisprudenziali che, purtroppo, sarà difficile superare in assenza di un intervento chiarificatore e risolutivo del legislatore. Questi, forse – e sempre sommessamente – dovrebbe più spesso e stabilmente curarsi di appianare le questioni controverse, piuttosto che mettere in cantiere epocali riforme prive di effettive ed efficaci linee guida.

Avv. Andrea MELUCCO

<sup>1</sup> Per Cass. 19 febbraio 2003, n. 2476, (in Fallimento, 2004, 398) "l'ammissione tardiva al passivo fallimentare rappresenta, al pari di quella ordinaria, una fase del medesimo procedimento giurisdizionale, sicché le determinazioni prese in tale ultima sede hanno valore di giudicato interno rispetto alla domanda tardiva, la quale, pertanto, deve avere ad oggetto un credito del tutto diverso - sia per "petitum" che per "causa

petendi" - da quello già ammesso, coprendo il giudicato endofallimentare sia il dedotto che il deducibile (nella fattispecie, la S.C. ha escluso l'ammissibilità della domanda tardiva relativa agli interessi sul capitale richiesto in sede ordinaria, avendo le due pretese la medesima "causa petendi").

<sup>2</sup> Per tutte si veda *Cassazione civile*, sez. I, 9 gennaio 2004, n. 113

<sup>3</sup> Nel senso che l'accertamento ivi contenuto non può essere utilizzato al di fuori o dopo la chiusura della procedura per far valere contro il fallito (ed a maggior ragione contro terzi) un proprio diritto ammesso al passivo

<sup>4</sup> Così *Cassazione civile*, sez. I, 20 settembre 1991, n. 9800

<sup>5</sup> esigenza che, se frustrata dalla prassi – specie per le l.c.a. – è stata più volte riaffermata sia dalla Cassazione che dal Giudice delle leggi, quale parametro di validità di termini e meccanismi processuali acceleratori rispetto al processo ordinario di cognizione: per il primo caso si veda *Cassazione civile*, sez. I, 4 gennaio 2001, n. 70; per il secondo *Corte costituzionale*, 21 luglio 1981, n. 139

**TRIBUNALE DI ROMA – SECONDA SEZIONE  
SENT. 10 SETTEMBRE 2004, N. 24972 – EST. ODDI  
IMPRESA CANTIERI INDUSTRIALI (AVV.TI MAZZONE E LORIA)  
C. ANAS (AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO)  
E COMUNE DI ROMA (AVV. TOMASUOLO)**

Appalto di opere pubbliche – Capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici (d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063), art. 35 – due franchigie temporali – applicazione congiunta – in presenza dei correlativi presupposti - legittimità

Appalto di opere pubbliche – Capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici (d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063), art. 35 – modifica al termine ivi previsto apportata dall'art. 4 della l. 10 dicembre 1981, n. 741 – applicazione ai contratti in corso – configurazione – limitazione legata all'importo del contratto di appalto ex art. 1 della stessa legge – esclusione

Appalto di opere pubbliche – Capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici (d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063), art. 35 – interessi per ritardo nei pagamenti - applicazione della rivalutazione monetaria – esclusione

*In un contratto di appalto di opere pubbliche, è corretto applicare entrambe le franchigie temporali previste dall'art. 35, primo e secondo comma del d.P.R. n. 1063 del 1962, recante approvazione del Capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici, in quanto il predetto art. 35 disciplina due distinti procedimenti amministrativi in relazione a ciascuno dei quali sono previsti termini di adempimento reputati congrui alla complessità delle procedure da osservare, sicché viene sanzionato, con il pagamento degli interessi dapprima al saggio legale stabilito dal codice civile e poi a quello speciale stabilito nello stesso art. 35, il ritardo rispetto a quei termini nell'adozione dei due distinti atti (certificato di pagamento e titolo di spesa) (1).*

*La modifica introdotta dall'art. 4 della l. 10 dicembre 1981, n. 741 al termine fissato per la decorrenza del tasso speciale degli interessi moratori (da novanta a sessanta giorni) di cui all'art. 35 del d.P.R. 1063 del 1962 si applica anche ai rapporti in corso alla data di entrata in vigore della legge stessa e non è soggetta alle limitazioni di cui all'art. 1 della medesima (lavori superiori ai 2000 milioni di lire), relative al diverso istituto della revisione dei prezzi (2).*

*Sull'importo degli interessi dovuti per ritardato pagamento di acconti e saldo*

*non spetta la rivalutazione monetaria (3).*

**La sentenza così motiva:**

**Ritenuto in fatto**

**-Che** l'Impresa Cantieri Industriali srl chiede la condanna dell'ANAS al pagamento degli interessi e della rivalutazione monetaria per ritardato pagamento degli acconti e del saldo del corrispettivo dei lavori di costruzione del tratto di adduttrice ovest ai depuratori di Roma nord interferente con i lavori di adeguamento della SS 3 Flaminia tra i km 8,300 e 11,400, appaltati con contratto del 5.1.80 e atto aggiuntivo del 18.12.92;

**- che** al riguardo l'attrice sostiene: a) gli interessi per tardivo pagamento degli acconti, dedotta il versamento in data 8.2.95 di £. 107.303.607 e calcolati la differenza ancora dovuta e la rivalutazione monetaria, all'aprile '01 ammontano a complessive £. 336.461.940; b) gli interessi sulla rata di saldo, versata nel novembre '08 nonostante i lavori fossero stati ultimati in data 27.5.83, sono pari a lit. 8.490.573; c) non ha pregio la tesi sostenuta dall'ANAS, per sottrarsi al pagamento del dovuto, secondo la quale in base all'art. 40, terzo comma, del capitolato speciale di appalto spetterebbe all'ente finanziatore dell'opera (Comune di Roma) farsi carico degli interessi da ritardo nei pagamenti, in quanto l'ANAS è tenuto ad onorare il contratto di appalto e all'appaltatore non è opponibile la clausola invocata, che ha il solo effetto di consentire al committente di rivalersi nei confronti del Comune;

**- che** l'Ente convenuto, ammettendo il ritardo nei pagamenti e posto in luce l'obbligo del soggetto finanziatore dell'opera di accollarsi il pagamento “di eventuali interessi derivanti da ritardi nella effettuazione dei pagamenti” all'appaltatore (obbligo sancito dall'art. 2 della convenzione n. 15777 del 17.6.80 stipulata fra ANAS e Comune di Roma per la regolamentazione dei reciproci impegni in ordine ai lavori appaltati alla Impresa Cantieri Industriali srl), rileva che all'atto di diffida da quest'ultima notificatogli il 1.3.91 per il pagamento dell'importo di £. 177.440.000 per il titolo in questione replicò con nota dell'11.5.92 deducendo che la somma dovuta ammontava a £. 156.372.130, della quale chiese al Comune di Roma di farsi carico: l'Ente locale in data 8.8.94 emise mandato in favore di esso convenuto per il minore importo di £. 107.303.667, per cui l'impresa appaltatrice, sollecitò il versamento della differenza, quantificata - alla data del 28.2.97 - in complessive £. 283.760.133, e rettificata, in seguito a conteggi elaborati in contraddittorio con la Direzione generale ANAS, in L. 190.050.350; l'impresa appaltatrice, prosegue il convenuto, il 14.9.99 accettò in via transattiva, a tacitazione di ogni sua pretesa, il pagamento della somma di £. 180.000.000, che venne richiesta e sollecitata più volte al Comune;

**- che**, sulla scorta di tali considerazioni, l'ANAS chiede il rigetto della domanda attorea, dichiarando la responsabilità del Comune di Roma nel ritardo dei pagamenti, e la condanna di quest'ultimo, chiamato in causa, a tenere

indenne esso convenuto da ogni domanda di parte attrice;

- **che** il Comune di Roma, ricostruita minuziosamente la vicenda e i relativi rapporti *inter partes*, evidenzia la totale autonomia del contratto di appalto ANAS - *Impresa Cantieri Industriali srl* rispetto alla convenzione Comune di Roma - ANAS e afferma di aver pienamente e definitivamente adempiuto alla sua obbligazione di farsi carico degli interessi da ritardato pagamento emettendo a favore del solo soggetto verso il quale era obbligato, in data 8.8.94 il mandato di pagamento di L. 107.303.671, somma determinata escludendo dal conteggio del maggior importo richiesto di £. 156.372.130 tutti i ritardi ad esso non imputabili: dal 4.2.88, data della prima richiesta dell'impresa appaltatrice, al 13.5.92, data in cui l'ANAS formulò la sua richiesta al Comune; dall'8.8.94, data di emissione del mandato in favore dell'ANAS, all'8.2.95, data in cui quest'ultima effettuò il pagamento all'appaltatore; l'intero periodo di tempo impiegato per il collaudo dei lavori;

- **che**, *ad abundantiam*, il Comune svolge ulteriori considerazioni in ordine: a) alla delimitazione della domanda di garanzia dell'ANAS alla sola differenza fra l'importo da essa richiesto (£. 156.372.130) e quello erogato, esulando dall'oggetto dell'obbligazione *ex adverso* invocata le ulteriori somme pretese dall'attrice per il periodo successivo alla data di emissione del mandato di pagamento (8.8.94); b) all'intervenuta prescrizione quinquennale della domanda stessa e al difetto di un valido titolo sulla quale essa è fondata, nonché al concorso di colpa ex art. 1227, secondo comma, c.c. dell'ANAS; c) all'infondatezza della domanda di parte attrice (e, di conseguenza, di quella di garanzia dell'ANAS), sostenendo che: i) la richiesta di interessi per ritardato pagamento non avrebbe dovuto essere oggetto di riserva come invece è stato; ii) l'impresa appaltatrice, incassando la somma di cui al mandato di alcuna riserva o contestazione, aveva accettato definitivamente la quantificazione del suo diritto nell'importo di £. 107.303.671; iii) la rivalutazione monetaria sugli interessi per ritardato pagamento degli acconti e del saldo del corrispettivo di opere pubbliche non è dovuta;

**Considerato in diritto** - che occorre in primo luogo affermare la piena indipendenza ed autonomia reciproca dei due negozi giuridici posti a fondamento delle domande di parte attrice e di parte convenuta: invero, con il contratto di appalto e i relativi allegati fu regolato il rapporto fra stazione appaltante (ANAS) e impresa appaltatrice (*Impresa Cantieri Industriali srl*) per l'esecuzione dei lavori di costruzione del tratto di adduttrice ovest ai depuratori di Roma nord; con la convenzione venne disciplinato il rapporto fra Comune di Roma, ente finanziatore dell'opera in quanto ad essa direttamente interessato, e ANAS, soggetto che aveva a sua volta in corso con la medesima impresa appaltatrice altro rapporto contrattuale per l'esecuzione di un'opera (lavori di adeguamento della SS 3 Flaminia tra i km 8,300 e 11,400) con la quale veniva ad interferire quella in esame;

- **che** la reciproca indipendenza dei due rapporti negoziali non è certo vanificata dalla previsione dell'art. 40, terzo comma, del capitolato speciale di

appalto, il quale - dopo aver stabilito, richiamando l'art. 2 della convenzione fra Comune e ANAS, le modalità di costituzione della provvista, da parte del Comune di Roma, per i pagamenti del corrispettivo spettante all'impresa appaltatrice - prevede che "eventuali interessi derivanti dai ritardi nella effettuazione dei pagamenti sono a carico del Comune", in quanto la traslazione sul Comune di Roma dell'onere finanziario connesso agli interessi per ritardato pagamento si riferisce, evidentemente, ai soli ritardi ad esso imputabili, non essendo ammissibile stabilire in un contratto che dell'inadempimento del debitore sia responsabile un terzo;

- **che** in considerazione di quanto sopra le domande proposte dall'attrice e dal convenuta vanno separatamente esaminate e decise;

- **che** con riguardo alla domanda di parte attrice sono in larga misura condivisibili le conclusioni raggiunte dal consulente tecnico d'ufficio, il quale ha specificamente accertato: 1) esservi stato ritardo nell'emissione sia dei certificati di pagamento sia dei conseguenti titoli di spesa degli acconti, riferiti ai quattro stati di avanzamento lavori emessi durante l'esecuzione del contratto, e del saldo; 2) ammontare degli interessi maturati, calcolati alla stregua dei criteri indicati negli artt. 35 e 36 DPR 1063/62, a complessive £. 162.189.292;

- **che** a tale proposito non è condivisibile l'obiezione di parte attrice, secondo la quale il consulente avrebbe errato nell'applicare, nei conteggi relativi al terzo SAL, la duplice franchigia temporale prevista dall'art. 35, primo e al secondo comma, DPR 1063/62, in quanto si finirebbe per premiare la stazione appaltante inadempiente nell'emissione dei certificati di pagamento e dei conseguenti titoli di spesa: l'argomentazione non coglie nel segno, poiché l'art. 35 disciplina due distinti procedimenti amministrativi, in relazione ad ognuno dei quali sono previsti termini di adempimento reputati congrui alla complessità delle procedure da osservare, sicché viene sanzionato, con il pagamento degli interessi moratori dapprima al saggio legale stabilito dal codice civile e poi a quello speciale stabilito nello stesso art. 35, il ritardo rispetto a quei termini nell'adozione dei due distinti atti (certificato di pagamento e titolo di spesa);

- **che** neppure è condivisibile l'argomentazione svolta dal Comune di Roma (il quale in modo assai singolare si premura di contrastare le conclusioni del consulente d'ufficio pur essendo del tutto estraneo alla sua posizione processuale), secondo la quale non si deve applicare al caso di specie la modifica, introdotta dall'att. 4 L 10.12.81, n. 741, al termine fissato per la decorrenza del tasso speciale degli interessi moratori (da novanta a sessanta giorni), in quanto si tratta di disposizione che riguarda solo i lavori di importo superiore ai 2.000 milioni di lire da aggiudicarsi, affidarsi o concedersi dopo l'entrata in vigore della legge stessa: premesso che tale censura viene esaminata al solo scopo di pervenire alla corretta determinazione dell'importo spettante all'attrice, è agevole osservare che essa è infondata poiché riposa su una fallace lettura del testo legislativo; in effetti, la limitazione che il Comune ritiene di

dover applicare alla norma è contenuta nell'art. 1 l. 741/81, riguardante il ben diverso (e del tutto inconfidente nel caso di specie) istituto della revisione prezzi, mentre la modifica al termine previsto dall'art. 35 DPR 1063/62 è prevista nell'art. 4 l. 741/81, non reca alcuna limitazione, né richiama l'art. 1 e, per principio generale, si applica anche ai rapporti in corso duale quello di specie;

- **che** sull'importo degli interessi dovuto per ritardato pagamento di acconti e saldo non spetta la rivalutazione monetaria, come invece richiesto da parte attrice (e calcolato dal consulente d'ufficio), posto che, espressamente risolvendo un contrasto giurisprudenziale su tale specifico profilo, Cass. sez. un. 17.7.01, n. 9653 ha testualmente affermato che “il debito per interessi (anche quando sia stata adempiuta l'obbligazione principale) non si configura come una qualsiasi obbligazione pecuniaria, dalla quale derivi il diritto agli ulteriori interessi dalla mora nonché al risarcimento del maggior danno ex art. 1224 comma 2 cod. civ. ma resta soggetto alla regola dell'anatocismo d; cui all'art. 1283 cod. civ. derogabile soltanto dagli usi contrari ed applicabile a tutte le obbligazioni aventi ad oggetto originario il pagamento di una somma di denaro sulla quale spettino interessi di qualsiasi natura, compresi quelli di cui agli artt. 35 e 36 del D..P.R. 16 luglio 1962, n. 1063”, così superando il contrario orientamento affermato, da ultimo, da Cass. 29.11.00, n. 15289; 9.7.97, n. 6208; 12.9.91, n. 9555 (e non 12.9.99, n. 9555 come inesattamente citato da parte attrice);

- **che** nel caso di specie non si fa questione degli interessi anatocistici, perché mai richiesti dall'attrice;

- **che** di conseguenza, dall'importo di £. 162.189.292, come calcolato dal consulente d'ufficio, va detratto quello già versato di L. 107.303.671 (senza procedere alla sua rivalutazione), di talché spetta alla parte attrice la differenza, di L. 54.885.613, pari ad euro 28.346,05 (al cui versamento è tenuto il convenuto ANAS), sulla quale non possono essere riconosciuti ulteriori interessi anatocistici, in difetto di espressa domanda della parte (Cass. 15.12.82, n. 6913; 29.6.82, n. 3912), peraltro proponibile in altro giudizio;

- **che** per quanto attiene alla domanda di garanzia proposta dall'ANAS nei confronti del Comune di Roma occorre esaminare, prima di ogni altra questione, l'eccezione di prescrizione atteso il suo valore pregiudiziale;

- **che** essa non è fondata, posto che la controversia fra convenuto e terzo chiamato non ha ad oggetto il pagamento di somme richieste a titolo di interessi, bensì l'adempimento dell'autonoma obbligazione del Comune di assumersi l'onere finanziario degli interessi per i ritardati pagamenti, così che il termine prescrizione applicabile non è quello quinquennale di cui all'art. 2948 n. 4 c.c., invocato dal Comune, bensì quello decennale ordinario, che non risulta essere decorso;

- **che** comunque la domanda di garanzia dell'ANAS è infondata nel merito poiché, secondo quanto osservato all'inizio, l'art. 2 della convenzione (causa *petendi* della domanda) non comporta l'attribuzione al Comune di Roma della responsabilità di ogni tardivo adempimento dell'ANAS all'obbligazione di

pagamento assunta nei confronti dell'appaltatore, ma solo dei ritardi imputabili alla non tempestiva costituzione, da parte del Comune, della provvista necessaria per i pagamenti;

- **che**, ciò posto, la tesi del Comune in ordine alla non attribuibilità alla sua condotta dei ritardi quantificati nella parte eccedente l'importo di £. 107.303.671, già versato, per un verso risulta ampiamente documentata e per altro verso non è stata oggetto di alcuna contestazione da parte dell'ANAS (che ha invece contestato i conteggi di parte attrice);

- **che** dunque l'ANAS non ha alcun titolo per pretendere che il Comune lo tenga indenne dalle richieste di parte attrice, sicché la sua domanda non può che essere respinta (restando assorbite nelle considerazioni che precedono tutte le altre questioni prospettate dal terzo chiamato);

- **che** le spese processuali, liquidate come in dispositivo e comprensive di quelle anticipate dall'attrice per l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio, seguono la soccombenza.

### (1-3) Interessi per ritardo pagamento nell'appalto di opere pubbliche

#### 1. Considerazioni preliminari. La fattispecie all'esame del giudicante

Alla cognizione del Tribunale ordinario di Roma è portata una vicenda contrattuale caratterizzata da ritardati pagamenti di acconti e del saldo del corrispettivo di un appalto di lavori pubblici. Più in particolare, un'impresa invoca la condanna del suo committente (l'ANAS) al pagamento degli interessi e della rivalutazione monetaria per il ritardo nella corresponsione delle somme dovute per i titoli anzidetti. L'ANAS, rilevando che la convenzione stipulata dal medesimo con il Comune di Roma ed avente ad oggetto la regolamentazione del rapporto avente ad oggetto i lavori de quo, stabilisce l'obbligo del Comune di accollarsi il pagamento di eventuali interessi da ritardato pagamento (previsione richiamata nel capitolato speciale regolativo del contratto di appalto), assume - per ciò solo - l'intera responsabilità del ritardo contestato dall'attore in capo al Comune, chiamandolo in garanzia.

L'impresa contesta tale prospettazione, affermando l'inopponibilità alla stessa della clausola capitolare anzidetta, che avrebbe solo l'effetto di consentire al committente di rivalersi nei riguardi del Comune e dunque valore meramente “interno” ai rapporti tra il Comune di Roma e l'ANAS.

Per contro, l'amministrazione locale, evidenziando la totale autonomia dei due rapporti contrattuali, rileva di aver compiutamente adempiuto alla sua prestazione nei confronti del solo soggetto (L'ANAS) verso cui risulta obbligata. Rileva, altresì, tra gli aspetti qui rilevanti: a) l'intervenuta prescrizione quinquennale della domanda attorea, avendo ad oggetto - a suo dire - la corresponsione di interessi; b) l'intervenuta decadenza in cui la stessa sarebbe incorsa per non aver apposto riserva al pagamento ed anzi aver accettato senza alcuna contestazione una somma inferiore; c) l'esclusione della debenza della rivalutazione monetaria sugli interessi per

ritardato pagamento degli acconti e del saldo del corrispettivo di un'opera pubblica; d) l'applicazione, ai fini della decorrenza degli interessi moratori, del termine di 90 giorni, anziché di 60, originariamente previsto dal capitolato generale del 1962 (e dunque l'esclusione della modifica così apportata dall'art. 4 della l. 741 del 1981, perché ritenuta inapplicabile ai contratti in corso alla sua entrata in vigore, come nella specie).

Sugli aspetti dedotti dalle parti è utile qui di seguito soffermarsi.

## 2. L'assunzione di responsabilità per ritardo nei pagamenti tra ente finanziatore e committente

Il Tribunale rigetta la domanda di garanzia spiegata nei confronti del Comune di Roma, affermando che la previsione (art. 2 della convenzione tra esso e l'ANAS) su cui tale domanda viene fondata non comporterebbe l'attribuzione al Comune della responsabilità di ogni tardivo adempimento dell'ANAS all'obbligazione di pagamento assunta nei riguardi dell'appaltatore, ma solo dei ritardi imputabili alla non tempestiva costituzione, da parte del Comune stesso, della provvista a ciò necessaria.

Il rigetto si fonda sulla ricostruita indipendenza dei rapporti negoziali in essere: l'uno, quello di "provvista" tra l'amministrazione locale e l'ANAS; l'altro, ad esso collegato (quantomeno sotto il profilo del riconoscimento economico dei lavori), tra quest'ultima e l'impresa esecutrice. Indipendenza che – a detta del Giudicante – non viene scalfita dalla previsione del capitolato speciale (art. 40, comma 3) che, richiamando il predetto art. 2, stabilisce le modalità di costituzione della provvista per i pagamenti del corrispettivo spettante all'impresa.

Tale previsione (per la quale "*eventuali interessi derivanti dai ritardi nella effettuazione dei pagamenti sono a carico del comune*") viene interpretata nel senso che traslerebbe sul Comune gli oneri finanziari connessi ai soli ritardi scaturenti da responsabilità dello stesso, in quanto non sarebbe ammissibile stabilire in un contratto che dell'inadempimento del debitore sia responsabile un terzo.

A ben vedere, anche questa interpretazione si presterebbe alla stessa obiezione: affermare, cioè, che debbano far carico all'amministrazione che eroga il finanziamento i (soli) ritardati pagamenti ascrivibili a sua responsabilità equivale sostanzialmente ad affermare che dell'inadempimento di una delle parti risponda un terzo estraneo al rapporto. In quest'ultima ipotesi, il terzo (il Comune, per l'appunto) risponderebbe per il ritardo a lui direttamente imputabile, nella ricostruzione (disattesa) proposta dal Tribunale, invece, per il ritardo *tout court*, a prescindere dunque da ogni valutazione di imputabilità o no del ritardo stesso.

Più correttamente, l'iscrizione all'ente locale dei pagamenti il cui ritardo non è ricollegabile ad una responsabilità della stazione appaltante dovrebbe discendere da una diversa considerazione: la circostanza che l'impresa "conosce" - essendo espressamente richiamato nel contratto di appalto - il rapporto di finanziamento e dunque ne accetta le previsioni, ivi comprese quelle che regolano le modalità di

costituzione della provvista e, implicitamente, quelle che configurano una responsabilità da inadempimento del Comune verso l'ANAS in caso di mancata o ritardata costituzione. Ne consegue che, in caso di ritardo nei pagamenti spettanti all'impresa appaltatrice ed ove risultasse che tale ritardo fosse dovuto all'ANAS stesso (che, una volta incamerati i fondi del proprio finanziatore, non provvedesse poi ad erogarli all'impresa), sarebbe l'ANAS, in conformità ai principi generali delle obbligazioni, esclusiva responsabile nei confronti dell'impresa del ritardato pagamento; ove, invece, tale ritardo fosse attribuibile al Comune, l'ANAS andrebbe esente da responsabilità verso l'impresa, essendo il suo ritardato inadempimento, secondo le regole generali delle obbligazioni, "*determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*" (ex art. 1218 c.c.) e di tale responsabilità assumerebbe gli oneri il terzo (il Comune erogatore) avendo esso non consentito (pur dovendolo) al committente di adempiere puntualmente la sua prestazione verso l'impresa. Ciò posto, l'impresa azionerebbe questa responsabilità essendogli noto nel programma contrattuale in essere con l'ANAS che il ritardo nell'esecuzione della prestazione di pagamento del prezzo possa discendere direttamente da un eventuale contegno "colpevole" del Comune: esso, difatti, dovendo erogare tempestivamente il finanziamento ma omettendo di farvi fronte, porrebbe inevitabilmente l'ANAS in una condizione di inadempimento "incolpevole".

Conseguenza, comunque, del tutto coerente della corretta lettura di interdipendenza dei due rapporti è il rigetto dell'eccezione dell'amministrazione convenuta dell'intervenuta prescrizione quinquennale prevista dall'art. 2948, n. 4 per la corresponsione di interessi.

Rileva assai correttamente il Tribunale che essendo la controversia fondata sull'adempimento o no, da parte del Comune di Roma, dell'autonoma obbligazione di assumersi l'onere degli interessi da ritardato pagamento, il termine prescrizione è quello decennale, ordinariamente previsto, come noto, dall'art. 2946 c.c..

## 3. Interessi per ritardato pagamento e la corretta applicazione dell'art. 4 della l. 741/81

Con riferimento alla lamentazione del ritardo nei pagamenti spettanti all'appaltatore, il Tribunale, respingendo le doglianze del medesimo, ha ritenuto applicabile la duplice "franchigia" temporale prevista dall'art. 35, 1° e 2° comma, del d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063 (di approvazione dell'allora vigente Capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici) sul presupposto che l'art. 35 citato disciplinerebbe due diversi procedimenti amministrativi – emissione del certificato di pagamento della rata di acconto ed emissione del titolo di spesa a favore dell'appaltatore – con cui si attua il pagamento del corrispettivo di appalto da parte dell'amministrazione, prevedendo per ciascuno di essi differenti termini di adempimento e, conseguentemente, distinte sanzioni per il ritardo.

Sul punto la pronuncia del Tribunale di Roma appare ampiamente condivisibile: il 1° comma dell'art. 35 del citato capitolato generale prevede che qualora il

certificato delle rate di acconto non sia emesso, per causa imputabile alla stazione appaltante, entro i termini previsti dal capitolato speciale, sono riconosciuti in favore dell'appaltatore gli interessi corrispettivi al tasso legale fino all'emissione del certificato; qualora il ritardo superi i 60 giorni (sulla modifica intervenuta in ordine a tale termine cfr. infra), dal giorno successivo a tale scadenza saranno dovuti all'appaltatore anche gli interessi moratori determinati annualmente con apposito decreto ministeriale; per l'emissione del titolo di spesa, il 2° comma dell'art. 35 prevede che gli interessi legali sulla somma dovuta all'appaltatore siano riconosciuti trascorsi 30 giorni dall'emissione del certificato di pagamento delle rate di acconto fino all'emissione del medesimo titolo di spesa. Anche in tale ipotesi il legislatore prevede che qualora il ritardo si protragga oltre i 60 giorni, sono dovuti gli interessi moratori computati come sopra.

Le diverse scadenze temporali esplicitamente previste dal citato art. 35 tengono conto dei tempi di cui l'amministrazione necessita per organizzare la propria attività procedimentale e costituiscono parametri certi ed oggettivi per qualificare il comportamento della stazione appaltante in termini di ritardo, riconnettendovi automaticamente le conseguenze patrimoniali di natura accessoria.

Gli interessi moratori, come espressamente previsto dall'art. 35 (ed ora dall'art. 29 del DM 145/2000), sono dovuti dal giorno successivo alla scadenza del "termine di grazia" stabilito dal legislatore e sono comprensivi del maggior danno ai sensi del 2° comma dell'art. 1224 c.c.

Al riguardo si rileva che la scelta legislativa del criterio di quantificazione forfetaria, ex art. 1224, 2° comma, c.c., del maggior danno subito dall'appaltatore in conseguenza dei ritardi nei pagamenti non è stato ritenuto condivisibile da quella parte della giurisprudenza e della dottrina intese a prediligere l'applicazione di parametri di valutazione in concreto, utili a determinare la reale perdita subita dall'impresa.

Sul punto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 9653 del 17 luglio 2001, hanno invece riconosciuto la piena operatività dell'art. 1224, 2° comma, c.c., ponendo fine al contrasto giurisprudenziale in materia di riconoscimento o meno della rivalutazione monetaria sulla somma liquidata a titolo di interessi per il ritardato pagamento degli acconti e del saldo delle opere pubbliche, ai sensi degli articoli 35 e 36 del DPR 1063/1962.

La Corte di Cassazione ha, infatti, ritenuto che gli interessi spettanti all'appaltatore ex art 35 e 36 DPR n. 1063/1962 non riguardano solo il ritardo nel pagamento delle rate di acconto e di saldo del corrispettivo ma anche il danno ulteriore per il ritardo nel pagamento di detti interessi, sul presupposto che *"a tutte le obbligazioni aventi ad oggetto originario il pagamento di una somma di denaro sulla quale spettino interessi di qualsiasi natura, compresi quelli di cui agli articoli 35 e 36 del capitolato generale di appalto per le opere pubbliche approvato con DPR n. 1063/1962, è applicabile, in mancanza di usi contrari, la regola dell'anatocismo dettata dall'articolo 1283 c.c., dovendo escludersi che il debito per interessi, anche*

*quando sia stata adempiuta l'obbligazione principale, si configuri come una qualsiasi obbligazione pecuniaria, dalla quale derivi il diritto agli ulteriori interessi dalla mora nonché al risarcimento del maggior danno ex art. 1224, 2° comma c.c."*

Detta pronuncia impedisce dunque all'appaltatore, nelle ipotesi contemplate dagli articoli 35 e 36 citati, di poter validamente richiedere sia i danni da svalutazione monetaria sia altri ulteriori danni eventualmente subiti.

In materia si è anche espressa l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici la quale nella determinazione n. 5 del 27.03.2002 riguardante il *"Fenomeno dei ritardati pagamenti negli appalti di lavori pubblici"* conclude ritenendo che *"La disciplina in materia di ritardati pagamenti contenuta nell'art. 26 della legge 109/94 e s.m.i. e negli artt. 29 e 30 del D.M. 145/2000 copre ogni ipotesi di conseguente danno in concreto derivante e può essere validamente opposta ad ogni ulteriore pretesa risarcitoria"*.

Il Tribunale di Roma ha, pertanto, correttamente rigettato la domanda attrice in punto di rivalutazione monetaria sull'importo degli interessi dovuto per ritardato pagamento delle rate di acconto e del saldo.

Il Comune convenuto aveva eccepito, tra l'altro, che non dovesse applicarsi alla specie la modifica, introdotta dall'art. 4 della l. 10 dicembre 1981, n. 741, al termine fissato per la decorrenza del tasso speciale degli interessi moratori, modifica che fissava la stessa in 60 giorni (dai 90 della normativa precedente), in quanto tale disposizione avrebbe riguardato i soli lavori di importo superiore ai 2 miliardi di lire, da affidarsi successivamente alla sua entrata in vigore.

Il Tribunale ritiene giustamente infondata tale deduzione, fondata su di una non corretta lettura delle norme di questa legge (ormai non più in vigore) ed in particolare degli articoli 1 e 4 (per l'appunto, quest'ultimo preso in considerazione).

L'art. 1 stabiliva, al primo comma, che *"ferme restando le vigenti norme in materia di revisione dei prezzi dei lavori pubblici, per i lavori di importo superiore a 2 mila milioni di lire da aggiudicarsi, affidarsi o concedersi dopo l'entrata in vigore della presente legge, la revisione viene effettuata tenendo conto dello sviluppo esecutivo risultante dal programma dei lavori a tal fine esclusivo predisposto (...). La redazione del programma è facoltativa per i lavori di importo compreso tra 500 e 2000 milioni di lire. In tal caso l'Amministrazione, nella lettera di invito, deve specificare se intende avvalersi di tale facoltà"*. Seguivano altre previsioni dello stesso articolo parimenti dedicate all'istituto revisionale, in particolare dedicate a regolare le modalità di presentazione e determinazione del programma temporale.

Evidentemente, la difesa dell'amministrazione ha ritenuto che l'applicazione di tutte le norme contenute nella legge, anche se non direttamente connesse alla revisione dei prezzi, dovesse risultare vincolata ai suddetti parametri previsti al menzionato art. 1, ma si tratta di una lettura obiettivamente inconferente.

La legge n. 741 del 1981 fu una normativa che, come sovente accade nell'ambito regolamentativo dei lavori pubblici, cumulava in un unico contesto disposizioni tra loro assai diverse ed eterogenee, nell'occasione tutte accomunate dall'o-



biiettivo di assicurare quelle finalità di “*accelerazione delle procedure per l’esecuzione*” che figura espressamente nel titolo della normativa stessa.

Vi trovarono collocazione, tra le varie, un nuovo regime di revisione dei prezzi, ma anche nuove norme sul collaudo (art. 5), sulle cauzioni da prestarsi da parte degli esecutori (art. 6), sul premio di accelerazione (art. 12) e addirittura sul procedimento arbitrale (art. 15). Ulteriore prova di tale assenza di omogeneità prescrittiva è la circostanza che nello stesso art. 1 figura, all’ultimo comma, una previsione in materia di sospensione dei lavori (l’innalzamento a cinque del termine entro cui il direttore dei lavori deve trasmettere il relativo verbale, nonché quello di ripresa all’Amministrazione) che nulla ha a che vedere con la regolamentazione revisionale!

Dunque, pare insostenibile che quanto previsto in una delle recate, specifiche discipline (nella specie, quella della revisione dei prezzi) potesse riguardare anche quanto previsto, all’interno della stessa legge ma in un ambito del tutto diverso, per gli interessi da ritardato pagamento. L’ivi prevista riduzione a sessanta del termine stabilito negli artt. 35, primo e secondo comma e 36 del d.P.R. 1063 del 1962 (Capitolato generale d’appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici) poteva, pertanto, applicarsi a prescindere dal tutto dall’importo dei lavori inerenti al contratto di volta in volta interessato ed ai rapporti in corso alla data di entrata in vigore della riforma del 1981.

Infine, per quanto il Tribunale nulla abbia disposto sul punto (per quanto oggetto di contestazione), proprio in forza del disposto del predetto art. 4 della legge n. 741 il pagamento di quanto previsto a titolo di interessi è dovuto senza necessità di apposizione di preventiva riserva. Pertanto, anche sotto questo profilo, non ha pregio una delle argomentazioni addotte dall’amministrazione e cioè l’intervenuta decadenza in cui l’impresa sarebbe incorsa non contestando l’avvenuta erogazione di una somma di importo inferiore a quella pretesa.

Avv. Aldo AREDDU  
Avv. Barbara PANNUTI

## TRIBUNALE DI ROMA – SEZIONE TERZA CIVILE ORDINANZA 5 AGOSTO 2004 - EST. COVELLI

Procedimento civile – Rito societario – Revoca amministratori ex art. 2476 c.c., 3° comma – Ricorso ante causam ex art. 669-ter, 671, 700 c.p.c. e art. 23 D.lgs. n.5/2003 – Ammissibilità

*E’ ammissibile il ricorso ante causam ex art. 2476, 3° comma, c.c., finalizzato alla revoca degli amministratori di una società a responsabilità limitata, quando sia strumentale all’esercizio della successiva azione sociale di responsabilità (1).*

### L’ordinanza così motiva:

#### Il Giudice (omissis)

**- Rilevato** che con ricorso “ante causam” ex art. 2476, 3° comma c.c., artt. 669-ter, 671, 700 c.p.c. e art. 23 D.lgs. 17 gennaio 2003, n.5 la società ricorrente ha chiesto a questo Tribunale a) di revocare gli amministratori della società XXX a.r.l., nonché gli amministratori delle società y,w,z, provvedendo , per quanto d’occorrenza, alla nomina di amministratori di adeguata professionalità; b) di assumere in ogni caso nei confronti di detti amministratori e nei confronti di xxx, provvedimenti inibitori di sospensione e divieto di poteri gestori, in particolare di divieto di atti di disposizione e/o dismissione di beni e valori appartenenti alle rispettive società, altresì inibendo a detti soggetti l’effettuazione di ulteriori pagamenti in favore di kkk; di autorizzare sequestro conservativo in danno di xxx su c/c, beni mobili, o immobili, anche presso terzi sino all’importo di Euro 25 milioni; d) di autorizzare sequestro conservativo in danno della società kkk a r.l. su c/c, beni mobili o immobili anche presso terzi sino all’importo di Euro 15 milioni;

**- rilevato** (omissis);

**- rilevato** che i resistenti hanno eccepito l’illegittimità costituzionale dell’art. 2476, 3 comma cod. civ. nella parte in cui prevede la revoca dell’amministratore come “*misura cautelare strumentale ad un’azione di merito avente un mero contenuto risarcitorio*”, per violazione della legge delega e per violazione del canone di ragionevolezza di cui all’art. 3 della Costituzione, trattandosi di una misura “*che non si correla al contenuto dell’azione di merito e che produce nei confronti degli amministratori effetti che non sono suscettibili di essere rimossi anche nel caso in cui, nel successivo processo a cognizione piena, emerga l’infondatezza degli addebiti di responsabilità*”; e ciò in contrasto-secondo i resistenti-con i principi della strumentalità e della provvisorietà delle misure cautelari”;

**- ritenuto** che tale ricostruzione non è condivisibile, posto che il legislatore può discrezionalmente articolare e modulare le misure cautelari in funzione della più ampia, effettiva e tempestiva tutela di posizioni soggettive (v. Corte Cost. n. 253/1994; n. 190/1985; n. 249/1996); che la tutela introdotta con l’art. 2476, 3 comma consegue ad una prospettiva essenzialmente privatistica del controllo sul-

l'amministrazione della società a responsabilità limitata, la cui disciplina risulta caratterizzata da una netta differenziazione di regime rispetto alle società per azioni e da una regolamentazione degli interessi di natura eminentemente contrattuale; che- come questo Tribunale ha già avuto modo di rilevare- la tutela in questione è finalizzata ad impedire la verificazione di conseguenze dannose, ulteriori rispetto a quelle denunciate e poste alla base della proposta (o proponenda) azione di responsabilità, determinate da gravi irregolarità gestionali, ed appare dunque collegata all'azione sociale di responsabilità quale forma di tutela in forma specifica (v. Trib. Roma, 31/3/2004 Boni- Cotrone e Executive Sport Center S.r.l.; Trib. Roma 6 Giugno 2004 Korres- Giarenios; Trib. Roma 7/5/2004 De Maria – San Filippo e ELPI S.r.l.); che il provvedimento cautelare in questione può formare oggetto di reclamo ed è modificabile o revocabile (art. 23, 3 e 4 co. D.lgs. n. 5/2003) e, comunque, è destinato a venir meno nel caso di rigetto, nel merito, dell'azione di responsabilità; che, peraltro, l'ordinamento consente forme di tutela analoghe, in particolare in materia di società di persone cui, con riguardo alle regole di funzionamento interno, appare ispirata la nuova disciplina della società a responsabilità limitata (v. art. 2259 terzo comma, c.c. richiamato dagli artt. 2315 e 2293 c.c. sulla revoca per giusta causa dell'amministratore di società di persone, azionabile, come in più occasioni affermato da questo Tribunale, anche in via cautelare) senza sostituibilità con un amministratore giudiziario, mancando, anche nell'art. 2476, un'espressa previsione, ed essendo pertanto rimessa ai soci ogni determinazione al riguardo; che- pertanto- non si ravvisa alcuna violazione del canone di ragionevolezza richiamato dai resistenti, dal momento che lo strumento cautelare previsto dalla norma di cui all'art. 2476, 3 comma c.c. appare congruo rispetto al fine perseguito dal legislatore;

- **ritenuto** che non appare fondata neanche l'eccezione di inammissibilità dell'istanza ex art. 2476, 3 comma c.c. in quanto proposta "ante causam";

- **che infatti** la esperibilità della tutela cautelare "ante causam" prevista nelle disposizioni del procedimento cautelare uniforme (art. 669 ter c.p.c.), non derogate sul punto dall'art. 23 D.lgs. n. 5/2003, costituisce regola generale dell'ordinamento processuale, finalizzata alla più ampia tutela delle posizioni soggettive e, pertanto, può subire deroghe solo ove queste siano dal legislatore esplicitate (v. ad es., l'art. 2378, terzo comma, c.c. richiamato anche dall'art. 2479-ter quarto comma c.c. e dall'art. 2519 primo comma c.c., in materia di sospensione dell'esecuzione delle delibere assembleari e più in generale delle decisioni dei soci); nell'art. 2476 c.c. mancano invece concludenti ed inequivoci dati letterali nel senso di siffatta deroga: l'espressione "può altresì chiedere, in caso di gravi irregolarità della gestione, che sia adottato provvedimento cautelare di revoca degli amministratori" sembra legittimare il socio anche ad un rimedio cautelare tipico, nella sussistenza di determinati presupposti, ma non sembra condizionarne l'esperimento alla previa instaurazione del giudizio di merito (v. al riguardo anche i precedenti provvedimenti del Tribunale di Roma, innanzi richiamati);

- **rilevato** (omissis);

- **ritenuto** che sussistono i presupposti di legge per l'emissione di tale misura cautelare sotto il profilo della probabile fondatezza dell'azione sociale di responsabilità ai sensi del 3 comma dell'art. 2476 c.c. (violazione, da parte degli amministratori, dei doveri sui medesimi incumbenti per legge e per statuto- ed innanzi tutto del dovere di amministrare con diligenza- e pregiudizio al patrimonio della società), integrando i dedotti comportamenti degli amministratori- in base agli elementi allo stato acquisiti e alla cognizione sommaria propria della presente sede cautelare- gravi irregolarità gestionali;

- **che**, (omissis);

- **che** pertanto difettano di "fumus boni iuris" sia i richiesti provvedimenti inibitori, sia la richiesta di sequestro conservativo correlata alle suddette azioni di responsabilità;

- **che** (omissis);

- **che** pertanto le istanze cautelari suddette non possono trovare accoglimento;

- **rilevato** che, rientrando la revoca ex art. 2476, 3 comma c.c. nei provvedimenti cautelari di cui all'art. 23 D.lgs. n. 5/2003, occorre pronunciare in ordine alle spese del procedimento, senza fissare un termine per l'instaurazione del giudizio di merito;

- **che** (omissis);

PQM

- **Visti** gli artt. 2476, 3 comma c.c., 669-ter c.p.c. e 23 D.lgs. n. 5/2003, revoca x,y, w, z, dalla carica di amministratori della XXX a.r.l.;

- **rigetta** le altre istanze cautelari proposte dalla ricorrente;

- **condanna** (omissis) al rimborso delle spese del procedimento (omissis); dichiara compensate le spese di lite (omissis).

### (1) La tutela cautelare ante causam nell'ipotesi di revoca degli amministratori in una società a responsabilità limitata

L'ordinanza in epigrafe è stata emessa dalla terza sezione civile del Tribunale di Roma a seguito di un ricorso "ante causam" ex art. 2476, 3° comma c.c., artt. 669-ter, 671, 700 c.p.c. e art. 23 D.lgs. 17 gennaio 2003, n.5. La società ricorrente chiedeva, infatti, al Tribunale di Roma: a) di revocare gli amministratori della società XXX, nonché gli amministratori della società yyy b) di assumere in ogni caso nei confronti di detti amministratori e nei confronti di xxx provvedimenti inibitori di sospensione e divieto di poteri gestori c) di autorizzare sequestro conservativo in danno di xxx; d) di autorizzare sequestro conservativo in danno della società kkk.

Il giudice dopo una lunga e complessa motivazione, nella quale vengono valutati tutti i fatti dedotti nel ricorso e nelle difese dei resistenti e dopo un'attenta analisi della fattispecie oggetto del procedimento cautelare di cui il Tribunale è stato investito, anche e soprattutto alla luce delle norme riguardanti il c.d. nuovo processo societario, ha ritenuto fondata alla luce degli art. 2476, 3° comma c.c., 669-ter

c.p.c. e 23 D.lgs. n.5/2003 la richiesta della ricorrente di revoca degli amministratori della società XXX, provvedendo dunque, con l'ordinanza in commento, alla revoca dei suddetti amministratori; viceversa, ha rigettato le altre istanze cautelari proposte dalla società ricorrente, ovvero i provvedimenti inibitori e la richiesta di sequestro conservativo in quanto mancanti del *fumus boni iuris*, ed infine ha provveduto a pronunciare sulle spese del procedimento cautelare.

La pronuncia in esame è di estremo interesse ed assume un'importanza notevole in relazione anche ad altre pronunce che, infatti, rappresentano le prime interpretazioni giurisprudenziali del Decreto Legislativo 5/2003 che ha introdotto rilevanti novità non solo dal punto di vista sostanziale ma anche dal punto di vista processuale. L'ordinanza in epigrafe si colloca, dunque, sulla scia di altre pronunce, emesse sempre dal Tribunale civile di Roma (Trib. di Roma 31/3/2004, 6/06/2004, 7/5/2004), che vengono all'uopo richiamate nella lunga ed articolata motivazione dell'ordinanza de quo. Dette pronunce hanno contribuito a tracciare una linea interpretativa in ordine al c.d. nuovo processo societario, con specifico riguardo alla tutela cautelare ante causam nelle società a responsabilità limitata, interpretazione che pertanto può essere già definita orientamento giurisprudenziale.

Il problema che il Giudice del Tribunale di Roma si è trovato ad affrontare riguarda la ammissibilità di una misura cautelare ante causam in ordine alla revoca di amministratori di una società a responsabilità limitata.

Il nuovo testo dell'art. 2476 c.c. recita al comma 3: “ l'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa da ciascun socio, il quale può chiedere, in caso di gravi irregolarità nella gestione della società, che sia adottato provvedimento cautelare di revoca degli amministratori medesimi. In tal caso il giudice può subordinare il provvedimento alla prestazione di apposita cauzione”.

Partendo dal dato normativo ed anche dalla formulazione di questo comma, una parte della dottrina e della giurisprudenza sostiene che vi sia uno stretto collegamento tra l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori e l'azione cautelare di revoca degli amministratori stessi, ed ammette dunque la proposizione dell'istanza cautelare esclusivamente nel contesto di una già promossa azione sociale di responsabilità (R. Tiscini, *Giur. It.*, 2004, p. 2209 e segg.; Marinelli, *Note in tema di tutela cautelare nel nuovo rito societario*, *Corr. Giur.* n.9, 2004, p.1248; Trib. S. Maria Capua Vatore, sez. fall., 16.7.2004, G.D. dott. De Matteis).

Secondo tale orientamento il legislatore si è limitato a prevedere che nel corso di un giudizio a cognizione piena possa, su istanza di parte, instaurarsi un subprocedimento destinato a concludersi in tempi brevi, con un provvedimento sommario avente ad oggetto la revoca cautelare degli amministratori. La connotazione del procedimento cautelare in esame come incidentale, comporta che il provvedimento di revoca degli amministratori debba essere disciplinato dal 3° comma dell'art. 2476 c.c., dall'art. 24 del D.lgs. 5/2003 e dagli artt. 669-bis e segg. c.p.c. Dunque la domanda di revoca cautelare ai sensi dell'art. 2476, 3° comma c.c. va proposta, ex art. 669-bis c.p.c., con ricorso da depositare, conformemente a quanto

stabilito dal 2° comma dell'art. 669- quater c.p.c., presso la cancelleria del giudice relatore designato dal Presidente ai sensi dell'art. 12, 2° comma del D.lgs. n. 5/2003, trattandosi di una causa riservata alla decisione del Collegio ai sensi del comma 3° dell'art. 1 del D.lgs. n. 5/2003.

Secondo questo orientamento il provvedimento di revoca degli amministratori ex art. 2476, 3° comma, c.c. si adatta perfettamente nel contesto delle tutele cautelari conservative, apparendo per lo più una forzatura ritenere che la revoca degli amministratori possa qualificarsi come provvedimento anticipatorio di una sentenza il cui contenuto non è altro che la condanna al risarcimento dei danni. In accordo con il suddetto orientamento dottrinario, l'ordinanza del Tribunale di S. Maria Capua Vetere, sopra richiamata, ritiene inammissibile il ricorso cautelare ante causam ex art. 669-ter c.p.c. al di fuori di una già intrapresa azione di responsabilità, in quanto “ a seguito della riforma del diritto societario ciascun socio ha il potere di chiedere la revoca giudiziale dell'amministratore in caso di gravi irregolarità esclusivamente nel contesto di una già promossa azione sociale di responsabilità”.

Questa interpretazione non viene condivisa dal Giudice del Tribunale di Roma che ha emesso l'ordinanza de qua, il quale, viceversa, ritiene ammissibile l'istanza cautelare di revoca degli amministratori anche prima dell'instaurazione del giudizio di merito per l'accertamento della responsabilità e del danno arrecato alla società, affidando alla cautela una funzione preventiva, idonea ad impedire il prodursi di ulteriori effetti dannosi per la società. Nell'ampia motivazione dell'ordinanza in commento il Giudice del Tribunale di Roma richiama alcune delle contestazioni dei resistenti, nelle quali, tra l'altro, si afferma l'insussistenza, nel caso di specie, delle condizioni di legge per l'emissione delle richieste misure cautelari, e nelle medesime contestazioni vengono sollevate anche eccezioni pregiudiziali di illegittimità costituzionale della norma di cui all'art. 2476, 3° comma, c.c. e di inammissibilità ante causam della relativa istanza. In particolare, i resistenti “hanno eccepito l'illegittimità costituzionale dell'art. 2476, 3° comma, c.c. nella parte in cui prevede la revoca dell'amministratore come “ *misura cautelare strumentale ad un'azione di merito avente un mero contenuto risarcitorio*”, per violazione della legge delega e per violazione del canone di ragionevolezza di cui all'art. 3 della Costituzione, trattandosi di una misura “ *che non si correla al contenuto dell'azione di merito e che produce nei confronti degli amministratori effetti che non sono suscettibili di essere rimossi anche nel caso in cui, nel successivo processo a cognizione piena, emerga l'infondatezza degli addebiti di responsabilità*”; e ciò in contrasto-secondo i resistenti- con i principi della strumentalità e della provvisorietà delle misure cautelari”.

Il Giudice ha ritenuto di non accogliere le sopra citate contestazioni, richiamando espressamente il principio della discrezionalità del legislatore “nell'articolare e modulare le misure cautelari in funzione della più ampia, effettiva e tempestiva tutela di posizioni soggettive”. Lo stesso giudice ha poi affermato che la tute-

la introdotta con l'art. 2476, 3° comma, c.c., risponde pienamente all'intenzione del legislatore di introdurre una prospettiva essenzialmente privatistica del controllo sull'amministrazione della società a responsabilità limitata, nettamente differenziata dal regime adottato dalla società per azioni, e caratterizzata, dunque, da una regolamentazione degli interessi di natura essenzialmente contrattuale.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale che ha trovato impulso proprio nelle pronunce dei giudici del Tribunale di Roma, l'art. 23 del decreto legislativo n. 5/2003, ultimo comma, nello stabilire l'applicabilità ai provvedimenti cautelari delle disposizioni, in quanto compatibili, della sezione I del capo III del titolo I del libro IV del codice di procedura, richiama sostanzialmente l'art. 669-quaterdecies c.p.c. A mente, infatti, di quest'ultimo articolo, la disciplina generale uniforme dei procedimenti cautelari, e quindi anche l'art. 669-ter c.p.c., si applica anche agli altri provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali, salvo il limite dell'incompatibilità. Nel caso che ci occupa, oltre a non esserci alcuna espressa deroga all'applicabilità della norma di cui all'art. 669-ter c.p.c., non sarebbe dato rinvenire, in ogni caso, alcuna incompatibilità strutturale implicita tra essa e la revoca di cui al 3° comma dell'art. 2476 c.c. Appare dunque non corretto escludere l'applicabilità del provvedimento cautelare ante causam in relazione alla revoca degli amministratori, facendo leva soltanto sulla formulazione del 3° comma dell'articolo 2476 c.c., che prevede, infatti, il rimedio della revoca nella sedes materiae dedicata all'azione sociale di responsabilità. Detto ragionamento viene confortato anche dalla generalizzata preferenza accordata dal legislatore della riforma societaria proprio allo strumento cautelare ante causam, ex art. 23 D.lgs. n. 5/2003, al quale, infatti, lo stesso legislatore, riconosce efficacia anche nel caso in cui la fase di merito non venga iniziata. Questa previsione rappresenta una delle novità che il legislatore della riforma societaria ha introdotto, con la susseguente rottura di uno dei principi che regolano il processo cautelare uniforme disciplinato dagli artt. 669-bis e segg. c.p.c., ovvero la strumentalità tra la tutela cautelare e quella di merito, e la perdita d'efficacia del provvedimento cautelare, qualora non venga iniziata la fase di merito ovvero se quest'ultimo, una volta iniziato, si estingue (art. 669-novies).

In relazione al problema dell'efficacia della misura cautelare prevista al comma 3° dell'art. 2476 c.c., vi è un interessante saggio di Giuseppe Olivieri, Il procedimento cautelare nel c.d. processo societario, consultabile sul sito [www.judicium.it/news/ins\\_10\\_07\\_03/olivieri.html](http://www.judicium.it/news/ins_10_07_03/olivieri.html). In questo saggio, l'Autore inizia la propria riflessione sull'argomento de quo, partendo proprio dal dato normativo del 1° comma dell'art. 23 del D.lgs. n. 5/2003, che infatti, stabilisce, che “nelle controversie di cui al presente decreto, ai provvedimenti d'urgenza e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito non si applica l'articolo 669-octies del codice di procedura civile, ed essi non perdono la loro efficacia se la causa non viene iniziata”. Lo stesso Autore afferma, dunque, che il legislatore delegato “nell'evidente preoccupazione di evitare una (possibile) effi-

cacia *sine die* dei sequestri, ha limitato la autonomia ai *provvedimenti d'urgenza* e agli altri *provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito*”. Questa scelta, continua l'Autore, significa che il legislatore del D.lgs. n. 5/2003 attribuisce rilevanza alla distinzione meramente teorica tra provvedimenti anticipatori e provvedimento cautelari conservativi. La soluzione accolta dal legislatore “è stata ispirata dalla esigenza di evitare che procedimenti di indubbia natura conservativa, non denominati sequestri, previsti dalle leggi speciali, potessero assumere un'efficacia illimitata”. Secondo Olivieri sarebbe pertanto difficile far rientrare il provvedimento di revoca degli amministratori tra quei provvedimenti anticipatori di una sentenza, il cui contenuto non potrà che essere di condanna al risarcimento dei danni. Dunque considerando la revoca degli amministratori come provvedimento cautelare tipico, strumentale all'azione di responsabilità, la sua disciplina si sottrae alle regole dei procedimenti in camera di consiglio per essere soggetta alla combinazione delle norme sul procedimento cautelare uniforme con quelle contenute negli artt. 23-24 del D.lgs. n. 5/2003. Così ragionando, si pone il problema dell'efficacia della misura cautelare, sia se si ritenga ammissibile un provvedimento ante causam, sia se si ritenga la richiesta di revoca degli amministratori un provvedimento collegato all'azione sociale di responsabilità. Delle due l'una: qualora si ammetta lo stretto legame tra l'azione di responsabilità e il provvedimento di revoca, non si potrà attribuire ai soci un valido strumento per allontanare gli amministratori “infedeli” dalla società, nel caso in cui non si riesca a dimostrare il nesso di causalità tra le irregolarità degli amministratori e il danno; qualora, invece, si ammetta la possibilità di ottenere la revoca degli amministratori con un provvedimento ante causam, si potrà attribuire ai soci un potere di controllo sull'operato degli amministratori, che prescindendo dall'esistenza e dalla dimostrabilità del danno, e che risponderrebbe, in definitiva, all'intenzione del legislatore di attribuire, anche al singolo socio, un maggior potere di controllo, di natura privatistica, sulla condotta degli stessi amministratori. Vi è però comunque un rischio anche in quest'ultima ipotesi interpretativa, rappresentato dalla possibilità di utilizzare il procedimento cautelare di cui all'art. 2476 comma 3°, c.c., soltanto con lo scopo di ottenere la revoca degli amministratori, avendo il legislatore, come detto, cercato di svincolare l'efficacia del provvedimento cautelare ante causam dalla successiva fase di merito, rappresentata, in questo caso, dall'azione sociale di responsabilità. Pertanto detto procedimento cautelare “finirà per essere come surrogato quasi perfetto dell'art. 2409 c.c.”, afferma, sempre nel proprio saggio, Giuseppe Olivieri. In ogni caso, conclude lo stesso Autore, è necessario anche considerare che, “a differenza del tribunale adito ai sensi dell'art. 2409 c.c., il giudice designato per la misura cautelare dispone del potere di revoca degli amministratori, ma non quello di nomina di un amministratore giudiziario. In conseguenza, revocati dal giudice gli amministratori, dovrà (ovviamente se è necessario) provvedervi l'assemblea dei soci, ovvero chi deve esercitare tale potere a norma dell'atto costitutivo. In difetto, si verificherà lo scioglimento della società per impossibilità di fun-

zionamento (art. 2484, 1° comma, n. 3)”.  
 Nell’ordinanza de qua il Giudice ha ritenuto, dunque, ammissibile il ricorso alla tutela ante causam per la revoca degli amministratori di una delle società resistenti, tutela che, in effetti, rappresenta uno strumento utile e tempestivo per impedire il protrarsi di una situazione dannosa per la società. Lo stesso Giudice, in ogni caso, ribadisce che la misura cautelare della revoca degli amministratori è strettamente collegata all’azione sociale di responsabilità, essendo detto vincolo previsto espressamente dal legislatore della riforma societaria.

In ultimo si può notare che, nel decidere il ricorso ante causam, il Giudice ha provveduto sulle spese processuali, così come espressamente previsto dal 2° comma dell’art. 23 del D.lgs. n. 5/2003 e non ha provveduto, viceversa, alla fissazione di un termine per l’instaurazione del giudizio di merito, così come altrettanto previsto dal 1° comma dell’art. 23 del D.lgs.n. 5/2003, che, infatti, esclude l’applicabilità dell’art. 669-octies c.p.c.

Avv. Andrea SCANDURRA

## TRIBUNALE DI ROMA – SESTA SEZIONE CIVILE SENTENZA 9 LUGLIO 2004 – EST. BARRASSO

Gestione di affari altrui – Forma scritta – Necessità – Sussistenza – Contratto di locazione – Sufficienza – Sussistenza

Gestione di affari – Effetti – In capo al gerito – Sussistenza – Fattispecie

*E’ ammissibile la gestione di affari altrui, anche in presenza di atti per i quali sia richiesta una forma determinata dovendosi ritenere assolto il requisito della forma scritta del contratto di locazione in virtù della sottoscrizione del gestore (1).*

*Gli effetti della negotiorum gestio, si producono direttamente in capo al “gerito” in virtù del potere di rappresentanza attribuito al gestore in forza di legge e non già per volontà dell’interessato (2).*

### La sentenza così motiva:

(Omissis)

#### Svolgimento del processo

Con atto di citazione notificato il 28.11.2002 Legge Adriana e Innocenzi Aldina (rispettivamente proprietaria e usufruttuaria) intimavano a Pinna Maria Antonietta lo sfratto per morosità, con contestuale citazione per la convalida, per mancato pagamento dei canoni di locazione dal luglio 2002 in relazione al contratto di locazione dell’aprile 2002, ad uso abitativo transitorio per studenti universitari, avente ad oggetto l’immobile sito in Roma, via Francesco Rosaspina 71, piano primo, int. 3, al canone mensile di € 615,00.

Le intimanti deducevano che il contratto era stato concluso inizialmente anche con Cannone Ilaria e Venza Caterina, le quali peraltro avevano successivamente rilasciato l’appartamento e riconsegnato le chiavi ai primi di luglio 2002.

Nel costituirsi l’intimata si opponeva alla convalida, contestando l’esistenza di un rapporto di locazione e deducendo che mancava qualsiasi contratto di locazione scritto, previsto a pena di nullità, mentre tra le parti era intercorso un rapporto di comodato precario senza prefissione di termine.

Con ordinanza del 11.4.2003 veniva denegato ogni provvedimento sommario ed era disposto il mutamento del rito. Espletata prova testimoniale, all’udienza del 9.7.2004 la causa è stata decisa come da dispositivo che segue.

#### Motivi della decisione

La domanda principale di parte ricorrente è fondata e merita accoglimento. Giova premettere che il contratto di locazione in atti reca nell’instestazione come parte “conduttrice” anche il nome di Pinna Maria Antonietta, anche se esso è stato sottoscritto soltanto dalle altre due conduttrici Cannone Ilaria e Venza Caterina (le

quali hanno poi, nel luglio 2002, liberato l'immobile e riconsegnato le chiavi alla proprietaria).

Alla luce dell'istruttoria espletata è risultato provato l'assunto difensivo delle ricorrenti posto a fondamento della domanda ed esplicitato sin dalla fase sommaria (v. verbale del 11.4.03) e poi nella memoria integrativa, ovvero che il contratto di locazione in atti del 14.4.02 venne concluso da Cannone Ilaria e Venza Caterina "gestoriamente" anche in nome dell'interessata Pinna Maria Antonietta (art. 2028 e segg. c.c.).

Invero dalla univoche e dettagliate testimonianze assunte della Cannone e della Venza emerge che sussistevano tutti i presupposti dell'istituto della "negotiorum gestio", il quale richiede che: l'affare deve essere "utiliter coeptum", non deve essere iniziato contro la volontà del dominus ("non proibente domino"); il gestore deve avere la coscienza che si tratti di un affare altrui ("animus aliena negotia gerendi"); deve trattarsi di attività lecita; è necessaria la capacità di agire del gestore.

Nel caso di specie hanno riferito le suddette testimoni che anche la Pinna stata cercando una sistemazione abitativa a Roma; che la Pinna e le testi avevano visitato insieme l'appartamento in questione e concordato il canone con la proprietaria; che la Pinna era d'accordo e interessata alla conclusione del contratto; che, non potendo la Pinna essere presente al momento della firma, le testi avevano inserito anche lei come conduttrice, stante una conforme volontà della resistente; che la Pinna stessa aveva fornito alle altre i propri documenti, dai quali trarre i dati personali poi inseriti nell'intestazione del contratto, che successivamente alla sottoscrizione la Pinna aveva manifestato il suo compiacimento per la conclusione del negozio e preso possesso dell'alloggio.

Trattasi, dunque, di gestione "rappresentativa", avendo agito le "gestrici" spendendo il nome del "dominus" ("contemplatio domini").

Ricorrendo tutte le condizioni della gestione di affari altrui si producono gli effetti del negozio direttamente in capo al "gerito" in virtù del potere di rappresentanza attribuito al gestore in forza di legge e non già per volontà dell'interessato. Il dominus, infatti, resta ex lege vincolato all'osservanza delle obbligazioni assunte in suo nome dal gestore (art. 2031 c.c.).

Da ciò consegue che non trova applicazione alla fattispecie in esame il principio di cui all'art. 1392 c.c. e che deve ritenersi assolto il requisito della forma scritta del contratto di locazione in virtù della sottoscrizione del "gestore". Infatti posto, come detto, "che l'immediata imputazione degli effetti dell'attività gestoria nella sfera del dominus trova il suo fondamento nella legge e non in un atto negoziale", l'istituto della gestione di affari altrui è di norma ritenuto ammissibile anche in ipotesi di atti per i quali sia richiesta una forma determinata a pena di nullità (v. Cass. 3225/95 e autorevole dottrina al riguardo).

Va ritenuto, dunque, esistente un valido rapporto locativo tra le parti.

Del resto la resistente non ha fornito alcuna prova dell'esistenza del diverso dedotto rapporto di comodato. Infatti il teste Leporini, di parte resistente, ha mostra-

to di non essere a conoscenza diretta dell'avvenuta conclusione del negozio (avendo conosciuto la Pinna solo successivamente ovvero "verso metà giugno 2002") e si è limitato a riferire di aver sentito dire dalla stessa Pinna che questa occupava l'immobile a titolo di ospitalità. Di tale generica deposizione "de relato" non può evidentemente tenersi conto.

Ciò posto la resistente non ha dato prova di aver pagato alcun canone di locazione (avendo, anzi, sostenuto di occupare l'immobile "gratuitamente").

Ai sensi dell'art. 5 l. 392/78 va, pertanto, pronunciata la risoluzione del contratto per inadempimento della Pinna e la conduttrice deve essere condannata al rilascio dell'immobile. Appare congruo fissare al 31.7.2004 la data per l'esecuzione ex art. 56 l. 392/78, valutate tutte le circostanze di fatto.

Parte ricorrente ha riservato separata azione per il pagamento dei canoni e il risarcimento dei danni.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo (comprenditive di quelle della fase sommaria).

(omissis)

## (1-2) Gestione di affari altrui e solidarietà sociale.

*Sommario : 1) Premessa. 2) Attualità dell'istituto e orientamenti giurisprudenziali. 3) Effetti della gestione di affari altrui nel rapporto fra gestore e dominus.*

**1) Premessa.** La decisione del giudice unico che si commenta offre lo spunto, pur nella sua sinteticità, per alcune osservazioni sull'istituto della gestione di affari altrui nella sostituzione dell'attività negoziale.

Nella fattispecie, alla contestazione dell'esistenza di un contratto di locazione ad uso abitativo transitorio per studenti universitari in quanto il contratto sarebbe stato stipulato in forma scritta solo con alcuni soggetti, si è opposta la sua conclusione in forma gestoria, anche sulla base del dato di fatto (in effetti passibile di più interpretazioni), che non potendo essere presente il soggetto interessato all'atto della sottoscrizione, ne erano stati forniti i suoi documenti di identificazione.

Di qui l'esistenza di una "gestione rappresentativa" in quanto, avendo il soggetto "gestore" speso il nome del "dominus" (*contemplatio domini*) e ricorrendo tutte le condizioni della gestione di affari altrui, si sono prodotti gli effetti del negozio direttamente in capo al "gerito" in virtù del potere di rappresentanza attribuito al gestore in forza di legge e non per volontà dell'interessato. Il "dominus", infatti, resta ex lege vincolato all'osservanza delle obbligazioni assunte in suo nome dal gestore (art. 2031 c.c.).

Da questa impostazione se ne segue che deve ritenersi assolto il requisito della forma scritta del contratto di locazione in virtù della sottoscrizione del "gestore" essendo ammissibile "la gestione di affari altrui anche in ipotesi di atti per i quali sia

richiesta una forma determinata a pena di nullità”<sup>1</sup>.

**2) Attualità dell’istituto e orientamenti giurisprudenziali.** La decisione, pur se richiama fin da una prima lettura, la pluralità di profili della gestione di affari altrui individuabili, ad esempio nei limiti di applicabilità dell’istituto quando il soggetto agente sia obbligato ad ingerirsi nell’altrui sfera giuridica nei confronti di un terzo o nella sua incompatibilità con una preventiva obbligazione del soggetto agente ad agire per conto del soggetto gerito<sup>2</sup>, rappresenta un’utile occasione, date le modalità di fatto, per una riflessione sulla tesi che ravvisa nell’intento solidaristico del soggetto agente il fondamento della disciplina della gestione di affari altrui<sup>3</sup>.

L’esame di questo profilo appare infatti un momento di qualificazione spesso emergente nella *negotiorum gestio*, anche se non si è mancato di rilevare in senso contrario all’individuazione di un fondamento solidaristico dell’istituto rappresentato dall’intento altruistico del soggetto agente e dalla spontaneità del suo comportamento, che la solidarietà non presuppone necessariamente il requisito della spontaneità<sup>4</sup>.

La decisione, se da un lato si colloca nell’ambito tradizionale di un’evoluzione di quel filone giurisprudenziale inteso a dare nuova vitalità ad un istituto nato in un ambito radicalmente diverso<sup>5</sup>, dall’altro sembra tuttavia corrispondere, nel quadro generale dell’evoluzione del contenuto di principio di solidarietà, al riconoscimento nell’orizzonte costituito dalle regole di mercato di un “ordine sociale” a base solidaristica<sup>6</sup>.

L’interpretazione del giudice unico, seguendo l’orientamento della giurisprudenza<sup>7</sup>, ha precisato che l’*animus aliena negotia gerendi* non deve necessariamente risultare da una dichiarazione espressa del *dominus*, ma può risultare anche dalle circostanze di fatto, in quanto l’elemento peculiare del negozio è dato dalla spontaneità dell’intervento del gestore, ossia dalla mancanza di un

qualsivoglia rapporto giuridico in forza del quale il gestore sia tenuto ad intervenire nella sfera giuridica altrui<sup>8</sup>.

Occorre nel gestore, secondo la giurisprudenza ormai risalente della Cassazione<sup>9</sup>, l’*animus aliena negotia gerendi*, ossia la consapevolezza di gestire un affare altrui, al fine che gli effetti ricadano sul dominus, ed occorre, altresì, che il gestore spenda il nome del rappresentato, ossia faccia sapere ai terzi che agisce in nome e per conto altrui.

La rilevanza generale nell’ordinamento del principio di solidarietà è, come noto, alla base di un costante orientamento della Corte<sup>10</sup> che ha più volte affermato “ il richiamo al principio di solidarietà tende... a diventare una sorta di chiave di lettura dell’intero ordinamento, un meccanismo di raccordo tra la specificità del caso e l’integrità del contesto, il modo attraverso il quale si recupera la crisi della sistematicità in un’ottica diversa e meno formalistica”<sup>11</sup>.

La gestione di affari altrui così come viene considerata, nell’evoluzione dell’istituto, a partire dall’esperienza del diritto romano e attraverso l’elaborazione della pandettistica, è individuata in un comportamento altruistico, fonte di obbligazioni<sup>12</sup>.

E’ dunque nel quadro di riferimento fornito dal dato normativo che va individuata la rilevanza del momento solidaristico che, in collegamento al valore immanente della solidarietà umana, caratterizza l’applicazione di un istituto la cui elaborazione concettuale si è arricchita e rinnovata in funzione di questo principio che pervade l’ordinamento.

La persona è inseparabile dalla solidarietà<sup>13</sup>: la cura dell’altro fa parte del concetto di persona; di conseguenza è legittima l’ingerenza non autorizzata nella *negotiorum gestio* in quanto opera una deroga al principio di indipendenza delle sfere giuridiche e allo stesso tempo esprime la solidarietà sociale che è a fondamento dell’istituto interpretato, senza alterarne la natura privatistica, alla luce del principio costituzionale dell’art. 2.

Il solidarismo<sup>14</sup> determina, come naturale conseguenza, che l’intervento del gestore non si possa estendere oltre una collaborazione rispettosa del principio di autodeterminazione del titolare e l’ingerenza del gestore è apprezzabile purché il suo intervento eviti un danno o procuri un vantaggio all’interessato senza alcun compenso.

Come si è accennato, alla tesi che collega il fondamento solidaristico all’intento altruistico (*animus aliena negotia gerendi*) e al comportamento spontaneo del soggetto agente<sup>15</sup>, si è di recente opposto<sup>16</sup> che il fondamento giuridico della disciplina

1 La giurisprudenza della Cass. 20-3-1995, n.3225, Foro it., 1996, I,

203, con commento ivi di F. Loria, rappresenta una svolta alla tendenza restrittiva assunta dalla Suprema Corte nelle sentenze Cass. 13-3-1964, n. 550, Cass. 16-2-1949 n.255 e nelle pronunce limitative dei giudici di merito del Trib. di Forlì 12-12-1957 e dell’ App. di Caltanissetta 26-02-1953.

2 Su questi due profili v. P. SIRENA, *op. cit.*, rispettivamente p.169 ss. e p. 156 ss.

3 Da ultimo v. R. PANE, *op. cit.*, p.60; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Milano, 1997, p. 218; P. PERLINGIERI, R. MESSINETTI, *Art.2 in commentario alla Costituzione Italiana*, Torino, 1997; F. D. BUSNELLI, *Solidarietà e aspetti di diritto privato*, in *Iustitia*, IV, 1999, p. 435 ss.; G. GIACOBBE, *Il fondamento giuridico della solidarietà sociale*, in *Iustitia*, IV,

1999, p.523ss; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà dell’ordinamento costituzionale*, Milano, 2002; D. D’ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004.

4 P. SIRENA, *op. cit.*, p. 431.

5 L. ARU, *op. cit.*, p.2.

6 Per una sintesi del movimento, espressione della libertà della persona, che va “ dallo status al contratto”, la cui complessità caratterizza la nostra epoca v. da ultimo G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l’inizio di esecuzione. Dal codice ai principi di diritto europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, 2005, p.336.

7 Cass. 13-3-1964, n. 550.

8 Cass. 29-3-2001, n.4623.

9 Cass. 7-10-1965, n.2081.

*contrattuale dell’obbligazione*, in *Riv. Dir. Civ.* 1997, I, p. 249 ss.

10 Cass.13-01-1993, n.343; Cass. 20-04-1994, n.3775; Cass. 24-09-1999, n.10511; Cass. 5-11-1999, n.12310; Cass.16-10-2002, n. 14726.

13 P. PERLINGIERI, *Manuale di Diritto Civile*, Napoli, 1997, p. 43 ss.

11 N. LIPARI, “*Spirito di liberalità*” e “*spirito di solidarietà*”, in *Riv. tri.*, dir. proc. civ., 1997, p.1 ss.

14 R. PANE, *op. cit.*, p. 44 ss.

15 S. FERRARI, *Gestione di affari altrui*, voce dell’Enciclopedia del diritto, XVIII, Milano, 1969; p. 648.

12 Sulla gestione di affari altrui come fonte di obbligazione, v. P. SIRENA, *La gestione di affari altrui come fonte quasi*

16 P. SIRENA, *op. cit.*, p. 432.

della gestione di affari altrui non si caratterizza né per l'intento altruistico del soggetto agente, né per la spontaneità del suo comportamento.

Se la consapevolezza di essersi ingeriti nell'altrui sfera giuridica, è l'elemento soggettivo della gestione, la disciplina giuridica applicabile, quando ne ricorrano i presupposti, non è soltanto quella determinata da un intento "altruistico", ma anche quella determinata da un intento "egoistico" del soggetto agente.

La tesi dell'incompatibilità fra la gestione di affari altrui e l'esistenza di interessi idonei a legittimare l'ingerenza nella sfera giuridica altrui<sup>17</sup>, non appare tuttavia sempre invocabile, come avviene nel caso in esame dove la gestione dell'affare è stata condotta spontaneamente e consapevolmente nella tutela, oltre che dell'interesse del soggetto gerito, nell'interesse del gestore, spinto non solo da una motivazione egoistica ma anche dall'intento di evitare al primo la possibilità di un pregiudizio.

Il rinvio alla norma costituzionale che "...richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà...."(art.2 Cost. ), fa sì che la gestione di affari altrui sia una figura giuridica che dà espresso riconoscimento, nel confine sempre più labile fra la sfera del diritto pubblico e la sfera del diritto privato, a iniziative spontanee di solidarietà sociale nel diritto privato.

La rivalutazione del dato della solidarietà spesso trascurato nell'osservazione quotidiana, permette nell'esame della situazione di fatto alla *negotiorum gestio* di collocarsi nell'area della tutela di interessi compresi tra la nascita di schemi contrattuali atipici e un sistema, caratterizzato da rapporti di fatto intesi a salvaguardare l'interesse del terzo e del gerito<sup>18</sup>.

**3) Effetti della gestione di affari altrui nel rapporto fra gestore e dominus.** Per regola generale nel nostro ordinamento affinché una persona possa curare gli interessi di un altro soggetto, è richiesto il consenso di quest'ultimo: l'intromissione del terzo in assenza dell'interessato non produce alcun effetto, ma è fonte di responsabilità.

Tuttavia, non essendo la gestione né un contratto, né un negozio unilaterale essa è considerata dalla gran parte della dottrina un mero fatto giuridico cui si ricollega *de iure* una serie di conseguenze, anche di carattere obbligatorio, sia per il gestore sia per il dominus<sup>19</sup>.

Si afferma che nei casi in cui un terzo gestisca, consapevolmente, gli interessi propri di un'altra persona, indipendentemente da un obbligo preesistente, non potendo l'interessato provvedervi da sé, nasce un'*obbligazione* tra le parti.

Ma, oltre che fonte di obbligazione del gestore e dell'interessato, la gestione

di affari altrui è anche fonte di rappresentanza del gestore nei confronti dell'interessato o dei terzi, pur non essendovi al riguardo unanimità di vedute nella dottrina sulla sua natura giuridica.

Per alcuni autori<sup>20</sup> si tratta infatti di rappresentanza legale, anche se si ha cura di precisare comunque che "questa ipotesi deve essere tenuta distinta, per il titolo e il contenuto, rispetto alle ipotesi di rappresentanza necessaria"; per altri<sup>21</sup> invece la fonte della legittimazione a spendere efficacemente il nome altrui non sarebbe, in tal caso, né negoziale, né legale, ma consisterebbe in una particolare situazione di fatto, (l'utile iniziativa assunta consapevolmente dal gestore di affari in assenza dell'interessato), di cui la rappresentanza costituirebbe un effetto legale.

Si sostiene<sup>22</sup> infine che la *contemplatio domini* richiesta al gestore quale espressione dell'*animus aliena negotia gerendi*, va intesa nel senso che l'alienità dell'affare deve risultare all'esterno, "dalla stessa natura dell'atto o dalle circostanze obiettive che mettono in evidenza il legame tra l'oggetto dell'attività gestoria e la sfera giuridica patrimoniale".

E' sempre comunque necessario distinguere il rapporto del gestore con l'interessato dal rapporto del gestore con i terzi:

**a)** il primo, definito quale "gestione rappresentativa", indica la gestione compiuta nel nome del dominus: ora nel caso di specie, i soggetti gestori con la spendita del nome del "*dominus*" lo hanno vincolato ad adempiere le obbligazioni assunte (art. 2031, primo comma, cod. civ.).

Operando l'effetto rappresentativo tramite la mediazione positiva dell'*utilitas* in favore dell'interessato, la legge costituisce un rapporto di gestione che modellato sul contratto di mandato è "fonte di diritti e di obblighi alla stregua di un regolamento negoziale"<sup>23</sup>.

**b)** Per quanto attiene i rapporti del gestore con i terzi non tutti i fatti di cooperazione danno luogo ad un rapporto di gestione ma questo, nella sua funzione rappresentativa, "può aversi soltanto quando il fatto di cooperare tende alla conclusione (e quindi alla creazione di rapporti giuridici) con terze persone"<sup>24</sup>.

Se il proposito di agire per e a vantaggio di altri non deve risultare necessariamente da dichiarazioni espresse, ma può risultare anche da circostanze di fatto, ne costituisce fondato motivo la possibilità di ravvisare nel comportamento del gestore il requisito della cooperazione, che nell'assenza del *dominus* dell'affare, determina gli effetti diretti od indiretti della rappresentanza nella validità del contratto di locazione sottoscritto dal "gestore".

20 C.M. BIANCA, *op. cit.*, p.155; S. FERRARI, *op. cit.*, p. 74.

23 P. PAPANTI PELLETIER, *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, Milano, 1984, p.61-62.

21 L. BIGLIAZZI-GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI e U. NATOLI, *Diritto Civile*, Torino, 1987, p. 557- 559.

24 S. PUGLIATTI, *Il rapporto di gestione sottostante alla rappresentanza* in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, p.165-168.

22 L. ARU, *Della gestione di affari*, *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, *Libro IV delle obbligazioni*, Bologna, 1981; p.15.

17 P. SIRENA, *op. cit.*, p. 209.

18 U. BRECCIA, *op. cit.*, p. 739 ss.

19 F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1992, p. 662 ss.



Nel caso di specie la cooperazione era presente all'origine, giustificata dalla circostanza che l'interessata, non *potendo essere presente* al momento della firma del contratto, aveva fornito i documenti ai soggetti gestori, dai quali sarebbero stati tratti i dati personali, da inserire nel contratto.

Per un generale principio di economia giuridica, in presenza di una fattispecie carente di tutti gli elementi del corrispondente modello legale è possibile il richiamo in via analogica<sup>25</sup>, alle disposizioni del contratto di mandato al fine di determinare il contenuto e gli obblighi del gestore.

In questa impostazione sorge il problema di spiegare come si possa ricollegare una fattispecie non negoziale, quale la gestione di affari altrui, ad una fattispecie negoziale quale il contratto di mandato.

Certamente la disciplina del mandato non sarà applicabile nella sua totalità alla *negotiorum gestio*, ma le sue disposizioni potranno essere utilizzate solo in quanto compatibili con la struttura dell'istituto.

L'attuazione del criterio della compatibilità delle norme applicabili in funzione delle caratteristiche strutturali della fattispecie, fa sì che il rispetto del criterio di specialità assuma funzione di elemento individuante della disciplina. Così sia nella permuta (art. 1555 cod. civ.) si ricorre prima alle leggi dell'alienazione, poi alle leggi sulla compravendita, in quanto entrambe fondate sulla funzione di scambio del contratto, per escludere la compatibilità delle sole norme che presuppongono il prezzo quale prestazione pecuniaria<sup>26</sup> e che nella disciplina della somministrazione (art. 1570 cod. civ.) dove nella gerarchia tra le norme in tema di somministrazione e di appalto, è il criterio di specialità dalla "ratio della norma di selezione (che) consente di individuare la normativa applicabile per risolvere conflitti apparenti di norme, in quanto esso spiega perché una norma prevalga sull'altra"<sup>27</sup>.

In ordine a questa impostazione il principio solidaristico esclude, quale fondamento dell'attività gestoria, la possibilità di applicare l'art. 1709<sup>28</sup> del cod. civ. in quanto al gestore non è dovuto alcun compenso.

Nel caso, e conclusivamente, per quanto attiene il rapporto con il terzo, (la proprietaria dell'immobile), questi è tutelato poiché le obbligazioni contratte dal gestore impegnano ai sensi dell'art. 2031 cod. civ. l'interessato al loro adempimento imputandone gli effetti nella sua sfera.

Quando nella gestione si verificano gli elementi della fattispecie, l'*utiliter coeptum* spiega i suoi effetti rappresentativi in capo al dominus, sicché si può parlare di gestione rappresentativa, produttiva di effetti nei rapporti esterni in quanto pone il dominus, (la studentessa universitaria), in una situazione di obbligo verso il terzo come avviene in base alla rappresentanza.

Il principio di solidarietà, che giustifica l'intervento dell'ordinamento per

regolare i rapporti giuridici che conseguono ad un'attività di *negotiorum gestio*, rappresenta nelle alternative di fatto nelle quali quest'ultimo si può configurare sia come vera liberalità, sia come adempimento di un dovere giuridico, sia infine come adempimento di un dovere morale e sociale che trova il suo fondamento nella solidarietà<sup>29</sup>.

In ultima analisi, l'ampliamento della funzione solidaristica della *negotiorum gestio* in grado di dare rilievo giusta ai comportamenti genericamente definiti "altruistici" consente di fornire legittimazione ad iniziative spontanee di solidarietà sociale in un processo di graduale sostituzione del dogma della volontà tra le parti con l'affermazione di un'ideologia solidarista<sup>30</sup>.

Dott.ssa Maria Antonietta DE LUCIA

25 S. FERRARI, *op. cit.*, p. 664-65.

27 R. BOCCHINI, *La somministrazione di servizi*, Padova, 1999, p. 177.

26 C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1972, p. 1026.

28 L. ARU, *op. cit.*, p. 31.

29 P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 99.

30 G. IUDICA e P. ZATTI, *Il contratto*, in *Trattato di dir. priv.*, Milano 2001, p. 36 ss.

**TRIBUNALE DI ROMA – SEZIONE TERZA  
ORDINANZA 6 LUGLIO 2004 – PRES. DEODATO  
REL. VANNUCCI**

Società di capitali – Società a responsabilità limitata – Collegio sindacale obbligatorio – Ricorso ex art.2409 cod. civ. – Ammissibilità - Sussistenza

*E' ammissibile il procedimento previsto dall'art. 2409 c.c. in relazione alle società a responsabilità limitata per le quali è obbligatoria la nomina del collegio sindacale ai sensi dell'art. 2477, secondo e terzo comma c.c. (1)*

**L'ordinanza così motiva:**

(Omissis)

**1)** Con ricorso depositato il 22 ottobre 2002 Emilia Sorrentino, Francesca Fioravanti, Alessandra Fioravanti e Sabatino Fioravanti, complessivamente titolari di quote di partecipazione al capitale della Nuova Villa Claudia S.r.l. in misura superiore al 10% dell'intero, denunciavano irregolarità nella gestione della stessa società e chiesero la revoca di amministratori e sindaci ai sensi dell'art. 2409 c.c. .

Dopo l'instaurazione del contraddittorio in ordine a tale istanza con amministratori, sindaci e pubblico ministero, con decreto del 9 giugno 2003 venne disposta ispezione giudiziaria della società in questione onde accertare la sussistenza delle irregolarità specificatamente indicate in tale atto.

Sulla base del contenuto della relazione depositata dall'ispettore giudiziario il 28 novembre 2003, con decreto depositato il 21 aprile 2004 l'istanza di revoca è stata rigettata ed è stata disposta l'integrale compensazione fra le parti private costituite delle spese da ciascuna di esse rispettivamente anticipate nel procedimento.

**2)** Con ricorso depositato l'8 maggio 2004 gli stessi Emilia Sorrentino, Francesca Fioravanti, Alessandra Fioravanti e Sabatino Fioravanti, evidenziando la sussistenza dei fatti, costituenti a loro avviso gravi irregolarità gestorie imputabili agli amministratori di Nuova Villa Claudia, non considerati nel decreto di rigetto del 21 aprile 2004 perché verificatesi successivamente alla discussione svoltasi all'udienza camerale del 17 marzo 2004 in ordine agli accertamenti effettuati dall'ispettore giudiziario, hanno chiesto la revoca del decreto di rigetto, con "immediata revoca" degli amministratori dall'incarico gestorio e "contestuale nomina dell'amministratore giudiziario".

Il ricorso è stato notificato, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza camerale di discussione, ai soli amministratori della società e al pubblico ministero.

Con memoria depositata il 3 giugno 2004 si sono costituiti di persona i componenti il collegio sindacale della società (Alessandro Musaio, Giovanni Carvelli e Bruno Ciappina) che hanno dichiarato di avere avuto contezza del contenuto del ricorso sopra indicato e hanno chiesto, previa autorizzazione a stare in giudizio di persona, il rigetto delle istanze dei soci ricorrenti.

Con memoria depositata lo stesso 3 giugno 2004 gli amministratori (Giancarlo Di Raimondo, Giovanni Vigoriti e Fabrizio Di Lazzaro) si sono costituiti (a mezzo di difensori muniti di procura speciale) ed hanno dedotto: l'inammissibilità dell'istanza ex art. 2409 c.c. in quanto proposta successivamente all'entrata in vigore della disciplina di riforma del diritto delle società di capitali e cooperative (D.lgs. n. 6 del 2003) e di quella dei procedimenti in materia di diritto societario (D.lgs. n. 5 del 2003) in riferimento ad istituto (quello del controllo camerale di cui all'art. 2409 c.c.) non applicabile alle società a responsabilità limitata in conseguenza della diversa disciplina recata dal decreto n. 6 del 2003; nel merito, la manifesta infondatezza dell'istanza stessa.

All'udienza camerale di discussione del 9 giugno 2004 il pubblico ministero, chiamato dai ricorrenti a partecipare al procedimento, ha chiesto il rigetto dell'istanza contenuta nel ricorso sopra indicato.

**3)** Alla luce di quanto esposto nel precedente paragrafo 1) risulta con alquanto evidenza che il procedimento ex art. 2409 c.c. intrapreso da Emilia Sorrentino, Francesca Fioravanti, Alessandra Fioravanti e Sabatino Fioravanti con ricorso depositato il 22 ottobre 2002 è stato definito, con la negazione della sollecitata nomina di amministratore giudiziario e con la regolamentazione delle spese del procedimento stesso, con decreto depositato il 21 aprile 2004.

Premesso che i decreti emessi nell'ambito dei procedimenti di volontaria giurisdizione rispettivamente previsti dagli artt. 737 – 742-bis e dagli artt. 25-33 del decreto n. 5 del 2003 non sono idonei a costituire cosa giudicata, in senso formale (art. 324 c.p.c.) e sostanziale (art. 2909 c.c.) potendo essere modificati e revocati in ogni tempo (art. 742 c.p.c. e art. 26, secondo e terzo comma, decreto n. 5 del 2003), come pacificamente ritenuto da dottrina e giurisprudenza unanimi (cfr., per tutte, Cass. 26 febbraio 1993, n. 2395; Cass. 17 dicembre 2003, n. 19391), è del pari evidente che il ricorso con il quale le stesse persone fisiche sopra indicate hanno chiesto la "revoca" del decreto del 21 aprile 2004, e la conseguente nomina di amministratore giudiziario negata da tale decreto, costituisce nuova denuncia di gravi irregolarità di gestione.

Il procedimento che si attiva sulla denuncia all'art. 2409 c.c. ha natura di procedimento camerale di volontaria giurisdizione (giurisprudenza costante: cfr., comunque, Cass. 26 febbraio 2002, n. 2776) con pluralità di parti, dal momento che a seguito di presentazione della denuncia il secondo comma dell'articolo menzionato prevede che in ordine alla stessa debbano essere sentiti amministratori e sindaci.

Per i procedimenti instaurati dopo il 1° gennaio 2004 la disciplina dei procedimenti camerale plurilaterali di cui agli artt. 30, 31 e 32 del D.lgs. n. 5 del 2003 è espressamente dichiarata applicabile alle denunce di cui all'art. 2409 c.c. dall'art. 33 dello stesso decreto; con conseguente identificazione del ricorso (art. 125 c.p.c.) quale atto richiesto dalla legge processuale per l'introduzione delle istanze che a mezzo di tale procedimento si fanno valere (art. 737 c.p.c. per i procedimenti iniziati prima del 1° gennaio 2004; art. 25 del decreto n. 5 del 2003 per i procedimenti ini-

ziati dopo tale data).

Ai fini della determinazione della “pendenza” del procedimento di cui all’art. 41 del decreto n. 5 del 2003 ed all’art. 223-novies, primo comma, disp. att. c.c., introdotto con l’art. 9, secondo comma, lett. b), del decreto n. 6 del 2003 (secondo cui “i procedimenti previsti dall’art. 2409 del codice, pendenti alla data del 1° gennaio 2004, proseguono secondo le norme anteriormente vigenti”) occorre pertanto far riferimento al momento del deposito del ricorso, al pari di quanto previsto per qualunque processo civile che inizi con tale atto (mentre la pendenza del processo da introdurre con citazione si determina dal giorno della notificazione di tale atto: cfr., per tutte Cass. 18 febbraio 1999, n. 1358).

Da ciò deriva che al procedimento instaurato con il ricorso in esame si applicano: a) le regole di diritto processuale previste dagli artt. 25 – 27 e 30 – 33 del decreto n. 5 del 2003; le regole di diritto sostanziale e processuale contenute nelle disposizioni del codice civile in materia di società di capitali come modificate dal decreto n. 6 del 2003.

Il ricorso stesso instaura quindi un nuovo procedimento ex art. 2409 c.c. sulla base di denuncia relativa a fatti accaduti successivamente all’emissione del rigetto dell’istanza di revoca di amministratori e sindaci sopra richiamato; con conseguente applicabilità dell’art. 26, secondo comma, del citato decreto n. 5.

**4)** L’art. 25, terzo comma, del decreto n. 5 del 2003 prevede che nel caso di provvedimento di volontaria giurisdizione da emettere nei confronti di più parti “si applicano gli articoli 82, comma secondo, 83 e 84 del codice di procedura civile e il tribunale provvede in composizione collegiale”.

Prima dell’entrata in vigore della disposizione da ultimo indicata la giurisprudenza onoraria di questo tribunale era ferma nel ritenere che, alla luce della natura giurisdizionale del procedimento previsto dall’art. 2409 c.c. (sia dal lato soggettivo, che oggettivo) e come evidenziato da dottrina e giurisprudenza (secondo Cass. 23 novembre 1994, n. 9913, resa specificamente in materia di necessità di assistenza di difensore nel processo esecutivo davanti al pretore, l’art. 82 c.p.c. “regola in via generale le condizioni per l’inserimento delle parti... in relazione a qualsiasi tipo di processo, cognitivo, esecutivo o camerale”), allo stesso dovessero trovare applicazione, in assenza di specifica indicazione normativa di segno contrario, gli artt. 82 e segg. c.p.c. (in tema di necessità del patrocinio di difensore abilitato per la parte che stia in giudizio davanti al tribunale) che, essendo compresi fra le disposizioni generali del libro primo del codice di procedura civile, trovano applicazione generale per tutti i giudizi, anche non contenziosi, avanti il tribunale, salve le deroghe disposte dalla legge per determinati casi specifici (cfr., per tutte, Trib. Roma, decr. 21 marzo 2001, *Manasse c. Amministratore unico della Melcom S.r.l.*).

Tale conclusione vale, a maggior ragione, dopo l’entrata in vigore del citato art. 25 terzo comma, che però, in maniera affatto incongrua rispetto all’indicazione del tribunale in composizione collegiale quale organo giurisdizionale abilitato a decidere sulle istanze di cui si discute, richiama il secondo comma dell’art. 82 c.p.c.

relativo al processo avanti il giudice di pace e non anche, come sarebbe stato logico attendersi, il terzo comma dello stesso art. 82 sul patrocinio nel processo avanti il tribunale, la corte di appello e la corte di cassazione: il che induce a domandarsi se in ipotesi, ferma la regola generale contenuta nella prima parte del secondo comma, secondo cui “le parti non possono stare in giudizio se non col ministero o con l’assistenza di un difensore”, la norma richiamante non intenda attribuire al tribunale il potere autorizzatorio assegnato al giudice di pace dalla seconda parte dello stesso secondo comma.

In realtà, come unanimemente ritenuto dalla dottrina fin qui formatasi sulla base di prima lettura della disposizione in esame, la norma stessa chiarisce solo l’obbligatorietà per la parte di stare in giudizio con l’assistenza del difensore; come evidenziato dal richiamo congiunto anche alle disposizioni rispettivamente contenute nell’art. 83 c.p.c. (sulla procura alle liti) e all’art. 84 c.p.c. (sui poteri del difensore munito di procura).

D’altra parte, la seconda parte dell’art. 82, secondo comma, c.p.c. attribuisce il potere autorizzatorio a stare in giudizio di persona solo al giudice di pace con conseguente inapplicabilità della specifica disposizione in questione ai procedimenti camerale plurilaterali in materia societaria avanti il tribunale.

La costituzione di Musaio, Carvelli e Ciappina, componenti il collegio sindacale della società è dunque inammissibile perché avvenuta senza il patrocinio di difensore con procura.

**5)** Nuova Villa Claudia S.r.l. ha un capitale di € 969.000 ed è dotata di collegio sindacale.

L’art. 2327 c.c. prevede che il capitale minimo per costituire una società per azioni sia pari ad € 120.000 (prima del 1° gennaio 2004 tale ammontare minimo era fissato dallo stesso articolo, come modificato dall’art. 4, secondo comma, del D.lgs. n. 213 del 1998, in € 100.000 e l’art. 223-ter disp. att. c.c. consente alle società per azioni costituite prima del 1° gennaio 2004 con un capitale inferiore ad € 120.000 a tale momento di conservare la forma della società per azioni per il tempo, stabilito antecedentemente alla data del 1° gennaio 2004, per la loro durata”).

L’art. 2477, secondo comma, c.c. prevede l’obbligo di nomina del collegio sindacale di società a responsabilità limitata il cui capitale “non è inferiore a quello minimo stabilito per le società per azioni”.

Si tratta quindi di accertare se il procedimento di cui all’art. 2409 c.c. sia applicabile alle società a responsabilità limitata obbligatoriamente dotata di collegio sindacale quale effetto della consistenza del proprio capitale.

Prima dell’entrata in vigore della riforma recata dal decreto n. 6 del 2003, nelle società a responsabilità limitata in cui non esisteva collegio sindacale il controllo del socio sulla gestione della società da parte dei relativi amministratori aveva un contenuto alquanto limitato, alla luce del precetto contenuto nell’art. 2489 c.c.

L’art. 2488, primo comma, c.c. prevedeva poi l’obbligatorietà di nomina del collegio sindacale per le società a responsabilità limitata il cui capitale non fosse

inferiore a quello indicato dall'art. 2327 c.c. Il terzo comma dello stesso articolo rendeva applicabili al collegio sindacale "le disposizioni degli articoli 2397 e seguenti"; con la conseguenza che in tale ipotesi il controllo del socio sulla gestione avveniva per via mediata, attraverso il collegio sindacale cui il socio poteva denunciare "fatti censurabili" di gestione, per effetto del precetto contenuto nell'art. 2408 c.c. Fra le disposizioni richiamate vi era, ovviamente, quella di cui all'art. 2409 c.c., collocata fra le disposizioni del codice relative al collegio sindacale delle società per azioni ed affidante al tribunale un controllo esterno sull'amministrazione della società per il caso in cui i controlli interni (affidati al collegio sindacale: art. 2403 c.c.) si fossero rivelati insufficienti ad assicurare un'amministrazione rispettosa di leggi e di statuto (vedi sul punto il punto 984 della relazione del Ministro Guardasigilli per l'approvazione del testo del codice civile).

Il successivo quarto comma dello stesso art. 2488 c.c. prevedeva infine espressamente l'applicazione diretta dell'art. 2409 c.c. alle società a responsabilità limitata "anche quando manca il collegio sindacale": il rinvio espresso all'art. 2409 c.c. era quindi funzionale alla imposta applicabilità della disposizione anche alle società prive di collegio sindacale; essendo altrimenti insufficiente il rinvio "alle disposizioni degli articoli 2397 e seguenti" contenuto nel richiamato terzo comma dell'articolo in questione (vedi sul punto il punto 1019 della citata relazione del Ministro Guardasigilli).

Tale chiaro assetto normativo è stato mutato in maniera rilevante dalla disciplina recata dal decreto n. 6 del 2003.

Per quanto qui interessa, è da rimarcare che la legge n. 366 del 2001, recante delega al governo per la riforma del diritto societario, non reca alcuna indicazione in ordine all'applicazione dell'art. 2409 c.c. fra i principi generali della delega relativa alla disciplina della società a responsabilità limitata, limitandosi, per quanto qui interessa, ad enunciare il principio di "rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra soci" (art. 3, primo comma, lett. a)), con conseguente "ampia autonomia statutaria riguardo... agli strumenti di tutela degli interessi dei soci, con particolare riferimento alle azioni di responsabilità" (art. 3, secondo comma, lett. e)).

La stessa legge sancisce per contro espressamente l'obbligo per il legislatore delegato:

- a)** di "prevedere la denuncia al tribunale da parte dei sindaci... di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori" (art. 4, secondo comma, lett. a), n. 4);
- b)** di "prevedere anche per le cooperative il controllo giudiziario disciplinato dall'art. 2409 del codice civile, salvo quanto previsto dall'articolo 70, comma 7, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385" (art. 5, secondo comma, lett. g)).

Il mantenimento, o meno, del controllo giudiziario del tipo di cui si discute non era quindi imposto al governo dalla legge di delega per la disciplina delle società a responsabilità limitata; manifestando, peraltro, la legge formale citata un

favore per l'estensione della disciplina contenuta nell'art. 2409 c.c. oltre i limiti (relativi a legittimazione e ad ambito di applicabilità in riferimento a specifici tipi societari) segnati dal codice del 1942.

La regolamentazione delle società a responsabilità limitata emanata in attuazione della delega (artt. 2462 – 2483 c.c., come modificati dall'art. 3 del decreto) non contiene alcun esplicito rinvio al controllo esterno giudiziale sull'operato di amministratori e sindaci nell'ambito del procedimento di volontaria giurisdizione previsto dall'art. 2409 c.c. per le società per azioni.

L'art. 2476, secondo comma c.c., attribuisce al socio il diritto di esercitare penetranti attività di controllo diretto sulla gestione della società e lo legittima (in via concorrente con la società) alla proposizione dell'azione società di responsabilità contro gli amministratori ed alla richiesta di adozione di "provvedimento cautelare di revoca degli amministratori" contro i quali l'azione sociale è diretta, ovvero si intende dirigere: e ciò per il caso di "gravi irregolarità nella gestione della società" (art. 2476, terzo comma c.c.).

La relazione ministeriale illustrativa al decreto n. 6 del 2003, dopo aver richiamato il principio relativo all'estensione dei poteri dei soci all'interno della società in funzione del controllo dell'attività dei relativi amministratori, fa derivare da tale soluzione "il potere di ciascun socio di promuovere l'azione sociale di responsabilità e di chiedere con essa la provvisoria revoca giudiziale dell'amministratore in caso di gravi irregolarità" (punto 11).

Dopo aver poi chiarito che la soluzione adottata renderebbe "superflua ed in buona parte contraddittoria con il sistema la previsione di forme di intervento del giudice quali quelle ora previste dall'art. 2409", la stessa relazione evidenzia che tali "forme di intervento" sono "sostanzialmente assorbite dalla legittimazione alla proposizione dell'azione sociale di responsabilità da parte di ogni socio e dalla possibilità di ottenere in quella sede provvedimenti cautelari come la revoca degli amministratori" e ciò onde "fornire ai soci uno strumento in grado di consentire ad essi di risolvere i conflitti interni alla società".

Il contenuto della relazione in discorso non ha peraltro da essere enfatizzato in funzione dell'interpretazione della norma giuridica, dovendo la legge interpretarsi per quello che effettivamente prescrive (art. 12 preleggi) e non anche nella considerazione delle intenzioni di coloro che l'hanno voluta; d'acché, per dirla con autorevole dottrina che ha approfondito in maniera esemplare la natura dell'attività di interpretazione giuridica, "la legge è legge anche se è palesemente in contrasto con i motivi che la determinano e anche se il risultato è diverso o opposto a quello che venne perseguito" (per ordine di concetti sostanzialmente analogo, in riferimento alla rilevanza dei lavori preparatori in funzione della regola di interpretazione contenuta nell'art. 12, primo comma, delle preleggi, cfr. Cass. 10 febbraio 1971, n. 339; Cass. 27 maggio 1971, n. 1571; Cass. 6 agosto 1984, n. 4631).

La norma di legge ricostruita attraverso il collegamento delle diverse disposizioni recate dall'art. 3 del decreto 6 del 2003 è peraltro affatto chiara nel senso che

nelle società a responsabilità limitata per le quali non è obbligatoria la nomina del collegio sindacale ai sensi dell'art. 2477, secondo e terzo comma c.c., non vi è spazio per il procedimento previsto dall'art. 2409 c.c. (giurisprudenza costante di questo tribunale dopo l'entrata in vigore dei decreti n. 5 e 6 del 2003; M cfr. comunque i decreti 9 febbraio 2004; 28 aprile 2004; 7 maggio 2004; 8 giugno 2004).

Ciò è da affermare alla luce: a) dell'ampio diritto di controllo sulla gestione riconosciuto ai soci che non partecipano all'amministrazione della società (art. 2476, secondo comma, c.c.); b) dell'indicazione (art. 2476, terzo comma c.c.) delle "gravi irregolarità nella gestione della società" (locuzione dal contenuto sostanzialmente identico a quello dell'art. 2409, primo comma c.c.) quale presupposto per l'emissione del "provvedimento cautelare di revoca degli amministratori" (come tale non suscettibile di costituire cosa giudicata e, per ciò, modificabile ovvero revocabile nella ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 669-decies, nel caso di provvedimento emesso in corso di causa, ovvero di cui all'art. 23, terzo comma, D.lgs. n. 5 del 2003, nel caso di provvedimento emesso ante causam, al pari del decreto di revoca indicato "nei casi più gravi" dall'art. 2409, quarto comma c.c. ricorrendo le condizioni di cui all'art. 26 terzo comma del citato decreto n. 5) che ciascun socio può richiedere (indipendentemente dalla considerazione della propria partecipazione al capitale) contro gli amministratori verso i quali è diretta (o intendere dirigere) l'azione sociale di responsabilità presupponente l'esistenza di un danno cagionato alla società dall'operato degli amministratori (e non solo di un pregiudizio potenziale richiesto dall'art. 2409, primo comma c.c. per il caso di gravi irregolarità nell'amministrazione); c) del mancato rinvio recettizio alla disciplina dell'art. 2409 c.c. (contenuta fra le disposizioni relative al collegio sindacale delle società per azioni) da parte degli articoli del codice introdotti da citato art. 3 del decreto n. 6 (ciò a differenza del precetto contenuto nell'abrogato art. 2488, quarto comma, c.c. sopra citato).

L'art. 2477, quarto comma c.c. prevede però che nei casi in cui sia obbligatoria la nomina del collegio sindacale "si applicano le disposizioni in tema di società per azioni".

Si tratta quindi di accertare se per effetto di tale rinvio recettizio trovi applicazione la disciplina del procedimento in discussione quando, come nella specie, la società sia dotata di collegio sindacale obbligatorio.

La dottrina fin qui formatesi sulla base di una prima lettura della recente disciplina offre due soluzioni interpretative fra loro antitetiche:

**a)** da un lato si sostiene che il precetto contenuto nell'art. 2476, terzo comma c.c. in tema di revoca degli amministratori in caso di "gravi irregolarità nella gestione della società" sia, in buona sostanza, norma di diritto speciale come tale esclusivamente applicabile alle società a responsabilità limitata (ovviamente dotate di collegio sindacale obbligatorio) in luogo delle norme generali sul controllo giudiziale sulla gestione dettate dall'art. 2409 c.c. per le società per azioni e che, di conseguenza, non sussista rinvio a tali norme da parte dell'art. 2477, quarto comma c.c.; che renderebbe quindi applicabili alle società a responsabi-

lità limitata solo le disposizioni comprese fra l'art. 2397 e l'art. 2408 c.c.;

**b)** in senso contrario, si evidenzia che il rinvio operato dalla disposizione da ultimo citata alle "disposizioni in tema di società per azioni" comprende anche la disciplina di cui all'art. 2409 c.c. dal momento che la norma contenuta nell'art. 2476, terzo comma, c.c. non contiene tutti gli elementi propri della fattispecie regolata dallo stesso art. 2409 c.c. per le società per azioni (come tali obbligatoriamente dotate di collegio sindacale) in quanto, a differenza della disciplina contenuta nell'articolo da ultimo indicato, in presenza di gravi irregolarità di gestione imputabili agli amministratori non consente ai soci di provocare la revoca giudiziale del collegio sindacale che sia venuto meno ai doveri di cui all'art. 2403 c.c. (art. 2409 quarto comma c.c.) ed al collegio sindacale di attivare il controllo giudiziale esterno sulle irregolarità di gestione quando l'attività di controllo interno non abbia sortito effetti di sorta in funzione dell'eliminazione delle stesse e delle relative conseguenze pregiudizievoli per società e per i terzi che con la stessa hanno rapporti (art. 2409, ultimo comma c.c.).

L'interpretazione da ultimo riassunta merita consenso.

In primo luogo si osserva che l'art. 2409 c.c. è inserito nell'ambito delle disposizioni disciplinanti il collegio sindacale in quanto il controllo giudiziale esterno da essa previsto per le irregolarità di gestione degli amministratori si attiva quando l'attività di controllo interno sulla gestione (costituente obbligazione propria del collegio sindacale: art. 2403, primo comma c.c.) non ha funzionato correttamente (sul presupposto, ovviamente, della sussistenza delle gravi irregolarità).

Il citato articolo del codice, nel prevedere la partecipazione necessaria al procedimento dei sindaci (secondo comma), la sospensione del procedimento nel caso in cui l'assemblea sostituisca amministratori e sindaci "con soggetti di adeguata professionalità" (terzo comma) e la facoltà per il tribunale di revocare, nei casi di irregolarità connotate dal requisito della particolare gravità "eventualmente anche i sindaci" (quarto comma), evidenzia chiaramente che il controllo giudiziale riguarda anche i comportamenti omissivi ovvero commissivi) dei sindaci che non hanno adempiuto ai doveri loro imposti dall'art. 2403 c.c.; consentendo ovvero non contrastando adeguatamente le irregolarità degli amministratori potenzialmente dannose per la società.

Inoltre, il settimo comma dell'art. 2409 c.c., nell'attribuire al collegio sindacale la legittimazione alla presentazione della denuncia al tribunale, evidenzia chiaramente, a fronte di possibilità di riscontro di comportamenti degli amministratori qualificabili come "gravi irregolarità nella gestione", la sussistenza di una specifica obbligazione dell'organo di controllo, consistente nella denuncia dei fatti stessi al tribunale; costituente del resto naturale adempimento di quelle di carattere generale contenute nel precedente art. 2403, tenuto conto della diligenza richiesta nell'adempimento dell'incarico dall'art. 2407, primo comma c.c.

Al riguardo è opportuno evidenziare che la giurisprudenza della Suprema

Corte formatasi con riferimento alle norme del codice civile nella formulazione anteriore alla “novella” del 2003, dopo aver evidenziato che tra i doveri imposti ai sindaci dall’art. 2403, primo, terzo e quarto comma c.c., vi era quello di controllo sull’intera gestione sociale (cfr., fra le altre Cass. 7 maggio 1993, n. 5263; Cass. 28 maggio 1998, n. 5287), ebbe modo di precisare che in presenza di gravi irregolarità di gestione la “sperimentata... insufficienza dei rimedi interni alla società non vale di per sé a determinare la non imputabilità all’organo sindacale del fatto impeditivi dell’efficace adempimento del dovere di controllo sull’amministrazione della società. Non essendo dubbia la legittimazione del sindaco (non già a promuovere il procedimento ex art. 2409 bensì) a denunciare la irregolarità al P.M. per l’esercizio dei poteri di iniziativa che gli spettano, anche un a tale iniziativa può divenire doverosa, quando sia rimasta davvero l’unica praticabile in concerto per poter legittimamente por fine alle illegalità di gestione riscontrate, o interrompere la successione di comportamenti contra legem che arrecano pregiudizio al patrimonio sociale. Rileva, a tal fine, la diretta incidenza del rimedio così esperibile non sulla tutela degli interessi in qualche modo esterni alla società, bensì proprio sulla legalità e correttezza dell’azione sociale nell’interesse della società stessa che sono i valori istituzionalmente affidati anche ai sindaci” (così, in motivazione, Cass. 17 settembre 1997, n. 9252, in tema di responsabilità dei sindaci ex art. 2407 c.c.).

L’introduzione, a partire dal 1° gennaio 2004, della legittimazione dei sindaci di società per azioni alla denuncia di cui all’art. 2409 c.c. non ha quindi solo valore processuale, ma costituisce espressione esplicita di un dovere (esistente anche nel regime anteriore) di costoro di denunciare i fatti di cui si discute ove l’intervento del tribunale sia l’ultima strada praticabile per eliminare le irregolarità nell’amministrazione.

L’art. 2476, terzo comma c.c., non costituisce all’evidenza, per le società a responsabilità limitata dotate per legge di collegio sindacale, disciplina esaustiva dal contenuto specializzante (come tale escludente necessariamente l’applicazione dell’art. 2409 c.c.), della reazione dell’ordinamento alle irregolarità di gestione, proprio perché da un lato consente al socio di denunciare le irregolarità dei sindaci connesse alle irregolarità degli amministratori e, dall’altro, non consente ai sindaci che intendano adempiere fino in fondo i loro doveri di provocare il controllo giudiziario di tipo cautelare previsto dalla disposizione menzionata.

In ragione dell’assenza del rapporto di specialità fra le disposizioni in giuoco, il richiamo operato dall’art. 2477, quarto comma, alle “disposizioni in tema di società per azioni”, è quindi tale da comprendere anche l’applicabilità dell’art. 2409 c.c. nel caso di specie.

Ulteriore conferma della correttezza dell’interpretazione adottata si rinviene nel contenuto dell’art. 13 della legge n. 91 del 1981, in materia di rapporti tra società e sportivi professionisti, come modificato dall’art. 8, lett. C) del D.Lgs. n. 37 del 2004.

Premesso che le società sportive professionistiche a responsabilità limitata

indicate dall’art. 10 della stessa legge speciale, “in deroga all’articolo 2477 del codice civile è in ogni caso obbligatoria... la nomina del collegio sindacale” (art. 10, primo comma), l’art. 13 citato (intitolato “Controllo giudiziario”) prevede espressamente che il “procedimento di cui all’articolo 2409 del codice civile si applica alle società di cui all’articolo 10, comprese quelle aventi forma di società a responsabilità limitata” e che “il potere di denuncia spetta anche alle federazioni sportive nazionali”.

Prima della riforma recata dal citato decreto 37 si discuteva, in dottrina, se la denuncia di cui all’art. 2409 per le irregolarità di gestione delle società sportive spettasse, in deroga alla norma generale, solo alle federazioni sportive nazionali, posto che il testo precedente dell’art. 13 statuiva solo che “federazioni sportive nazionali possono procedere, nei confronti delle società di cui all’art. 10 alla denuncia di cui all’articolo 2409 del codice civile” (la giurisprudenza onoraria aveva, peraltro, interpretato la disposizione speciale come introduttiva solo di una legittimazione alla denuncia ulteriore rispetto a quelle dei soci e del pubblico ministero, previste in via generale dall’art. 2409 al tempo vigente).

La modificazione operata dal legislatore delegato del 2004 da un lato conferma, come ritenuto dalla giurisprudenza, che anche (e non solo) le federazioni sportive nazionali hanno il potere di denuncia (così qualificandosi per tale parte l’art. 13 come “norma speciale”) e dall’altro sancisce espressamente l’applicabilità dell’art. 2409 alle società sportive professionistiche (dotate in ogni caso di collegio sindacale, anche in deroga all’art. 2477 c.c.) che abbiano la forma di società a responsabilità limitata.

Trova così esplicita conferma l’applicabilità dell’art. 2409 alle società a responsabilità limitata obbligatoriamente dotate di collegio sindacale, determinata dal rinvio recettizio contenuto nel più volte citato art. 2477, quarto comma; risultando altrimenti incomprensibilmente “asimmetrico” e non giustificato da nulla il contenuto del citato art. 13 della legge n. 91 del 1981 sul punto specificatamente in questione.

La denuncia dei soci di Nuova Villa Claudia è quindi ammissibile sotto il profilo esaminato.

Del procedimento non è parte necessaria il pubblico ministero (art. 70, n. 1 c.p.c.), posto che tale organo di giustizia è titolare del potere di denuncia di cui all’art. 2409, primo comma c.c. solo in ordine alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (art. 2409 ultimo comma) fra le quali non rientra Nuova Villa Claudia.

**6)** Come in precedenza evidenziato (punto 3) i fatti indicati nel ricorso depositato l’8 maggio 2004 non sono stati considerati nel decreto di rigetto del 21 aprile 2004 perché verificatesi successivamente alla discussione svoltasi in camera di consiglio il 17 marzo 2004 in ordine agli accertamenti effettuati dall’ispettore giudiziario nell’ambito del procedimento che quel decreto ha definito: sussiste quindi il presupposto richiesto dall’art. 26, secondo comma, del decreto n. 5 del 2003 per accer-

tare la fondatezza del merito della denuncia.

Nel più volte citato decreto di rigetto si è rilevato che gli attuali amministratori della società hanno posto in essere specifici comportamenti atti ad eliminare le conseguenze dannose per Nuova Villa Claudia delle irregolarità gestorie imputabili agli amministratori (fra i quali Gian Luigi Rizzo) che ebbero a porle in essere, assumendo varie ed articolate decisioni ed in particolare, per quanto qui specificamente interessa: a) proponendo all'assemblea di Nuova Villa Claudia di essere autorizzati ad esercitare azione sociale di responsabilità (art. 2393 c.c.) per il ristoro del pregiudizio patrimoniale derivato alla società nei confronti degli amministratori in carica al tempo in cui vennero compiuti i fatti dannosi; b) ottenuta l'autorizzazione di cui all'art. 2393 c.c. da parte dell'assemblea, richiedendo, al tribunale di Roma (con esito parzialmente favorevole) autorizzazione ad eseguire sequestro conservativo sui beni e sui crediti degli ex amministratori a tutela del credito risarcitorio; c) quindi notificando agli amministratori citazione contenente l'azione sociale di responsabilità.

In particolare, e per quanto interessa la denuncia, la società (in persona del presidente del consiglio di amministrazione) ha da questo tribunale ottenuto decreto del 23 dicembre 2003 con il quale è stata autorizzata ad eseguire sequestro conservativo sui beni e sui crediti di Gian Luigi Rizzo fino alla concorrenza di £ 750.000 a tutela del credito da risarcimento del danno al patrimonio sociale derivato dalla violazione da parte di tale persona fisica dei doveri di cui all'art. 2392 c.c.

Tale decreto è stato dichiarato inefficace (art. 669-sexies, secondo comma) il 13 gennaio 2004 dal giudice che lo aveva emesso sul presupposto che lo stesso, contenente anche l'indicazione dell'udienza per la relativa conferma, revoca o modifica, non era stato notificato a Rizzo.

I ricorrenti sostengono che tale declaratoria di inefficacia sarebbe stata volontariamente provocata, onde favorire Rizzo (socio di maggioranza) dagli amministratori di Nuova Villa Claudia che non hanno notificato per tempo il decreto.

La doglianza è manifestamente infondata sotto i seguenti profili: in primo luogo la consegna di atto all'ufficiale giudiziario, con l'indicazione del soggetto e del luogo ove la notificazione deve essere eseguita, è atto proprio del difensore con procura della parte (art. 137, primo comma, c.p.c.); in secondo luogo non vi è la prova dell'inerzia, risultando invece effettuati vari tentativi per notificare il decreto a Rizzo ai sensi degli artt. 139 e segg. c.p.c.; infine, l'irreperibilità di Rizzo nella propria residenza è fatto imputabile a costui.

Ottenuto il sequestro, Nuova Villa Claudia, in persona dei relativi amministratori, ha stipulato il 9 febbraio 2004 con Rizzo transazione con la quale: la società si è obbligata a rinunciare all'istanza di sequestro (ferma restando l'azione sociale); Rizzo, a garanzia del credito risarcitorio vantato dalla società nei suoi confronti, ha versato € 500.000 ed ha concesso pegno sulla quota di partecipazione (pari al 51% dell'intero) al capitale di Villa Claudia s.r.l. (società immobiliare proprietaria dei fabbricati ove Nuova Villa Claudia svolge la propria attività di impresa) di cui è proprietario, con attribuzione a Nuova Villa Claudia del diritto di voto in assemblea

straordinaria e nell'assemblea ordinaria relativa a specifici argomenti, ed attribuzione alla stessa società a provocare modificazioni allo statuto di Villa Claudia relativa all'autorizzazione assembleare per gli atti relativi a diritti reali su immobili di cui Villa Claudia è titolare; garanzie e obblighi sono stati dalle parti condizionati all'emissione della sentenza relativa all'azione sociale.

Ottenuta copia conforme all'originale di tale scrittura privata autenticata, il presidente del consiglio di amministrazione di Nuova Villa Claudia ha chiesto il 23 marzo 2004 all'amministratore giudiziario di Villa Claudia l'annotazione del pegno sul libro dei soci e ha richiesto la convocazione dell'assemblea straordinaria per le deliberazioni previste dal contratto di pegno.

Il pegno è stato annotato il 29 marzo 2004 sul libro dei soci di Villa Claudia dal relativo amministratore giudiziario. Questi, aderendo alla richiesta del creditore pignoratizio, ha convocato l'assemblea di Villa Claudia per il giorno 15 aprile 2004.

Il 14 aprile 2004 l'amministratore unico di Villa Claudia nominato dalla relativa assemblea dopo la cessazione dell'incarico affidato dal tribunale all'amministratore giudiziario ha informato gli amministratori di Nuova Villa Claudia del suo rifiuto di considerare valida la convocazione dell'assemblea fatta dall'amministratore giudiziario perché, a suo dire, lo stesso non era legittimato ad adottare tale decisione, essendo in tale momento decaduto dall'incarico.

Il giorno successivo (15 aprile 2004) il presidente del consiglio di amministrazione di Nuova Villa Claudia, preso atto del rifiuto, ha sollecitato l'amministratore unico di Villa Claudia a "rinnovare" l'annotazione di pegno sul libro dei soci fatta dall'amministratore giudiziario per l'ipotesi in cui la stessa fosse stata fatta da soggetto non legittimato (amministratore giudiziario dopo la cessazione dell'incarico) ed a convocare l'assemblea straordinaria con lo stesso ordine del giorno di quella convocata per il 15 aprile 2004.

Fatto sta che il 15 aprile 2004 erano presenti presso lo studio del notaio incaricato al redigere il verbale di assemblea straordinaria di Villa Claudia il relativo amministratore unico ed il presidente del consiglio di amministrazione di Nuova Villa Claudia; non anche i soci di minoranza di Villa Claudia, Sabatino Fioravanti, Francesca Fioravanti, Alessandra Fioravanti ed Emilia Sorrentino.

Il 17 aprile 2004 l'amministratore unico di Villa Claudia ha comunque autonomamente proceduto ad ulteriore annotazione del pegno in questione sul libro dei soci.

Lo stesso amministratore ha quindi convocato l'assemblea di Villa Claudia che, il giorno 21 maggio 2004, ha modificato lo statuto della società nel senso previsto dal contratto di pegno.

Quale che sia il giudizio da dare in ordine all'operato dell'amministratore giudiziario e quindi dell'amministratore unico di Villa Claudia nella vicenda riassunta è chiaro come il sole che il ritardo nella modificazione statutaria è dipeso da fatti imputabili a terzi: l'amministratore giudiziario, l'amministratore unico, i soci di minoranza di Villa Claudia che, con la loro presenza il giorno 15 aprile 2004, avrebbero potuto determinare la sanatoria dell'eventuale irregolarità della convocazione,

essendo quel giorno presenti tanto il creditore pignoratorio della quota appartenente al socio di maggioranza rizzo quanto l'amministratore unico della stessa Villa Claudia.

Nessuna irregolarità gestoria imputabile agli amministratori di Nuova Villa Claudia è quindi da ravvisare nei fatti indicati nel ricorso depositato l'8 maggio 2004.

**7)** Con riferimento alla disciplina anteriore alla riforma del 2003, da tempo la giurisprudenza di questo tribunale era ferma nell'affermare che anche al procedimento di cui all' art. 2409 c.c. doveva ritenersi applicabile la disciplina contenuta negli artt. 91 e segg. c.p.c., con particolare riferimento al principio secondo cui l'onere delle spese del processo deve essere posto a carico della parte soccombente (cfr., in tal senso, Trib. Roma, decr. 28 marzo 1994; Trib. Roma, decr. 12 aprile 1995; App. Milano, decr. 1 giugno 1994; App. Milano, decr. 2 giugno 1992; Trib. Verona, decr. 31 gennaio 1991, Trib. Cagliari, decr. 16 ottobre 1996; argomenti in tal senso anche in: Cass. n. 1416 del 1989; Cass. n. 2021 del 1989; Cass. n. 498 del 1996 nella cui motivazione si legge, in termini problematici, che nella dialettica fra colui che denunci irregolarità gestorie degli amministratori di società di capitali e gli amministratori e sindaci che tali fatti neghino, propria del procedimento di cui all' art. 2409 c.c., è configurabile "un contrasto di posizioni giuridicamente rilevante e idoneo, quindi, a giustificare l'ipotizzata condanna alla rifusione delle spese di un soggetto nei confronti di un altro").

Il procedimento in questione è infatti a struttura necessariamente plurilaterale (in particolare, è fra l'altro in giuoco il diritto degli amministratori alla permanenza dell'incarico per il tempo stabilito dallo statuto o dall'assemblea) sì che ad esso si attaglia l'estensione del principio di causalità in materia di onere delle spese processuali (che non riguarda, però, la società costituente l'oggetto dell'accertamento giudiziale: in tal senso, cfr. Cass. n. 498 del 1996).

Sebbene il procedimento in parola abbia la forma della volontaria giurisdizione, con esso trova piena attuazione il principio del contraddittorio, sì che deve valere la regola dell'onere delle spese a carico della parte che con il proprio comportamento, anteriore e contemporaneo al processo, abbia dato luogo al procedimento nel quale abbia poi visto respingere le proprie istanze.

Tale ordine di concetti (consapevolmente antitetici a quelli enunciati dalla giurisprudenza di legittimità: cfr. fra le più recenti, Cass. n. 9636 del 1997; Cass. n. 15173 del 2000; Cass. n. 3750 del 2001) aveva trovato sostanziale conferma da parte della corte di appello di Roma, (adita in sede di reclamo contro provvedimento di questo tribunale di rigetto di istanze ex art. 2409 c.c., contenente statuizione sulla ripartizione fra le parti delle spese del procedimento) con decreto dell'8 giugno 2001 (procedimento *Ghibaudò c. Seminara*) dall'ampia e puntuale motivazione critica dell'orientamento espresso dal giudice di legittimità.

Nel silenzio sul punto della legge processuale speciale, la questione relativa alla necessità, o meno, di statuizione sulle spese si ripropone nel presente procedi-

mento camerale, necessariamente plurilaterale ed a parti contrapposte (nel caso di specie, anche in concreto, posto che gli amministratori hanno espressamente sollecitato la condanna dei ricorrenti al rimborso delle spese).

Non vi sono elementi normativi di segno nuovo che obblighino ad una soluzione diversa da quella fino ad ora adottata, in quanto, come detto, il procedimento di cui all' art. 2409 c.c. coinvolge, ancorché indirettamente, diritti ed obblighi (del socio, degli amministratori e degli organi di controllo) mettenti rispettivamente capo a parti contrapposte; e ciò ancorché il decreto che il procedimento definisce non ha, come detto, alcuna attitudine al giudicato (del resto neppure riscontrabile nell'ordinanza di rigetto dell'istanza di provvedimento cautelare ante causam contenente pronuncia sulle spese ex art. 669-septies c.p.c. nell'ordinanza cautelare ante causam di cui all'art. 23 del decreto n. 5 del 2003), non essendo il provvedimento negativo completamente preclusivo della riproponibilità dell'istanza con lo stesso rigettata (art. 26, secondo comma) e potendo il provvedimento di accoglimento essere revocato o modificato in ogni tempo in presenza di nuove circostanze (art. 26, terzo comma).

Tale affermazione viene ulteriormente rafforzata, nell'assetto dei procedimenti camerale nei confronti di più parti, dalla necessità per i soggetti, che agli stessi intendono attivamente partecipare, di avvalersi del patrocinio di un difensore, per quanto esposto nel precedente punto 4).

Si conferma quindi l'orientamento secondo cui la pronuncia sulle spese deve essere emessa nei procedimenti camerale in materia societaria nei confronti di più parti intrapresi dopo il 1° gennaio 2004 (cfr. Trib. Roma, decr. 5 aprile 2004, 26 aprile 2004 e 24 maggio 2004, tutti in tema di procedimento ex art. 2367, secondo comma, c.c.).

I ricorrenti, che hanno dato causa al procedimento in cui sono rimasti soccombenti, debbono essere condannati a rimborsare alle parti vittoriose validamente costituite le spese da quest'ultime anticipate nella misura liquidata (d'ufficio, in mancanza di nota spese) in dispositivo (art. 91 c.p.c.); con esclusione delle spese generali di cui all'art. 15 della tariffa professionale approvata con D.M. 5 ottobre 1994 in quanto non costituenti oggetto di apposita domanda da parte dei difensori con procura degli amministratori, secondo l'interpretazione, maggiormente persuasiva, della giurisprudenza maggioritaria della Suprema Corte sul punto (cfr. in tal senso, fra le altre, Cass. 23 gennaio 2002, n. 738; Cass. 25 febbraio 1999, n. 1637; Cass. 28 agosto 1998, n. 8558; cfr., però, in senso contrario, più di recente, Cass. 2 luglio 2003, n. 10416; Cass. 17 gennaio 2003, n. 603).

(omissis)

**(1) Sulla applicabilità del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. nelle s.r.l. riformate.**

L'ordinanza del Tribunale romano annotata si inserisce nel vivo dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa l'applicabilità o meno del controllo giudi-



ziario nelle società a responsabilità limitata, con speciale riferimento a quelle dotate, ex lege, di collegio sindacale<sup>1</sup>.

Le difficoltà che si incontrano nell'affrontare tale quesito sono dovute indubbiamente all'intervenuta riforma del contesto societario italiano e all'assenza del portato nomofilattico della Suprema Corte, atteso che il procedimento previsto dall'art. 2409 c.c. si svolge in camera di consiglio e si conclude con un provvedimento privo dei requisiti di stabilità e definitività richiesti per azionare il vaglio del massimo organo giurisdizionale.

I D.lgs. nn. 5 e 6 del 2003 hanno innovato profondamente la materia societaria, sia dal punto di vista sostanziale che processuale, incidendo sulla natura e sulla struttura delle società a responsabilità limitata, considerate non più alla stregua di piccole società per azioni<sup>2</sup>, ma identificate come delle società sui generis, in cui l'elemento centrale è la valorizzazione dell'autonomia del socio, con un concreto avvicinamento al modello delle società di persone.

Il riferimento all'intervento "rivoluzionario" realizzato dal legislatore del 2003, appare doveroso in quanto proprio sulla divergente interpretazione delle radicali modifiche apportate dalla riforma si scontrano due opposte tesi: la prima, sviluppata nell'ordinanza *de qua*, prevede l'applicazione del controllo giudiziario nelle società a responsabilità limitata obbligatoriamente dotate di collegio sindacale; l'altra, sostiene che tale strumento di controllo è esperibile unicamente nelle s.p.a., negandone tout court l'applicazione alle s.r.l.

Il controllo giudiziario, anche nel vigore della nuova disciplina, è regolamentato all'art. 2409 c.c. e, benché la rubrica della disposizione in esame sia identica a quella prevista dal codice del 1942<sup>3</sup>, i legittimati passivi e l'ambito di applicazione della norma hanno subito significativi mutamenti<sup>4</sup>.

1 Cfr. il novellato articolo 2477 c.c., ove al comma 2 statuisce che "La nomina del collegio sindacale è obbligatoria se il capitale sociale non è inferiore a quello minimo per le società per azioni" e al comma 3 "La nomina del collegio sindacale è altresì obbligatoria se per due esercizi consecutivi siano stati superati due dei limiti indicati dal primo comma dell'art. 2435-bis. L'obbligo cessa se, per due esercizi consecutivi, due dei predetti limiti non vengono superati".

2 Relazione al Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6 e cfr. anche BUONOCORE, *La società a responsabilità limitata*, in BUONOCORE (a cura di), *La riforma del diritto societario*. Commento ai d.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003, Torino, 2003, 136, che considera ormai superata la definizione della s.r.l. come una "sorella minore" della s.p.a.

3 Art. 2409 c.c. "Denuncia al tribunale"

4 Sul controllo giudiziario ante riforma cfr. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sull'amministrazione delle società di capitali*, Padova 1965, 1 e ss nonché *Il controllo giudiziario sulla gestione*, in *Trattato delle società per azioni* a cura di COLOMBO e PORTALE, vol. 5, Torino, 1988, 189 ss.; PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario*

*sulle società per azioni*, Napoli, 1965; PANUCCIO, *Il procedimento disciplinato dall'art. 2409 c.c. nel sistema dei controlli sulle società per azioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 709; PETTITI, *Sul procedimento di denuncia al tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 281; CERAMI, *Il controllo giudiziario sulle società di capitali*, Milano, 1954, 56; BRUNELLI, *Il libro del lavoro*, in *Commento al codice civile italiano*, Torino, 1956, 661; CERA, *Controllo giudiziario e messa in liquidazione della società*, in *Giur. comm.*, 1978, II, 405; VITRO', *Controllo giudiziario e provvedimenti cautelari nelle società di capitali*, Milano, 1992.; GHIRGA, *Il procedimento per irregolarità della gestione sociale*, Padova, 1994, 1 e ss.; BONGIORNO, *Il procedimento previsto dall'art. 2409 c.c.*, in *Processo civile e società commerciali*, Atti del XX convegno nazionale, Pisa-Lucca, 13-14 maggio 1994, Milano, 1995, 129 e ss.; LAUDISA, *voce Camera di Consiglio*, I) *Procedimenti in camera di consiglio - dir. proc. civ.*, in *Enc. giur.* Treccani, vol. V, Roma, 1988, 1 e ss; per un compendio delle decisioni giurisprudenziali sui vari profili del procedimento in questione si può vedere Marcinkiewicz - Patelli, *Il controllo giudiziario delle società di capitali (compendio ragionato di giurisprudenza sull'art. 2409 c.c.)*, Milano, 1989.

Per ciò che concerne la legittimazione, si osserva come, oggi<sup>5</sup>, per proporre la denuncia al tribunale ai sensi dell'articolo ora richiamato, rilevino unicamente le gravi irregolarità gestionali potenzialmente dannose per la compagine societaria commesse dagli amministratori nell'esercizio delle proprie funzioni.

Dalla lettera del codice emerge, cioè, che le irregolarità ascrivibili ai sindaci non sono di per sé sufficienti all'esperimento dell'azione giudiziale, senza che questo esoneri i componenti il collegio sindacale dalle responsabilità a proprio carico.

L'art. 2409, co. 4, c.c., infatti, dispone che i sindaci possono essere revocati dal tribunale nei casi più gravi, cioè quando gli stessi si rendono inadempienti ai doveri sanciti dagli artt. 2403 -2407 c.c.

Il problema di maggior interesse sul quale, però, si pronuncia l'ordinanza in commento è sicuramente quello attinente all'ambito di applicazione dell'art. 2409 c.c. così come novellato dal decreto n. 6 del 17 gennaio 2003.

A tal riguardo, lo stesso collegio romano richiama una serie di proprie precedenti pronunce<sup>6</sup> a conferma del consolidato orientamento che, a seguito dell'entrata in vigore della riforma il 1° gennaio 2004, nega l'applicabilità di tale controllo alle società a responsabilità limitata prive del collegio sindacale per assenza dei requisiti legali previsti dall'art. 2477 c.c., e ciò sulla base di alcuni rilievi ricavabili anche dalla stessa lettera della legge modificata nel 2003.

Nella disciplina attuale, infatti, diversamente da quanto statuito dal precedente art. 2488, co. 4 c.c.<sup>7</sup>, il controllo giudiziario per le s.r.l. non è espressamente previsto da alcuna disposizione normativa né tantomeno ricavabile attraverso interpretazioni analogiche o rinvii effettuati da altre norme. E a ciò, va aggiunto il significativo silenzio sul punto della legge di delega al governo<sup>8</sup> la quale non fornisce alcuna indicazione circa l'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alle società a responsabilità limitata.

Nell'ottica del radicale cambiamento, però, non si è voluto privare il socio dei mezzi di tutela azionabili in caso di responsabilità eventualmente emergenti in capo agli amministratori durante la gestione societaria e, per questo, il legislatore ha previsto, all'art. 2476, co. 3 c.c., la possibilità, per il socio, di esperire, a prescindere dalla consistenza della propria partecipazione al capitale<sup>9</sup>, l'azione di responsabilità sociale nei confronti degli amministratori, che a causa della propria mala gestio hanno causato un danno alla società, prevedendo l'ulteriore facoltà, nei casi più gravi, di chiederne, con un provvedimento cautelare, la revoca.

Data per pacifica l'inapplicabilità dell'art. 2409 c.c. alle società a responsa-

5 Il previgente art. 2409 c.c. recitava "Se vi è fondato sospetto di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori e dei sindaci [...]"

si applica l'art. 2409 c.c.

8 Legge n. 366 del 3 ottobre 2001.

6 Trib. Roma: decreti 9 febbraio 2004; 28 aprile 2004; 7 maggio 2004; 8 giugno 2004.

9 Per azionare il controllo previsto dall'art. 2409 c.c., invece, si richiede che il socio rappresenti almeno il decimo del capitale sociale o, addirittura il ventesimo del capitale sociale, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio

7 Anche quando manca il collegio sindacale,

bilità limitata senza collegio sindacale, il dibattito si incentra (e si accende) sul problema se l'articolo ora richiamato sia applicabile o meno alle società a responsabilità limitata obbligatoriamente dotate di collegio sindacale<sup>10</sup>.

Il Tribunale di Roma, con l'ordinanza in esame, fornisce una risposta positiva fondata sulla sostanziale inadeguatezza della azione sociale di responsabilità a tutela degli interessi e della posizione del socio all'interno della società.

Il ragionamento dei magistrati romani trae origine dalla disposizione di cui all'art. 2477, ultimo comma, c.c. il quale espressamente prevede che nei casi in cui la s.r.l. sia obbligatoriamente dotata di collegio sindacale, si applicano le disposizioni in tema di società per azioni e, quindi, la normativa che va dall'art. 2397 e all'art. 2409 c.c.<sup>11</sup>, compreso.

Il collegio individua l'inadeguatezza del rimedio di cui all'art. 2476, co. 3 c.c., negando la sua qualità di norma di diritto speciale applicabile, in sostituzione dell'art. 2409 c.c., in tema di revoca degli amministratori, nel suo duplice effetto preclusivo, in quanto l'art. 2476, co. 3 c.c., impedisce al socio, di poter provocare la revoca del collegio sindacale inadempiente ai doveri imposti dalla legge e, al collegio sindacale stesso, di attivare il controllo giudiziale esterno quando quello interno si sia rivelato inefficace.

In altre parole, secondo l'ordinanza romana, il ricorso al tribunale attraverso la procedura disciplinata all'art. 2409 c.c. assumerebbe una indispensabile funzione sussidiaria al mancato funzionamento del collegio sindacale.

D'altra parte si sottolinea, invece, come l'art. 2488 c.c., il cui comma 4 faceva espresso rinvio all'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alle s.r.l., è stato abrogato con

<sup>10</sup> A favore dell'applicabilità si sono schierati TRIPALDI, *L'eliminazione del controllo giudiziario nelle s.r.l.*, in *Società*, 2005, 76 ss.; NAZZICONE, *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità ex art. 2409 c.c.: le novità della riforma societaria*, id., 2003, 1078; MARCIANO, in *La riforma delle società*, a cura di SANDULLI-SANTORO, Torino, 2003, sub art. 2477, 135; CORAPI, *Il controllo interno delle s.r.l.*, in *Società*, 2003, 1575; D'AMBROSIO, *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità dopo la riforma*, in *Società*, 2004, 444; RIVOLTA, *profilo della nuova disciplina delle società a responsabilità limitata*, in *Banca, borsa, ecc.*, 2003, I, 691; MAINETTI, in *Codice commentato delle nuove società*, a cura di BONFANTE-CORAPI-MARZIALE-RORDORF-SALAFIA, Milano, 2004, sub art. 2476, 1068 ss. Mentre a sostegno della tesi contraria, cfr. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, 133 ss.; RORDORF, *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 13; ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società* a cura di OLIVIERI-PRESTI-VELLA, Bologna, 2003, 266 ss.; BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 cod. civ.*, in *Riv. soc.*, 2003, 1228; ABRIANI, *Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, Milano, 2003, 230; DI AMATO, *sub art. 2476*, in LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario, Società a responsabilità limitata*, vol. III, Milano, 2003, 207; RACUGNO, *L'amministrazione della s.r.l. e il controllo legale dei conti*, in *Società*, 2004, 16; SCOGNAMIGLIO, *La*

*nuova s.r.l. e i gruppi di società*, in CIAN (a cura di), *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, Padova, 2004, 319; DOMENICHINI, *sub art. 2409*, in NICCOLINI e STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, vol. II, Napoli, 2004, 725; GRAZIANI, MINERVINI, BELVISO, *Manuale di diritto commerciale*, Padova, 2004, 344; RESCIGNO, *La nuova società a responsabilità limitata*, in RESCIGNO e SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, Milano, 2004, 290; BAUCO, *Il controllo giudiziario ex art. 2409*, in *La nuova s.p.a. e la nuova s.r.l. Le novità della riforma e l'adeguamento degli statuti*, Milano, 2004, 453 ss.; IANNIELLO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2004, 192; CAGNASSO, *sub art. 2476*, in *Il nuovo diritto societario, Commentario diretto da COTTINO e BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI*, Bologna, 2004, 1889; COMPAGNUCCI, *La revoca dell'amministratore della s.r.l. secondo il nuovo art. 2476*, in SANTORO (a cura di), *La nuova disciplina delle società a responsabilità limitata*, Milano, 2003, 177; CAVALLI, *Il controllo legale dei conti*, ivi, 215, nota 21; Id., *Il controllo legale dei conti nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 721; BUSANI, S.r.l., Milano, 2003, 469; CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2003, 333; ZANARONE, *La società a responsabilità limitata*, in AA.VV., *Diritto commerciale*, Bologna, 2004, 318;

<sup>11</sup> In senso conforme vedi anche Trib. Udine, 18 giugno 2004.

la richiamata riforma ed è stato sostanzialmente riprodotto nel nuovo art. 2477 c.c., ma con la significativa eliminazione dello stesso quarto comma considerato inutile, in quanto il controllo giudiziario non è più applicabile a nessuna s.r.l. (con o senza collegio sindacale).

Inoltre, il tenore letterale della legge delega per l'attuazione della riforma, tace sul punto, facendo anzi intendere che tale silenzio sia stato espressamente voluto e finalizzato a quella che è stata definita la "personalizzazione"<sup>12</sup> delle società a responsabilità limitata, dal cui ambito vengono eliminate tutte le ingerenze esterne per far emergere la figura del socio.

Per comprendere meglio il perché del contrasto tra le due opposte argomentazioni, si deve descrivere, se pur brevemente, qual è l'iter procedimentale previsto dall'art. 2409 c.c.

Dal combinato disposto del primo e dell'ultimo comma dell'articolo in esame, emerge che in caso vi sia il fondato sospetto che gli amministratori abbiano compiuto gravi irregolarità potenzialmente dannose per la società, il socio, con una determinata partecipazione al capitale sociale, il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza<sup>13</sup>, il comitato per il controllo della gestione<sup>14</sup> e, in particolari casi, il pubblico ministero, possono denunciare i fatti al tribunale con ricorso notificato anche alla società<sup>15</sup>.

A seguito del deposito del ricorso, l'organo giurisdizionale, con procedimento camerale, può ordinare l'ispezione della società, anche se tale controllo ispettivo può essere sospeso<sup>16</sup> a condizione che l'assemblea deliberi la sostituzione degli amministratori e dei sindaci in carica con persone qualificate e di adeguata professionalità, al fine di accertare le eventuali violazioni durante la gestione sociale e, se del caso, eliminarle.

Nell'eventualità che l'intervento di tali professionisti risulti intempestivo o, comunque, non sufficiente, il tribunale può disporre i provvedimenti opportuni provvedendo, finanche, nei casi di maggior gravità, alla revoca degli amministratori e dei sindaci con contestuale nomina di un amministratore giudiziario legittimato ad esperire nei confronti dei responsabili l'azione sociale, ponendo l'assemblea, al termine del proprio incarico, ad un bivio: nomina di nuovi organi di amministrazione-

<sup>12</sup> BUONOCORE, *La società a responsabilità limitata*, in BUONOCORE (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai d.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Torino, 2003, 139;

<sup>13</sup> Organo introdotto per la prima volta nel sistema italiano delle società con il decreto legislativo n. 6 del 2003.

<sup>14</sup> V. nota precedente.

<sup>15</sup> Anche questa si presenta una novità introdotta dal d.lgs. n. 6 del 2003 che vede, per la prima volta, il coinvolgimento della società nel procedimento del controllo giudiziario, pur rimanendo gli amministratori ed i sindaci i soggetti che dovranno essere obbligatoriamente sentiti in camera di consiglio ai sensi del secondo comma dell'art. 2409 c.c.

<sup>16</sup> Sulla natura "atecnica" della sospensione cfr. CANALE, *Il "nuovo" procedimento previsto dall'art. 2409 c.c.*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), secondo il quale "in realtà, il procedimento non è sospeso, giacché vengono comunque svolte le attività destinate ad eliminare quelle irregolarità oggetto di denuncia e il tribunale esercita su tale attività un sia pur successivo controllo; né, mi pare, vi sia necessità di alcuna riassunzione del processo, come invece sarebbe necessario se si parlasse di una sospensione in senso tecnico. Insomma, si tratta di un caso di atecnismo, nel quale si indica con il termine "sospensione" una situazione, nella quale il tribunale dovrà semplicemente soprassedere sulla decisione interinale e istruttoria e fissare una nuova udienza, alla quale dovranno comparire i nuovi amministratori per riferire sugli accertamenti e sulle attività compiute".

ne e controllo, ovvero liquidazione o ammissione della società ad una procedura concorsuale.

Da questa sintetica descrizione del procedimento di cui all'art. 2409 c.c., si evidenzia l'inadente ingerenza esterna nella vita della società, che consente ai detrattori delle tesi formulate nell'ordinanza del 6 Luglio 2004 una più pervicace critica delle stesse.

Le argomentazioni che negano l'applicabilità del novellato art. 2409 c.c. anche alle società a responsabilità limitata obbligatoriamente dotate di collegio sindacale, si vanno sempre più consolidando, sia in dottrina<sup>17</sup> che in giurisprudenza<sup>18</sup> e traggono origine proprio dalla *ratio* della disciplina riformata.

Seguendo le linee guida di tale orientamento, infatti, negare l'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alle s.r.l. di qualsiasi tipo, dimensione e struttura, significa uniformarsi all'intenzione del legislatore di elevare in maniera iperbolica la figura del socio nella sua autonomia ed individualità epurando la vita societaria di controlli o, comunque, di interventi esterni.

In tale ottica risulta adeguata per i soci delle s.r.l., anche dotate di collegio sindacale obbligatorio, la disciplina prevista dall'art. 2476 c.c.

Il socio, cioè, non necessitando di quote minime di partecipazione al capitale della società, può esperire l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori che hanno cagionato un danno alla società e, se del caso, chiederne, nell'ambito di un giudizio in corso di causa<sup>19</sup>, la revoca in via d'urgenza.

In tal modo, non vengono frustrate le richieste di natura risarcitoria avanzate dal socio e, con l'eventuale provvedimento cautelare, si evita il protrarsi del danno in capo alla società e, quindi, se pur in via mediata, in capo a tutti i soci.

Questi, inoltre, a seguito del "rinnovamento" della materia societaria ispirato ai principi di trasparenza e correttezza che oggi pervadono l'ordinamento giuridico, godono di ulteriori strumenti a garanzia della propria posizione, in quanto l'art. 2476, secondo comma, c.c., prevede la facoltà di essere informati sull'attività amministrativa della società, ben potendo constarne *de visu*, anche con l'ausilio di personale specializzato, il regolare svolgimento attraverso la consultazione dei libri sociali e dei documenti.

Le argomentazioni finora esposte sembrano essere in perfetta sintonia non

solo con l'intenzione del legislatore del 2003, ma con le stesse parole della relazione di commento ai D.lgs. nn. 5 e 6 del 17 gennaio 2003, al cui paragrafo 11 si ritiene "sostanzialmente superflua ed in buona sostanza contraddittoria con il sistema, la previsione di intervento del giudice quali quelle ora previste dall'art. 2409 c.c. Esse infatti sono sostanzialmente assorbite dalla legittimazione alla proposizione dell'azione sociale di responsabilità da parte di ogni socio e dalla possibilità di ottenere in quella sede provvedimenti cautelari come la revoca degli amministratori. La prospettiva è in sostanza quella di fornire ai soci uno strumento in grado di consentire ad essi di risolvere i conflitti interni alla società".

I sostenitori della inapplicabilità dell'art. 2409 c.c. anche alle società a responsabilità limitata dotate di collegio sindacale affermano, dunque, che il socio è fornito di adeguati mezzi per tutelarsi dagli effetti e dalle conseguenze delle gravi irregolarità commesse dagli amministratori e che, quindi, non appare necessario l'intervento esterno attivato con la denuncia al tribunale. Anzi, si ritiene che, dando applicazione all'art. 2476, co. 3, c.c., si realizza una inaspettata (e fino a pochi anni or sono insperata) eliminazione della sperequazione attuata nel vigore della previgente disciplina (e che si realizzerebbe anche con l'operatività del controllo giudiziario) nei confronti dei soci di minoranza delle s.r.l., in quanto l'articolo ora richiamato non richiede il raggiungimento di un quorum di partecipazione sociale per azionare l'organo di giustizia.

Si sostiene, inoltre, che mentre la finalità dell'art. 2409 c.c. va individuata nell'interesse generale alla correttezza della gestione sociale, esaltando, quindi, il portato pubblicistico della norma<sup>20</sup>, il disposto dell'art. 2476 c.c. mira alla risoluzione delle controversie interne alla società, rappresentando, quindi, uno strumento di tutela "personale" del socio in perfetta simbiosi con l'assetto, di natura "privatistica", della materia societaria riformata.

Il Tribunale di Roma ha, inoltre, cercato di argomentare l'applicabilità del controllo giudiziario nelle s.r.l. obbligatoriamente dotate di collegio sindacale attraverso un percorso analogico-interpretativo, anch'esso non esente da puntuali critiche mosse in sede dottrinale<sup>21</sup>.

Il collegio romano, infatti, ha preso in esame l'articolo 10 della legge speciale<sup>22</sup> disciplinante le società sportive professionistiche a responsabilità limitata che, in deroga all'art. 2477 c.c., prevede in ogni caso come obbligatoria la nomina del collegio sindacale. Secondo quanto prescritto dall'art. 13 della stessa legge, rubricato "Controllo giudiziario", "il procedimento di cui all'art. 2409 del codice civile si applica alle società di cui all'art. 10 comprese quelle aventi forma di società a responsabilità limitata".

20 L'estraneità dell'art. 2409 c.c. all'assetto interno della società è ribadito anche in motivazione Trib. Lecce, decreto 16 luglio 2004.

21 NICOLA ROCCO DI TORREPADULA, *La società a responsabilità*

*limitata ed il controllo giudiziario previsto dall'art. 2409 c.c.*

22 Legge n. 91 del 23 marzo 1981 in materia di rapporti tra società e sportivi professionisti con le recenti modifiche apportate dal D.lgs. n. 37 del 6 febbraio 2004.

17 AMBROSINI, *Commento all'art. 2476 c.c. in Piccolini, Saggio d'Alcontres, Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004, III, 1586 – 1587; ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova 2004, 578; FERRATA, *Commento sub. art. 2409 c.c.*, in CIAN, TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile*, 7 ed., Padova 2004, 2590; MENTI, *Commento sub. art. 2477 c.c.*, ivi, 2712; MAINETTI, *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nelle società a responsabilità limitata*, in *Le Società* 2003, 943; CORAPI, *Il controllo interno delle s.r.l.*, *ibidem*, 1575 e per una bibliografia più esaustiva sul punto vedi supra, nota n. 8, seconda parte.

del 11 agosto 2004, 21; Trib. Terni, decreto 9 aprile 2004; Trib. Lecce, decreto 16 luglio 2004; Trib. Bari, decreto 27 settembre 2004; Trib. Catania, decreto 14 ottobre 2004; Corte d'Appello Trieste, ordinanza 13 ottobre 2004; Trib. Bologna, decreto 21 ottobre 2004.

19 Sulla possibilità di richiedere il provvedimento cautelare di revoca degli amministratori di società a responsabilità limitata ex art. 2476, co. terzo, c.c. anche con ricorso *ante causam*, senza la necessità della preventiva instaurazione del giudizio di merito, cfr. Trib. Roma, ordinanza 5 agosto 2004 e Trib. Catania, decreto 14 ottobre 2004.

18 Trib. Monza, decreto 9 marzo 2004, in *Sole 24ore*

Lungi dall'essere un'esemplificazione a sostegno della applicabilità del controllo giudiziario alle s.r.l. con collegio sindacale obbligatorio, la dottrina richiamata, anzi, evidenzia come quanto sviluppato nell'ordinanza confermi proprio l'esatto contrario.

Si sostiene, ossia, che se il controllo giudiziario fosse applicabile alle s.r.l. con collegio sindacale obbligatorio, la disposizione in esame dettata per le società sportive professionistiche a responsabilità limitata assumerebbe valore pleonastico.

Indubbiamente, questa tesi appare maggiormente condivisibile, ma, instaurato un ipotetico contraddittorio, gli estensori dell'ordinanza in esame potrebbero replicare in maniera altrettanto caustica.

Agli oppositori del ragionamento analogico-induttivo sviluppato nel provvedimento, cioè, si potrebbe rispondere che se il legislatore predispone una disciplina *ad hoc* per una certa tipologia di società, così agendo manifesta nei confronti di questa il proprio *favor*.

Trattamento di maggior riguardo, o comunque di favore, significa, non solo più attenzione alle problematiche della società nel suo complesso, ma soprattutto maggiore tutela per i soci componenti la stessa.

In conclusione, se il legislatore individua questo incremento di tutela nell'applicabilità dell'art. 2409 c.c., appare *ictu oculi* il primato di tale norme rispetto all'art. 2476, co. terzo, c.c. che allora risulta inadeguato alla salvaguardia degli interessi dei soci e della società, con la necessaria conseguenza che l'applicabilità del controllo giudiziario non può essere negata nelle società a responsabilità limitata obbligatoriamente dotate di collegio sindacale.

Da ultimo, è possibile svolgere alcune brevi osservazioni circa diversi aspetti processuali ricavabili dall'ordinanza del 6 luglio 2004 emessa dal Tribunale di Roma.

Il decreto legislativo n. 5 del 17 gennaio 2003<sup>23</sup> ha innovato la disciplina dei procedimenti in camera di consiglio attinenti alle controversie societarie, regolamentando in sezioni distinte i procedimenti unilaterali e quelli bi-plurilaterali<sup>24</sup>, tra i quali figura espressamente anche la denuncia al tribunale di cui all'art. 2409 c.c.<sup>25</sup>.

Si è già dato conto di come il collegio romano abbia sostenuto, non senza critiche, l'applicabilità del controllo giudiziario nei confronti delle società a responsabilità limitata dotate obbligatoriamente di collegio sindacale attraverso argomenti letterali (il rinvio dell'art. 2477, co. 4, c.c.), sostanziali (inadeguatezza dell'art.

2476, co. 3, c.c. e maggiore tutela per il socio in caso di gravi irregolarità commesse dagli amministratori attraverso la denuncia ex art. 2409 c.c.) ed analogici (con riferimento alle società sportive professionistiche).

In relazione al caso concreto sul quale è stato chiamato a pronunciarsi, l'organo giurisdizionale evidenzia la perfetta compatibilità di tale teoria con le norme applicabili su di un piano prettamente processuale.

Premesso che il ricorso per la denuncia delle gravi irregolarità commesse dagli amministratori è stato presentato dai soci della società a r.l. l'8 maggio 2004 e che la data che segna l'entrata in vigore della nuova disciplina (sostanziale e processuale) è il 1° gennaio 2004, il Tribunale non ha mostrato incertezza alcuna nel sostenere, sul piano processuale, l'ammissibilità del ricorso stesso.

Conclusione, questa, non così scontata come sembra.

Il ricorso in esame, infatti, presenta dei vizi inerenti la completa integrazione del contraddittorio tra le parti, in quanto, dalla stessa lettura dell'ordinanza, risulta mancante la notificazione dell'atto, e del pedissequo decreto, alla società, come, invece, espressamente richiesto dal primo comma del novellato articolo 2409 del codice civile.

Il ricorso depositato l'8 maggio 2004 origina da un precedente ricorso ex art. 2409 c.c. presentato il 22 ottobre 2002 e rigettato con decreto del 21 aprile 2004.

Il Tribunale, attesa la non idoneità dei provvedimenti di naturale camerale a formare cosa giudicata, ha considerato, a ben vedere, il secondo ricorso, mirante alla revoca del decreto emesso in data 21 aprile 2004, come una nuova denuncia di irregolarità gestionali con conseguente applicabilità della nuova disciplina.

Avendo ben chiara la cronologia degli eventi e a prescindere dal dibattito di diritto sostanziale circa l'applicabilità o meno dell'articolo 2409 del codice civile<sup>26</sup> nelle s.r.l. obbligatoriamente dotate di collegio sindacale, si deve dar conto di un indirizzo giurisprudenziale formatosi in alcuni Tribunali meridionali<sup>27</sup> che, nonostante prospetti una diversa interpretazione della nuova normativa societaria, consolida l'ostentata sicurezza del collegio romano circa l'ammissibilità (processuale) del ricorso.

Secondo tale orientamento, la novella del codice civile trova il proprio coordinamento con l'art. 223 *bis*, disp. trans., c.p.c., che attribuisce (*id est* attribuiva) alle società a responsabilità limitata alcune importanti facoltà tra cui quella di modificare il proprio assetto organizzativo, quella di adeguarsi alle norme inderogabili di cui al d.lgs. n. 6 del 2003 o di trasformarsi in società per azioni, entro la data del 30 settembre 2004.

Secondo tale giurisprudenza, fino a tale data, termine ultimo per dare attuazioni a scelte fondamentali per l'assetto societario, continuano a spiegare la propria

23 Modificato dai decreti legislativi n. 37 del 6 febbraio 2004 e n. 310 del 28 dicembre 2004 pubblicato in gazzetta ufficiale n. 305 del 30 dicembre 2004.

24 V. all'interno del "Titolo IV: Del procedimento in camera di consiglio - Capo II, Sezione I: Del procedimento in confronto di una parte sola (artt. 28-29) - Sezione II: Del procedimento in confronto di più parti (artt. 30-33).

25 "Art. 33. Ambito di applicazione. Le norme della presente sezione si applicano alle istanze di cui agli

articoli 2275, 2367, secondo comma, 2400, secondo comma, 2409, 2437-*quater*, ultimo comma, 2445, quarto comma, 2446, secondo comma, 2447-*quater*, secondo comma, 2482, terzo comma, 2482-*bis*, quarto comma, 2485, secondo comma, 2487, secondo e quarto comma, 2487-*ter*, secondo comma, 2500-*novies*, secondo comma, 2503, secondo comma, 2545-*quinquiesdecies* del codice civile e 223-*quater*, secondo comma, delle disposizioni di attuazione del codice civile. Si applicano inoltre, in quanto compatibili, ai casi analoghi previsti dal codice civile e dalle leggi speciali".

26 V. *supra*, nella prima parte del commento.

27 Trib. Bari, decreto 27 settembre 2004 e in senso conforme

Trib. Bari, 9 maggio 2004, in [www.giurisprudenzabarese.it](http://www.giurisprudenzabarese.it); Trib. Napoli, 29 aprile 2004, in *Giurisprudenza napoletana*, 2004, 255.

validità ed efficacia le previgenti disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto e, inoltre, rimane in vigore, per tutte le società di capitali, la disciplina codicistica vigente al 31 dicembre 2003.

In tal modo argomentando, nella fattispecie oggetto dell'ordinanza in commento, se da un lato dovrebbe ritenersi vigente l'art. 2488, co. 4, c.c. con il suo espresso rinvio all'applicabilità del controllo giudiziario anche per le s.r.l., dall'altro, si ritarderebbe in maniera decisiva il potenziamento dei poteri attribuiti ai soci dal novellato art. 2476 c.c. con inevitabile (corretta) applicazione dell'art. 2409 c.c. proprio a tutela dei soci stessi<sup>28</sup>.

Avv. Andrea ORDINE

**TRIBUNALE DI ROMA – SEZIONE LAVORO  
SENTENZA 24 MAGGIO 2004 - EST. BRACCI  
S.L. C/ MINISTERO INTERNO**

Pubblico impiego – procedure di riqualificazione del personale interno – nuovo concorso – riservato in via esclusiva ai dipendenti della p.a. – principio del pubblico concorso ex art.97 cost. – violazione – sussistenza – illegittimità - sussistenza

*Le procedure di riqualificazione del personale interno alla P.A., ledono il principio del pubblico concorso ex art. 97 cost., quando bandiscono nuovi concorsi riservati in via esclusiva al personale della P.A. ignorando lo scorrimento della graduatoria di un precedente concorso pubblico (1).*

**La sentenza così motiva:**

**Fatti e diritti**

Con atto ritualmente notificato, la Sig.ra S.L., premesso di essere risultata utilmente collocata come idonea nella graduatoria di cui al concorso pubblico per esami bandito dall'Amministrazione Civile del Ministero dell'Interno (G.U. n. 43 del 6.5.95. 4° serie speciale) per la copertura di 984 posti di coadiutore archivista IV° qualifica funzionale, in parte da destinarsi alla sede della Regione Lazio; che per l'espletamento di compiti amministrativi da parte dell'Amministrazione Civile dell'Interno, con legge n. 288/99 era stata disposta l'assunzione di un contingente del personale non superiore a cinquemila unità; che ai sensi dell'art. 1 della legge citata le modalità di assunzione del personale erano: 1) riserva fino al 35% dei posti a favore di personale di P.S. con almeno 50 anni di età; b) copertura nel limite del 25% dei posti mediante procedure di mobilità; c) copertura di almeno 40% dei posti e di non coperti con le modalità già citate, mediante utilizzazione delle graduatorie dei concorsi espletati alla data di entrata in vigore della legge; che la validità della graduatoria di cui al concorso del 1995 sopra citato, era stata prorogata con l'ultima legge finanziaria; che il C.C.N.L. 98/01 per il comparto dei Ministeri prevedeva all'art. 15 che i passaggi interni dovessero avvenire nei limiti della dotazione organica, nel rispetto della programmazione triennale del fabbisogno del personale per le assunzioni dall'esterno, in base alle vigenti disposizioni e con le regole di cui all'art. 6 D. Lgs. n. 29/93; che il Contratto Integrativo Nazionale comparto Ministeri, siglato il 28.3.2000, individuava i posti riservati all'accesso dall'esterno nella misura del 30% successivamente all'espletamento delle procedure di riqualificazione; che per la copertura dell'incremento di 2021 posti relativi al profilo di coadiutore, l'Amministrazione convenuta, con decreto del 18.4.2001 aveva disposto una procedura di riqualificazione del personale interno; che tale copertura di posti si poneva in contrasto con la sentenza n. 194/02 della Corte Costituzionale e con quanto disposto dalla legge n. 288/99; tutto ciò premesso chiedeva al Giudice del Lavoro

Cfr. Trib. Napoli, 4 giugno 2004, *Società*, 2005, 69, con commento di TRIPALDI, che afferma l'applicabilità dell'art. 2409 c.c., sino al 30 settembre 2004, alle s.r.l. che non abbiano deliberato la modifica dello statuto ai sensi dell'art. 223-bis, co. terzo, disp. att., c.p.c.; nonché, in senso

diametralmente opposto, cfr. Trib. Palermo, 16 aprile 2004, *ibidem*, 70, secondo cui l'art. 2409 c.c. non è applicabile alle s.r.l. a partire dal 1° gennaio 2004, in quanto tale norma non gode della ultrattività di cui alla disposizione di attuazione del codice di procedura civile richiamata

di accertare e dichiarare l'illegittimità dell'art. 10 del contratto integrativo al C.C.N.L., e, per l'effetto, dichiarare inefficace la prima procedura di riqualificazione e di impedire la nuova procedura in corso di espletamento. Chiedeva poi di condannare il Ministero convenuto a disporre l'assunzione della ricorrente con ricostruzione della carriera dalla data della quale risultava il diritto della medesima ad essere assunta. Il Ministero dell'Interno si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso. In particolare rilevava che l'applicazione della normativa di cui alla legge n. 288/99 doveva ritenersi collegata a quanto previsto dalle leggi finanziarie e che le assunzioni di personale dovevano comunque essere subordinate ad una previa autorizzazione del Consiglio dei Ministri sulla base dei piani di programmazione presentati al Dipartimento della Funzione Pubblica.

Rilevava altresì che l'art. 20 della legge n. 488/99 aveva stabilito l'obbligo per le Amministrazioni di garantire in via prioritaria l'ammissione in servizio dei vincitori dei concorsi (e non degli idonei come la ricorrente). Aggiungeva altresì che le autorizzazioni ottenute erano di numero inferiore sia rispetto alle richieste formulate dall'Amministrazione medesima, nonché addirittura inferiore rispetto al numero dei vincitori dei concorsi pubblici già da tempo banditi ed espletati. Aggiungeva poi che l'art. 10 del contratto integrativo, dopo aver individuato nella misura del 30% i posti riservati all'accesso dall'esterno, specificava che tale percentuale poteva essere riesaminata, tramite apposita contrattazione, in relazione alle autorizzazioni per le assunzioni concesse dalla Presidenza del Consiglio. Insisteva quindi per il rigetto del ricorso.

Ritenuto superfluo lo svolgimento dell'attività istruttoria, all'udienza del 24/05/2004, esaminate le note illustrative depositate, la causa veniva decisa come da separato dispositivo. OSSERVA IL GIUDICE che il ricorso è meritevole di accoglimento.

Invero deve premettersi che la Corte Costituzionale con la sentenza n. 194/02 ha riaffermato il principio secondo cui la copertura dei posti nei ruoli della P.A. deve avvenire mediante una procedura concorsuale pubblica. La Consulta con tale pronuncia ha ritenuto comunque possibile il ricorso a sistemi diversi dal concorso pubblico a condizione che si fissino criteri selettivi o verifiche attitudinali, adatte a garantire l'accertamento della idoneità dei candidati essendo in presenza di "particolari situazioni che possono giustificare, per una migliore garanzia del buon andamento dell'Amministrazione, il ricorso a tali sistemi diversi dal pubblico concorso". La Corte ha ritenuto dunque legittimo l'uso di concorsi interni o di riqualificazione a condizione che siano rispettati i seguenti criteri: 1) l'individuazione e la determinazione anche numerica dell'organico dell'Amministrazione per ciascuna fascia funzionale o dei livelli retributivi devono rispondere alla necessità di soddisfare le effettive esigenze oggettive dell'Amministrazione (e non quindi speculative di carriera del personale in servizio); 2) la copertura dei posti risultanti scoperti dovrà realizzarsi per la percentuale maggiore attraverso pubblici concorsi, destinando ai meccanismi riservati al personale già in servizio una percentuale minore (limitandosi

l'accesso al personale già utilizzato in mansioni superiori alla qualifica posseduta o che posseggano il titolo richiesto per l'accesso alla qualifica superiore); 3) le procedure di riqualificazione devono tendere ad accertare e migliorare le capacità tecnico professionali specificatamente occorrenti per la qualifica superiore cui il dipendente aspira.

Ciò premesso, giova rammentare che il legislatore con la legge n. 288/99 ha previsto che l'Amministrazione Civile del Ministero dell'Interno dovesse procedere all'assunzione di un contingente di personale (fissato in 5.000 unità), utilizzando i criteri di cui all'art. 1: ossia riserva fino al 35% dei posti nelle diverse qualifiche funzionali a favore del personale di P.S. con almeno 50 anni di età; b) copertura nei limiti del 25% dei posti delle qualifiche funzionali fino alla quinta mediante procedure di mobilità secondo la normativa vigente; c) copertura di almeno il 40% dei posti e di quelli non coperti con le modalità di cui alle lett. a) e b) mediante utilizzazione delle graduatorie dei concorsi espletati alla data di entrata in vigore della presente legge.

Mette conto rilevare che la ricorrente ebbe a collocarsi nella graduatoria finale di cui al concorso per 984 posti di coadiutore archivista IV° qualifica funzionale bandito dall'Amministrazione convenuta con D.M. 20.2.95.

Peraltro, ai fini dell'applicazione della legge sopra citata, la validità di tale graduatoria è stata prorogata con la nuova finanziaria.

Orbene con decreto del 6 febbraio 2001 l'Amministrazione convenuta ebbe ad effettuare una rimodulazione della pianta organica individuando in 3972 il numero di posti relativi al profilo di coadiutore, di cui 1950 relativi a presenze in servizio.

Per la copertura dei posti residui, pari a 2022, la resistente ha decretato un'apposita procedura concorsuale di selezione di 2021 posti nell'ambito della posizione economica B1 per l'accesso al profilo professionale di coadiutore Amministrativo Contabile. In tal modo tutti i citati posti disponibili sono stati coperti, attraverso la citata riqualificazione, esclusivamente con personale interno.

Nella memoria di comparsa, l'Amministrazione ha precisato che l'art. 10 del C.C.N.L. integrativo del 98/01 del Ministero dell'Interno ha subordinato all'espletamento delle procedure di riqualificazione la percentuale del 30% di posti disponibili riservati all'accesso dall'esterno. Ha poi aggiunto che l'applicazione della normativa di cui all'art. 1 legge n. 288/99 (copertura del 40% dei posti mediante utilizzo delle graduatorie di concorsi già espletati) è collegata a quanto disposto dalle leggi finanziarie, che hanno subordinato le assunzioni di personale nella P.A. ad una previa autorizzazione del Consiglio dei Ministri. Peraltro, secondo la resistente, ai sensi dell'art. 20 legge n. 488/99 deve essere garantita in via prioritaria l'immissione in servizio dei vincitori e non anche degli idonei come risultava essere la ricorrente.

L'Amministrazione dell'Interno ha infine affermato di aver ottenuto un numero di siffatte autorizzazioni inferiore alle richieste dalla medesima avanzate e inferiore, altresì, al numero dei vincitori dei concorsi pubblici già da tempo banditi ed espletati.

Giova rilevare che la circostanza che l'art. 10 del C.C.N.L. integrativo citato

abbia subordinato all'espletamento delle procedure di qualificazione la individuazione dei posti disponibili riservati, nella misura del 30% all'accesso dall'esterno pone tale previsione contrattuale in assoluto contrasto sia con quanto statuito con la sentenza n. 194/02 della Corte Costituzionale (e cioè che la copertura dei posti scoperti deve avvenire nella percentuale maggiore attraverso pubblici concorsi, destinandosi la percentuale minore ai meccanismi riservati al personale già in servizio), sia con il disposto normativo dell'art. 1 legge n. 288/99 (copertura del 40% dei posti mediante utilizzazione delle graduatorie dei concorsi espletati alla data di entrata in vigore della legge).

Appare evidente che il subordinare all'espletamento delle procedure interne l'individuazione in percentuale dei posti da coprire mediante accesso dall'esterno oltre a non garantire la percentuale maggiore di copertura attraverso concorsi pubblici, non assicura neanche che venga consentito l'accesso dall'esterno, ben potendo accadere che successivamente all'espletamento delle procedure di riqualificazione non vi siano altri posti disponibili da riservare (nella ulteriore ridotta misura del 30%) all'accesso dall'esterno.

L'art. 10 del Contratto Collettivo Integrativo 98/01 non prevede dunque alcun limite alla facoltà dell'Amministrazione di ricorrere alle procedure di riqualificazione per la copertura dei posti: "Rispetto alle vacanze di organico accertate nell'ambito della stessa area, successivamente all'espletamento delle procedure di riqualificazione, i posti disponibili riservati all'esterno sono individuati nella misura del 30%". Sicché, in forza di siffatta previsione contrattuale, può accadere che i posti disponibili siano tutti coperti con il ricorso alle procedure di riqualificazione. Ciò è quanto ha fatto l'Amministrazione convenuta che, dopo aver previsto (D.M. 6.2.01) un incremento di 2022 posti nel profilo di coadiutore Amministrativo, in data 18.4.2001, ha decretato un'apposita procedura concorsuale di selezione per la copertura di 2021 posti nell'ambito della posizione economica B1, per l'accesso al profilo professionale di coadiutore Amministrativo Contabile; l'Amministrazione ha cioè ricoperto tutti i posti disponibili con il solo personale interno attraverso la citata riqualificazione!

Al riguardo non appare convincente l'assunto della resistente secondo cui il citato art. 10 non si porrebbe in contrasto con la legge 288/99 avendo lo stesso altresì specificato che "Tuttavia per consentire la piena attuazione della legge 20 agosto 1999 n. 288 la percentuale potrà essere riesaminata, tramite apposita contrattazione, in relazione alle autorizzazioni per le assunzioni che saranno concesse dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri".

Invero al di là del sopra evidenziato valore reale della percentuale del 30 % indicato dall'art. 10, deve osservarsi che la previsione del riesame della percentuale è delineata solo in maniera eventuale e generica, non venendo garantiti né l'an né il quantum.

Parimenti non convincente deve ritenersi anche l'assunto dell'Amministrazione di aver potuto provvedere ad assumere i vincitori dei concorsi solo nel rispetto delle autorizzazioni volta per volta contenute in appositi D.P.R.;

invero premesso che la resistente nulla ha precisato né provato circa il numero di autorizzazioni necessarie richieste al Consiglio dei Ministri, deve comunque evidenziarsi che codeste richieste di autorizzazioni devono essere presentate prima di procedere alla riqualificazione e devono riferirsi alla copertura di almeno il 40% dei posti disponibili (e di quelli non coperti con le modalità di cui alle lettere a) e b) art. 1 legge n. 288/99 mediante utilizzazione delle graduatorie dei concorsi espletati alla data di entrata in vigore della legge citata).

In altri termini il mancato ottenimento delle autorizzazioni necessarie (per di più, si ripete, non provato) non legittima comunque il ricorso alle procedure di riqualificazione per la copertura di quei posti, potendo gli stessi essere coperti esclusivamente attraverso l'utilizzazione delle graduatorie dei concorsi già espletati assumendosi prima i vincitori e poi gli idonei).

Ne consegue dunque che in ordine ai 2022 posti di coadiutore Amministrativo individuati come dispongono i decreti del 6.2.2001 dell'Amministrazione convenuta, almeno 808 (cioè il 40%) dovevano essere coperti mediante utilizzazione delle graduatorie dei concorsi già espletati alla data di vigore della legge n. 288/99.

Alla luce di siffatti rilievi va dichiarato, relativamente alla posizione della ricorrente, illegittimo l'art. 10 del contratto integrativo al C.C.N.L. e la illegittimità della procedura di riqualificazione fissata dall'Amministrazione convenuta con decreto del 18.4.2001.

Ne consegue quindi che, in accoglimento del ricorso, deve essere ordinato al Ministero dell'Interno di disporre l'assunzione della ricorrente con decorrenza dalla medesima data della procedura di selezione (18.4.01).

Le spese di lite, liquidate come da separato verbale, seguono la soccombenza.

### **(1) Scorrimento delle graduatorie nei concorsi pubblici - idonei**

La sentenza del Tribunale di Roma, che qui si commenta, offre un importantissimo contributo alla spinosa questione delle procedure selettive pubbliche di questi ultimi anni, specie con riferimento al principio del pubblico concorso ex art. 97 cost.

Come è noto le ultime finanziarie con il c.d. blocco delle assunzioni nella P.A., costringono lo Stato a numerosi risparmi di spesa pubblica tra cui quella relativa al personale delle P.A., con la conseguenza di limitare il numero di nuovi concorsi pubblici, salvi casi tassativi, e al contempo "congelando" la prescrizione delle graduatorie dei precedenti concorsi pubblici espletati, prorogando di anno in anno l'efficacia di tali graduatorie, sino al termine del c.d. blocco.

Senonché, da un lato la sempre maggiore richiesta di personale, specie in questi ultimi periodi da parte di tutte le P.A. e, dall'altro, la sempre più crescente necessità di lavoro da parte di quei soggetti che, a causa di tale blocco generalizzato non hanno più accesso così frequente ai concorsi pubblici, hanno comportato inevitabilmente la contrapposizione di diversi interessi tra quanti mirano ad un miglioramento della propria carriera, in qualità di dipendenti della P.A., e coloro che aspirano al posto di lavoro e sono iscritti in graduatoria per quella stessa qualifica presso

quella stessa P.A.

Ciò premesso, occorre evidenziare come tale problematica, abbia trovato accoglimento nel succitata sentenza del Tribunale di Roma, attraverso un equo contemperamento delle opposte esigenze alla luce dei principi costituzionali, stabilendo quali sono i criteri ed i limiti, a cui le c.d. procedure di riqualificazione interne devono attenersi per garantire, il rispetto del principio del pubblico concorso ex art. 97 cost., cioè dell'accesso dall'esterno.

Il Tribunale di Roma, con questa sentenza, ha voluto nuovamente ribadire un principio consolidato della Corte Costituzionale<sup>1</sup> (cfr. sent. n. 320 del 1997, sent. n. 1 1999), espresso nella sent. n. 194/02 secondo il quale: “la copertura dei posti nei ruoli della P.A. deve avvenire mediante concorso pubblico”, essendo altresì ammesso il ricorso a procedure selettive interne, per motivi di buon andamento dell'Amministrazione, a specifiche condizioni, fra le quali, “ la copertura dei posti risultanti scoperti dovrà realizzarsi per la percentuale maggiore attraverso pubblici concorsi, destinando ai meccanismi riservati al personale già in servizio una percentuale minore (limitandosi l'accesso al personale già utilizzato in mansioni superiori alla qualifica posseduta o che posseggano il titolo richiesto per l'accesso alla qualifica superiore)”<sup>2</sup>.

Sotto tali profili, secondo il Giudice del Tribunale di Roma, è altrimenti censurabile il comportamento di quella P.A. che attraverso l'art. 10 del contratto integrativo al C.C.N.L. dell'Amministrazione Civile dell'Interno, in spregio al principio costituzionale ex art. 97 cost., prima limita ingiustificatamente il numero dei partecipanti al concorso nella misura del 30% per l'accesso dall'esterno subordinandolo all'espletamento delle procedure di riqualificazione, contravvenendo a quanto previsto dalla normativa di riferimento ( copertura del 40% agli esterni, mediante utilizzazione delle graduatorie dei concorsi già espletati alla data di entrata in vigore della legge – art.1 L. n. 288/99) e successivamente, avendo previsto un incremento di organico (2022 posti) per quella stessa qualifica funzionale (posizione economica B1 – profilo di coadiutore Amministrativo), nonostante vi sia una precedente graduatoria di concorso pubblico ancora valida, avvia delle procedure di riqualificazione per la totalità dei posti disponibili destinate esclusivamente al personale interno alla P.A., così impedendo qualsiasi accesso dall'esterno e con pregiudizio dello scorrimento della graduatoria del precedente concorso.

Proprio al fine di tutela del principio del concorso pubblico, il Giudice del lavoro, ha ancora una volta ribadito quanto espresso dalla Corte Costituzionale, evidenziando come il meccanismo del concorso pubblico rappresenti la regola generale di selezione, a cui la P.A. deve attenersi proprio nei passaggi ad una fascia funzionale superiore in quanto comporta “ l'accesso ad un nuovo posto di lavoro corrispondente a funzioni più elevate”, e offrendo questo “metodo le migliori garanzie di selezione dei soggetti più capaci (cfr. sent. Corte Cost. n. 194/02).

Secondo la Consulta, il pubblico concorso è altresì, “ un meccanismo strumentale rispetto al canone di efficienza della P.A., il quale può dirsi pienamente rispettato qualora le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi”, violando i principi costituzionali della parità di trattamento in danno di quanti non lavorano già alle dipendenze della P.A. (art. 3 cost.).

Pertanto, il Tribunale di Roma, conformemente ai principi espressi dalla Corte Costituzionale, ha validamente posto un limite alle richieste di legittimazione di tali procedure selettive interne che riservano tutti i posti disponibili esclusivamente al personale dipendente della P.A., giacché la selezione per l'accesso alla P.A. deve avvenire prevedendo e garantendo la partecipazione dei soggetti estranei ad essa, per assicurare il reclutamento dei migliori, ma anche per scongiurare gli effetti distortivi che il criterio dei concorsi interni può produrre, ossia, quelle forme di surrettizia reintroduzione del “sistema delle carriere”, con un automatico scivolamento verso l'alto dei dipendenti delle P.A. senza che sia assicurata una valutazione effettiva della preparazione culturale e della professionalità degli stessi, che solo il vaglio di una pubblica selezione può garantire, derogando invece ingiustificatamente alla regola del pubblico concorso e del buon andamento ed imparzialità della P.A. (art. 97 cost.).

Tale sentenza, inoltre, risulta innovativa, per il riconoscimento del diritto allo scorrimento della graduatoria non solo per i vincitori del concorso pubblico, bensì per gli stessi idonei.

Il giudice del lavoro, infatti, ha disposto con sentenza l'applicazione della normativa del Ministero dell'Interno che attribuisce almeno il 40% dei posti per scorrimento delle precedenti graduatorie.

Secondo una visione “pubblicistica” del rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A., la prevalente giurisprudenza amministrativa, ha generalmente negato la sussistenza in capo al candidato idoneo di un vero e proprio diritto soggettivo all'assunzione, salvo sia diversamente stabilito dal bando di concorso, essendo egli titolare di un semplice interesse legittimo di verifica circa il corretto uso del potere discrezionale dell'amministrazione di decidere se attingere o meno dalla vigente graduatoria, essendo una mera facoltà dell'amministrazione e non un obbligo quello di dar luogo allo scorrimento di una graduatoria<sup>3</sup>.

Rivoluzionando tale precedente orientamento il Tribunale di Roma, confermando la tesi “privatistica” del rapporto di pubblico impiego privatizzato, comune ad altra parte della stessa giurisprudenza amministrativa, ha riconosciuto in buona sostanza, come al contrario, una volta che la P.A. manifesti la volontà di coprire il posto vacante, è riconosciuta in capo all'idoneo una posizione di diritto soggettivo e quindi, un obbligo per la stessa di utilizzare la graduatoria<sup>4</sup>.

3 cfr. sent. Consiglio di Stato, sez. V, 23 marzo 2004, n.1527; sent. Cons. Stato sez. V, 16 ottobre 2002, n. 5611; Cons. Stato, sez. V, 10 marzo 2003, n. 1282, 9 novembre 1999 n. 1860; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 11 dicembre 2002 n. 5095 in T.A.R. 2003, I, 679;

T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 7 novembre 2002 n.1966 in T.A.R. 2003;

4 cfr. sent. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 10 febbraio 2003, n. 224; Corte Cass. sez. lavoro, 5 marzo 2003, n. 3252;

1 cfr. sent. Corte Cost. n. 320 del 1997, sent. n. 1 1999;

2 cfr. sent. Corte Cost. n. 194 del 2002;



Del resto, come è stato opportunamente rilevato da parte della dottrina, l'utilizzazione delle graduatorie in luogo dell'avvio delle nuove procedure concorsuali, è sicuramente più in linea con l'esigenza di razionalizzazione della spesa pubblica secondo quanto previsto dalle ultime leggi finanziarie e conforme ai principi generali affermati dalla L.241/90 di economicità dell'attività amministrativa<sup>5</sup>, non risultando comprensibile la necessità di bandire un nuovo concorso pubblico, quando presso quella P.A. vi sono per quella stessa qualifica funzionale ancora graduatorie aperte, che offrono la possibilità di coprire immediatamente il posto disponibile, con notevole risparmio di risorse in termine di tempo e di costi.

Avv. Antonella ROBERTI

**TRIBUNALE DI ROMA, SESTA SEZIONE  
SENT. 19 FEBBRAIO 2003 – EST. FALABELLA**

Locazione immobile uso abitativo – trasferimento immobile locato – successione diritti e obblighi – separazione dei rapporti contrattuali – Sussistenza

Locazione – Indebito – Azione di ripetizione – termine di decadenza – Decorrenza – Cessazione del rapporto – Esclusione – Materiale riconsegna – Sussistenza

Locazione – Risoluzione del rapporto – Effetti – Obbligo di corresponsione del canone – Sussistenza – In misura legale – Sussistenza – Eventuale eccedenza degli importi versati – Ripetibilità – Sussistenza

*In ipotesi di successione in un contratto di locazione per trasferimento a titolo particolare del diritto sulla cosa locata ex artt. 1599 e 1602 c.c. e art. 7 legge 392 del 1978 non sorge solidarietà né passiva né attiva tra locatore cedente e cessionario nuovo locatore, ciascuno traendo, separatamente dall'altro, diritti ed obblighi in proporzione al periodo per il quale è parte locatore nel contratto oggetto della cessione (1)*

*Il termine semestrale per l'azione di ripetizione delle somme indebitamente corrisposte dal conduttore, previsto dall'art. 79 della legge 27 luglio 1978 n. 392, decorre dalla data in cui l'immobile viene posto concretamente nella disponibilità del locatore, anche se tale data non coincide con quella eventualmente stabilita tra le parti per il rilascio (2)*

*Il conduttore che permanga nel godimento dell'immobile anche dopo la data della proposizione della domanda di risoluzione per morosità non è un occupante abusivo; egli continua ad essere conduttore ed è tenuto a corrispondere al locatore il canone legale dovuto, salvo il diritto del locatore al maggior danno; ciò comporta che se è stato convenuto un canone in misura illegittima, il conduttore è tenuto a corrispondere il canone legale e non quello maggiore eventualmente pattuito (3)*

**La sentenza così motiva:**

**Omissis**

**Svolgimento del processo** - Con Ricorso depositato in data 5 maggio 1998, notificato alle controparti insieme al pedissequo decreto di fissazione di udienza, Angelini Liliana, premesso: che aveva concluso con Freddi Bianca Maria, Freddi Maria Assunta e Freddi Maria Luisa un contratto di locazione avente ad oggetto un

<sup>5</sup> cfr. Nicola Niglio, "Il punto sull'utilizzazione delle graduatorie concorsuali: obbligo o facoltà?", n.4/2005, www.lexitalia.it.

immobile sito in Roma, via Tiburtina 150; che era stata comunicata la cessione della proprietà dello stabile in cui era ubicato l'appartamento condotto in locazione in favore della Società Progresso Immobiliare Tiburtino s.a.s. - P.I.T. di Pietro e Silvia Freddi & c.; che il canone versato nel corso del rapporto risultava superiore a quello equo, dovuto per legge; tanto premesso, adiva il Pretore di Roma per sentire determinato il corrispettivo locatizio a norma degli artt. 3. rtt.; Instava altresì, perché i convenuti venissero condannati alla restituzione delle somme ricevute in eccedenza rispetto al canone legale.

Si costituiva la P.I.T. s.a.s. Detta convenuta eccepiva in via preliminare la prescrizione del diritto alle ripetizioni per il periodo antecedente il quinquennio; asseriva, inoltre, di non dover rispondere di quanto versato da controparte prima del 19.12.1995, data di costituzione della società; deduceva, poi, non essere ad essa opponibile altro contratto che quello concluso dall'istante in data 20.2.1990, e avente data certa; assumeva pure che le parti, con il richiamato negozio, avevano comunque novato il precedente rapporto, con conseguente estinzione di tutte le obbligazioni da questo derivanti; contestava, infine, la misura del canone reputato dovuto dalla parte ricorrente, lamentava che la ricorrente avesse sublocato l'immobile a terzi e spiegava le domande di cui in epigrafe.

Si costituivano pure Freddi Bianca Maria e Freddi Maria

In via preliminare le citate resistenti eccepivano che la ricorrente fosse decaduta dall'azione di ripetizione, giusta la previsione dell'art. 79, 2° co. legge 392/78; rilevavano, in secondo luogo, di dover rispondere, *pro quota*, di quanto versato all'istante nel periodo ricompreso tra il 1 gennaio 1982 e il 9 dicembre 1995; da ultimo, asserivano che con il negozio di trasferimento delle quote della comunione alla P.L.T. la cessionaria si era impegnata a manlevare i cedenti da ogni responsabilità connessa ad obbligazioni derivanti dalla proprietà del bene.

Esperita consulenza tecnica d'ufficio ed assunte le prove per interrogatorio formale e per testimoni, la causa era discussa e decisa come da separato dispositivo di cui era data lettura.

### Motivi della decisione

Va anzitutto dichiarata la contumacia di Freddi Maria Assunta, non costituitasi nonostante la rituale evocazione in giudizio.

Merita poi di essere disattesa l'eccezione sollevata dalle convenute Freddi Bianca Maria e Freddi Maria Luisa relativamente alla mancata integrazione del contraddittorio. E' da rilevare che parte ricorrente agisce per la determinazione del canone, e quindi per l'accertamento, in via incidentale, della nullità del contratto, con conseguente applicazione, ai sensi degli artt. 1339 c.c. e 79 l. n. 392/1978, della disciplina cogente in materia di locazioni per uso abitativo, oltre che per la condanna alla restituzione delle somme indebitamente versate. Ora, per un verso il giudizio sulla nullità di un contratto non deve necessariamente svolgersi nel contraddittorio di tutti i soggetti di esso (Cass. n. 9581/1991; Cass. n. 729/1973; Cass. n. 1125/1966);

per altro verso, se è incontestabile che più locatori di un medesimo bene siano solidalmente tenuti nei confronti del conduttore per le ripetizioni dell'indebito percepito (in quanto le somme riscosse per pigioni devono presumersi da essi ricevute nell'indicata qualità), va rilevato che non esiste litisconsorzio necessario nelle cause che abbiano ad oggetto un'obbligazione solidale (Cass. n. 6043/2001).

Giova aggiungere, al riguardo, che la giurisprudenza più avveduta ha avuto modo di escludere che nell'analoga ipotesi di giudizio di determinazione del canone promosso dal locatore esista litisconsorzio necessario tra i diversi conduttori (Cass. n. 1922/1965).

In merito all'assunto della P.L.L., secondo cui la convenzione locatizia registrata in data 20.2.1990, in quanto novativa, avrebbe determinato l'estinzione di precedenti obbligazioni, va anzitutto precisato che, di per sé, la novazione di un contratto non determina il venir meno del debito insorto per effetto del rapporto oramai cessato: un tale effetto potrebbe semmai sortire dalla transazione che abbia ad oggetto situazioni creditorie pendenti. In ogni caso, la novazione presuppone non solo l'*animus novandi*, ma, altresì, l'*aliquid novi* e la *causa novandi* (intesa come interesse comune delle parti all'effetto novativo: cfr. Cass. n. 6680/1998, *Arch. loc.* 1998, 675).

Anche a voler prescindere dall'assenza di precisi riscontri in ordine all'esistenza dell'intento novativo e della *causa novandi*, alla configurazione della novazione osta, nel caso di specie, la palese assenza dell'*aliquid novi*: a tale riguardo bisogna ricordare che ad integrare il detto requisito non sarà sufficiente, in materia locatizia, nemmeno la modificazione della data di scadenza o la variazione della misura del canone (Cass. 12838/1999; Cass. n. 8698/1998; Cass. n. 6680/1998 cit.; Cass. 374/1997; Cass. n. 4427/1996; Cass. 10683/1994; Cass. 753/1991).

Venendo al computo dell'equo canone, deve osservarsi che i rilievi formulati dalla difesa di Freddi Maria Luisa e Bianca Maria con riferimento ai coefficienti di ubicazione Vetustà non risultano provati: in particolare non consta - contrariamente a quanto appurato dal C.T.U. presso l'ufficio competente - che l'immobile sia ubicato nella zona dell'abitato che il Comune abbia qualificato "centro storico"; né è da affermare che l'immobile sia stato mai integralmente ristrutturato.

Non esiste quindi motivo per discostarsi dalle risultanze dell'accertamento peritale.

Sulla base dei dati forniti dal C.T.U., [omissis], si perverrà a un canone-base annuo di lire 410.627 e a un canone-base mensile di lire 34.219. Vanno poi computati gli aggiornamenti ISTAT di cui all'art. 24 legge n. 392/1978, onde il canone dovuto risulta quantificato come segue: lire 34.219 da agosto 1978; lire 37.992 da agosto 1979; lire 44.074 da agosto 1980; lire 51.388 da agosto 1981; lire 57.907 da agosto 1982; lire 65.760 da agosto a 1983; lire 70.739 da agosto 1985; lire 74.615 da agosto 1986; lire 77.361 da agosto 1987; lire 80.748 da agosto 1988; lire 85.778 da agosto 1989; lire 90.064 da agosto 1990; lire 95.736 da agosto 1991; lire 100.535 da agosto a 1992; lire 104.385 da agosto 1993; lire 107.978 da agosto 1994; lire 113.804 da agosto 1995; lire 117.936 da agosto 1996; lire 119.501 da agosto 1997;

lire 121.503 da agosto 1998; lire 123.171 da agosto 1999. Passando all'esame della domanda di ripetizione, va premesso che il rapporto di locazione *viene trasmesso all'acquirente nello stato in cui si trova al momento della cessione, ma senza idiritti e gli obblighi cui esso abbia dato vita anteriormente e che si sono ormai del tutto staccati da esso, entrando a far parte del patrimonio del dante causa*" (Cass. N.254/1991, in motivazione, Giust. ci v., 1991, I, 2083). E ancora: *"Il principio stabilito in materia di locazione dall' art.1602 c. c. che fissa nel momento dell'acquisto del bene locato il subingresso dell'acquirente nei diritti e negli obblighi derivanti dal contratto di locazione, esclude per implicito che il fenomeno successorio ex art. 1599 c.c. del trasferimento a titolo particolare della cosa locata (che si verifica anche a seguito di espropriazione forzata dei beni ai sensi dell' art. 2923 c.c.) possa avere effetto reo-trattivo e comporta invece, che il rapporto di locazione viene a scindersi in due periodi distinti, rispetto a m dei quali l'unico contratto spiega i suoi effetti nei confronti di colui che in quel periodo ha la qualità di locatore* (Cass. n.8329/2001). *Discende da ciò che ciascun soggetto, con riferimento al periodo in cui è stato locatore, debba rispondere nei confronti del conduttore dell'indebito riscosso.*

E' il caso di aggiungere, con riferimento alla deduzione svolta sul punto dalle convenute Freddi Maria Luisa e Freddi Bianca Maria (cfr., in particolare, conclusioni), che al conduttore non sono evidentemente opponibili gli accordi intercorsi tra i conferenti l'immobile e la società, e aventi ad oggetto presunte, e per la verità indimostrate, assunzioni di impegni quanto alle obbligazioni restitutorie.

Ciò posto, è evidente che la P.I.T. debba rispondere delle somme indebitamente versate a far data dal suo subentro nel contratto di locazione: si rammenta, al riguardo che il 19.12.1995 venne costituita la società, con conferimento dell'immobile di cui tratta si. Il problema della prescrizione - che, dove applicabile, sarebbe decennale (Cass. n. 2936/1995) - rimane quindi assorbito.

L'eccezione di prescrizione, poi, non è stata formulata tempestivamente da parte delle resistenti Freddi Bianca Maria e Freddi Maria Luisa. Né queste potrebbero giovare del mezzo di difesa fatto valere dalla P.I.T. (Cass. n. 2132/1977). Destituita di fondamento è, infine, l'eccezione di decadenza: e invero, il termine semestrale entro cui, a norma dell'art. 79, 20 eo. l. n. 392/1978, il conduttore deve proporre, a pena di decadenza, l'eccezione di prescrizione dell'azione di ripetizione delle somme corrisposte al locatore in eccedenza rispetto al canone di legge decorre dalla *\_\_riconsegna dell'immobile locato*", intendendosi per tale la materiale riconsegna dell'immobile, e non già la cessazione dei rapporti giuridici intercorrenti tra il locatore ed il conduttore (Cass. n. 11185/1995).

Ciò posto, il C.T.U. ha accertato una differenza, a credito della parte ricorrente, pari a euro 23.011,18. Di detto importo euro 6.141,00 sono dovuti dalla P.I.T. e euro 16.870,18 dalle altre resistenti.

Sulle somme indicate vanno computati gli interessi legali, decorrenti dalla domanda (cfr. Cass. n. 7165/1997). Non spetta rivalutazione, essendo il credito di

valuta; non spettano neanche gli interessi anatocistici, in quanto il debito era originariamente illiquido (Cass. n. 2061/1991; Cass. n. 103/1986). Venendo alle domande riconvenzionali proposte dalla P.I.T. va anzitutto respinta quella di risoluzione per morosità. L'autoriduzione praticata, che ha portato parte attrice a versare fino al deposito della memoria difensiva (per il periodo successivo non vi sono precise allegazioni), l'importo del canone ritenuto dovuto in ricorso, deve ritenere legittima, siccome ragionevole, congrua e non temeraria (così Cass. n. 9873/1990). Quanto alla domanda di risoluzione contrattuale per sublocazione, essa risulta, anzitutto, validamente proposta: la causa pretendi *pretendi* e il *petitum* della domanda stessa risultano infatti, adeguatamente specificati.

Nel merito, poi, la pretesa dell'attrice in riconvenzionale è fondata. In sede testimoniale è stato infatti confermato che, in occasione di un sopralluogo, l'immobile risultava abitato da terzi e che la conduttrice - stando a quanto riferito dagli occupanti stessi, e ribadito dal portiere dello stabile - non risiedeva più nell'alloggio. Ora, non risulta (non è stato nemmeno allegato) che i suddetti soggetti fossero parenti, affini o domestici del conduttrice; tanto meno potrebbe sostenersi che gli stessi fosse ospiti di carattere transitorio, non ricorrendo detta ipotesi laddove l'immobile sia lasciato nella completa disponibilità di terzi soggetti: in ogni caso, spettava alla ricorrente provare suddetto rapporto di ospitalità (Cass.477/1988).

E' noto d'altra parte, che si *"presume l'esistenza della sublocazione quando l'immobile risulta occupato da persone che non sono al servizio del conduttore o che non sono a questo legate da vincoli di parentela o di affini entro il quarto grado, salvo che si tratti di ospiti con caratte transitorio"* (Cass. 5190/1993).

Deve aggiungersi, in argomento, che la deduzione della simulazione della clausola che vieta la sublocazione non ha trovato alcun riscontro; pure da disattendere è il rilievo incentrato sulla mancata specifica approvazione della disposizione contrattuale: non si verte, infatti, in tema di clausole vessatorie (Cass. n. 337/1979). Il contratto va quindi risolto e la conduttrice deve essere condannata al rilascio; ai fini dell'esecuzione pare congruo fissare la data del 30.4.2003.

L'intervenuta risoluzione non ha incidenza sul diritto ripetere i canoni versati in eccedenza, posto che anche dopo la proposizione della domanda di risoluzione (momento a partire dal quale il locatario è in mora nella riconsegna della cosa locata, a norma dell'art. 1591 c.c.) deve essere corrisposto il canone (Cass. n. 10733/1993; Cass. n. 4401/1986). Il richiamo a Cass. 5168/1981 (operato da parte convenuta nelle note conclusionali) non è pertinente, riferendosi detta pronuncia al diverso problema della ripetibilità dell'intero importo dei canoni corrisposti dal conduttore nel corso del rapporto poi risolto.

La domanda riconvenzionale spiegata nei confronti delle altre convenute è, poi, priva di fondamento.

Il subentro nel contratto di locazione da parte della menzionata società si è attuato a norma dell'art. 1602 c.c.. Ora, è da escludere che, nella fattispecie possa trovare applicazione l' art.1410 c.c., come invocato dalla difesa della P. I . T. nelle

proprie note conclusionali. E' da ritenere, infatti, che la norma in base alla quale "il cedente è tenuto a garantire la validità del contratto" sia propria della cessione volontaria, e non estensibile alla cessione legale del contratto (categoria, quest'ultima cui appartiene la fattispecie disciplinata, per l'appunto, dall'art.1602 c.c.). E invero, la regola posta dal citato art.1410 c.c. ha una sua precisa ragion d'essere con riferimento ai casi in cui siano le stesse parti a programmare la vicenda traslativa della posizione contrattuale: in queste ipotesi l'approntamento della tutela trova un preciso fondamento giustificativo nell'esigenza di garantire al cessionario il conseguimento del risultato utile che egli si riprometteva di ottenere dall'operazione posta in essere: in tal senso la norma è espressione di un principio di carattere generale, le cui ulteriori espressioni possono rinvenirsi, a titolo esemplificativo, nelle garanzie offerte da chi ceda il credito (art. 1266 c. c.) dal donante (artt.797 e798 c.c.) o dal venditore (artt. 1483 ss. ; artt.1490 ss.). Non altrettanto potrebbe dirsi per l'eventualità in cui il subentro nella posizione contrattuale sia il risultato accessorio che la legge riconnetta all'atto di autonomia privata che abbia un di verso oggetto. In queste ipotesi l'*utilitas* che la parte ritrae dal compimento del negozio non deriva necessariamente dal subentro nella posizione contrattuale trasferita *ex lege*. Può anzi accadere che l'invalidità del contratto oggetto di detta cessione determini non già un pregiudizio, quanto un vantaggio per il subentrante: si pensi proprio alla fattispecie dell'art. 1602 cod. civ. e al caso in cui la radicale nullità del contratto di locazione relativo all'immobile acquistato consenta a quel soggetto di ottenerne l'immediato rilascio dal conduttore (con conseguente possibilità, da parte dell'acquirente, di godere e disporre liberamente del bene). Con riferimento alle cessioni legali, la regola dei cui all'art. 1410 c.c. non trova quindi una ragione applicativa analoga a quella che la giustifica per le cessioni volontarie. Sotto un diverso riflesso deve *inoltre* osservarsi che, secondo la dottrina, la garanzia non è dovuta per il caso in cui il cessionario conoscesse dell'invalidità. Deve poi precisarsi che, in linea generale, l'ignoranza non giova se dipende da colpa grave (art. 1147, 2°co. c.c.). Ebbene, secondo l'ordinaria diligenza, la società subentrante ben avrebbe potuto rappresentarsi il dato della nullità della clausola contrattuale relativa alla misura del canone: sia in quanto detto canone risultava non quantificato sulla scorta dei coefficienti per la determinazione del corrispettivo legale di cui agli artt. 12 ss. legge n.392/1978 (cfr. documento contrattuale); sia in quanto, tenuto conto delle generali condizioni dell'immobile, delle sue caratteristiche costruttive, della sua estensione, l'entità della pigione convenuta pattiziamente risultava palesemente esorbitante rispetto al canone equo. Da ultimo, giova aggiungere che il richiamo, operato dalla difesa della P.L.T. alla disciplina della garanzia di cui all'art.2254 c.c. non appare pertinente, riferendosi detta disposizione all'ipotesi delle "cose conferite in proprietà". La domanda riconvenzionale delle convenute Freddi, concernente il risarcimento di quanto da esse dovute in favore del ricorrente, è infine inammissibile, in assenza della richiesta del differimento ex art. 418 c.p.c.. Le convenute Freddi Bianca Maria, Freddi Maria Luisa e Freddi Maria Assunta sono tenute a

rivalere parte ricorrente, vittoriosa, delle spese di lite; va operata la distrazione in favore del procuratore attoreo. Tra la ricorrente e la P.I.T. le spese vanno compensate, attesa la soccombenza reciproca. Per la medesima ragione la compensazione deve operarsi tra le convenute costituite, mentre nulla deve liquidarsi in favore della evocata in giudizio rimasta contumace. (omissis)

### **(1-3) La novazione, cessione e risoluzione del contratto di locazione in relazione alla ripetibilità delle somme indebitamente versate dal conduttore**

*Sommario: 1) Il fatto; 2) Novazione oggettiva, novazione soggettiva, cessione volontaria del contratto di locazione; 3) La cessione automatica del contratto di locazione ex artt. 1599 e 1602 c.c.; 4) (segue) posizione giuridica oggetto del trasferimento, presupposti per l'opponibilità del contratto; 5) Opponibilità dei rapporti, diritti ed obblighi.*

#### **1) Il fatto:**

Con ricorso del 5 maggio 1998<sup>1</sup> la A., conduttrice di immobile ad uso abitativo, adiva il Pretore per la ripetizione ex all'art. 79 della legge 27 luglio 1978 n. 392 delle somme pagate indebitamente in quanto date in corresponsione di un canone maggiore di quello equo risultante dagli artt. 12 a 26 della legge 27 luglio 1978 n. 392. Le somme erano state versate parte alle sorelle F. locatrici originarie (dall'inizio del rapporto contrattuale al 1995) e parte ad una società (dal 1995 al 1998) avente causa dalle sorelle F. dell'immobile locato in virtù di atto traslativo di proprietà del 19 dicembre 1995.

La società resisteva eccependo: la prescrizione dell'azione ex art. 79 lex 392/78; la già avvenuta novazione del contratto in cui era subentrata e quindi le pattuizioni erano da far risalire alla novazione e non all'originario contratto; in via riconvenzionale risoluzione del contratto di locazione per sublocazione non autorizzata; risoluzione per esser i pagamenti inferiori al pattuito; garanzia del cedente ex art. 1410 c.c. Le sorelle F. resistevano eccependo: la prescrizione dell'azione ex art. 79 lex 392/78; l'inesistenza della malleveria ex art. 1410 c.c. avanzata dalla società acquirente l'immobile; la condanna della sola società alla restituzione di tutte maggiori somme. Il Giudice riteneva non sussistere prescrizione dell'azione di cui all'art. 79 lex 392/78 e non sussistere novazione ex art. 1230 c.c. Accoglieva la domanda della ricorrente per la rideterminazione del canone sulla base degli artt. da 12 a 26 della legge 392 del 1978. Condannava le F. e la società alla restituzione dell'indebito percepito secondo il seguente criterio: le sorelle F. quanto indebitamente percepito dall'inizio della locazione fino al 1995, la società quanto indebitamente

<sup>1</sup> Alla fattispecie si applica la legge 27 luglio 1978 n. 392 per quanto previsto dall'art. 14 comma 5° legge 9 dicembre 1998, n. 431.

percepito dal 1995 (data di subingresso nel contratto di locazione) fino all'esito del giudizio. Della società accoglieva la sola riconvenzionale di risoluzione per aver la conduttrice sublocato l'immobile. La risoluzione non inficia peraltro il diritto della ricorrente a ripetere i canoni indebitamente versati (o alla determinazione equa per legge), posto che anche dopo la proposizione della domanda di risoluzione (momento a partire dal quale il conduttore è in mora per la riconsegna della cosa locata a norma dell'art. 1591 c.c.) deve essere corrisposto il canone equo.

La sentenza consente la riflessione su alcune tematiche che sarà utile ripercorrere.

## 2) Novazione oggettiva, novazione soggettiva, cessione del contratto di locazione da parte del conduttore:

Si deve convenire con la decisione che non configura quale novazione oggettiva di contratto di locazione alcuni dei fatti addotti. Infatti vi è novazione oggettiva del contratto di locazione al ricorrere degli stessi requisiti previsti in via generale dagli artt. 1230 e ss. del codice civile: *obligatio novanda* (o *causa novandi*); *aliquid novi*; *animus novandi*. L'art. 1231 c.c., d'altro canto, in tema di modificazioni che non importano novazione del contratto si riferisce, tra le altre ipotesi, a qualsiasi altra modificazione accessoria. La semplice rideterminazione del canone è appunto una modificazione accessoria che non importa novazione<sup>2</sup>. E' da ricordare che la possibilità di modificare le pattuizioni concernenti i canoni locativi è sottoposta attualmente alla disciplina della legge 9 dicembre 1998 n. 431 che pone il regime vincolistico della scrittura e della registrazione delle successive pattuizioni relative ai canoni (si veda art. 13 legge 431 del 1998)<sup>3</sup>.

Esaminate le modificazioni oggettive del contratto di locazione è utile dare un quadro di quelle soggettive e in particolare differenziare la novazione soggettiva dalla cessione volontaria del contratto di locazione.

Sia nella novazione soggettiva che nella cessione del contratto si verifica un mutamento dei soggetti del rapporto obbligatorio. Ma differente è la funzione di questo subingresso nonché la struttura<sup>4</sup>. Sotto il profilo funzionale la cessione del contratto ha una funzione di circolazione del contratto che resta immutato<sup>5</sup>, mentre la novazione (attiva o passiva che si voglia) ha funzione eminentemente estintiva<sup>6</sup>.

Sotto il profilo strutturale nella cessione del contratto occorre un solo atto così che essa si distingue anche dalla quella novazione che è contestualmente tanto attiva quanto passiva (la cosiddetta *delegazione duplice*<sup>7</sup>) per la quale occorrono due distinti atti negoziali.

Questo discorso generale vale anche per la cessione volontaria (per quella legale si veda il paragrafo seguente) del contratto di locazione di immobile ex art. 2 legge 27 luglio 1978 n. 392. La cessione del contratto di locazione da parte del conduttore è un'ipotesi specifica della cessione di contratto prevista dall'art. 1406 c.c., e come tale richiede il consenso del ceduto - locatore<sup>8</sup>. Si è sostenuto che la cessione senza il consenso del locatore è inefficace nei confronti di questi e la mancanza del consenso può dar luogo a risoluzione del contratto con azione esperibile direttamente nei confronti del cessionario del contratto<sup>9</sup>. Si ritiene anche che non sussista la possibilità di configurare una cessione parziale del contratto di locazione perché la natura di un'operazione in cui il conduttore cede solo una parte dell'immobile non sarebbe quella di una cessione di contratto (che presuppone la traslazione dell'intera posizione contrattuale), bensì di sublocazione parziale<sup>10</sup>. L'affermazione è peraltro in contrasto con quanto asserito da chi ritiene possibile la cessione del contratto con modificazione parziale del contenuto dello stesso<sup>11</sup>: sarebbe piuttosto questione di interpretazione della volontà delle parti stabilire se si tratti di sublocazione ovvero di cessione del contratto di locazione.

Il codice e l'art. 2 legge 392/'78 prevedono la sola cessione del contratto da parte del conduttore, nulla dicendo sulla cessione del contratto da parte del locatore. Ma una volta riconosciuto che legittimato a locare non è solo colui che è effettivo titolare di un diritto preminente sulla cosa, tanto da riconoscere la locazione su cosa altrui, non vi è alcun ostacolo ad ammettere la cessione della pura e semplice posizione di locatore<sup>12</sup>.

Riguardo alla forma del consenso del locatore la giurisprudenza ritiene che esso può anche esprimersi in un comportamento concludente successivo alla cessione<sup>13</sup>.

7 Così MESSINEO, *Del contratto in genere*, in *Trattato Cicu Messineo*, pag. 43 e A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Cedam, 1994, 558 nota 2.

8 Cfr. G. MIRABELLI, *La locazione*, in *Trattato Vassalli*, 575.

9 Sul punto M. DOGLIOTTI - A. FIGONE, *La locazione*, Milano, 151.

10 Cass. 2 dicembre 1980, n. 6295, *Giust. Civ.*, 1980; M. DE TILLA, *Sulla cessione parziale del contratto di locazione*, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 2, 2178.

11 C.M. BIANCA, op. cit., 714. Sulle differenze tra *subcontratto* e *cessione* di contratto si veda F. MESSINEO, *Contratto derivato - subcontratto*, in *Enc. Dir.*, X, 81 e ss.

12 In origine si sosteneva l'inceditibilità volontaria della locazione da parte del locatore perché inammissibile la scissione che si sarebbe causata in tal modo tra titolare del rapporto di locazione e titolare della posizione preminente sull'immobile locato (sia che tale situazione fosse di proprietà sia che derivasse da altro titolo). Cfr. G. MIRABELLI, op. cit., 575; A. TABET, *La locazione - conduzione*, in *Trattato Cicu - Messineo*, 1972, 1031; M. DOGLIOTTI - A. FIGONE, op. cit., 151; G. MIRABELLI, op. cit., 575.

13 Come nel caso in cui, venuto a conoscenza della cessione il locatore abbia consentito il godimento della cosa locata da parte del cessionario ricevendo da quest'ultimo il canone cfr. Cass. 29 maggio 1991, n. 6055 citata in C. SFORZA FOGLIANI - R. BAGLIONI - S. MAGLIA, *Il codice delle locazioni*, Piacenza, 2001, 128.

2 Così Cass. 19 novembre 1999, n. 12838, in *Rep. Foro It.*, voce *Locazione*, n. 184, 1999. Nello stesso senso Cass. 19 novembre 1999, n. 12838, in *Arch. Loc. Cond.*, 2000, n. 2, 249; Cass. 9 luglio 1998, n. 6680, in *Arch. Loc. Cond.*, 675; Cass. 14 dicembre 1994, n. 10683, in *Arch. Loc. Cond.*, 1995, 341; Trib. Napoli, 4 febbraio 1999, in *Arch. Loc. Cond.*, 1999, 444; Cass. 25 gennaio 1991, n. 753, in *Mass. Foro It.*, 1991.

3 Si vedano in proposito A. BUCCI, *La disciplina delle locazioni abitative dopo le riforme*, Padova, 1999, 20 e ss.; A. SCARPA, *La registrazione del canone di locazione abitativa come limite*

dell'autonomia privata", in *Rassegna Loc. e Cond.*, 2001, 456.

4 Vedi più approfonditamente MESSINEO, op. cit., 42; C.M. BIANCA, op. cit., 714.

5 Ma si veda C.M. BIANCA, op. cit., 714 per la possibilità di una modificazione parziale dell'oggetto del contratto ceduto.

6 Sulla novazione soggettiva si veda A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 1994, 558.

### 3) Cessione automatica del contratto di locazione ex artt. 1599 e 1602 c.c.:

La successione nel contratto di locazione, ex artt. 1599 c.c. e 1602 c.c., costituisce una delle cosiddette ipotesi di cessione legale (ovvero automatica o impropria) di contratto<sup>14</sup>.

L'art. 1599 statuisce che il contratto di locazione è opponibile al terzo acquirente se ha data certa anteriore all'alienazione della cosa e l'art. 1602 dispone che il terzo acquirente, qualora la locazione sia a lui opponibile a norma del 1599, subentra, dal giorno dell'acquisto, nei diritti e nelle obbligazioni derivanti dal contratto di locazione. La norma risultante dai disposti degli artt. 1599 e 1602 ed enunciante il principio della successione automatica nel contratto di locazione, va infine completata con l'art. 7<sup>15</sup> della legge 27 luglio 1978 n. 392 che stabilisce la nullità delle clausole che prevedono la risoluzione del contratto in caso di alienazione della cosa locata. La nullità prevista dall'art. 7 lex 392/1978 colpisce comunque la singola clausola, lasciando ferma la validità delle altre parti del contratto (art. 1419 comma secondo c.c.)<sup>16</sup>. Inoltre deve ritenersi che la nullità riguarda non solo le clausole che prevedano la risoluzione, ma anche quelle che prevedano ipotesi di recesso unilaterale<sup>17</sup>.

Peraltro, come eccezione all'impossibilità di sciogliere il contratto di locazione in caso di trasferimento dell'immobile dal locatore ad un terzo, va richiamato l'art. 3 lett. g) della legge 9 dicembre 1998 n. 431 dove si prevede un'ipotesi di risoluzione *ex lege* del contratto in caso di alienazione dell'immobile. I presupposti della risoluzione *ex lege* sono che: il locatore non abbia la proprietà di altri immobili ad uso abitativo oltre a quello eventualmente adibito a propria abitazione; il conduttore non abbia esercitato la prelazione a norma degli artt. 38 e 39 lex 392/1978<sup>18</sup>. Gli artt. 1599 e 1602 sono derogabili dalle parti nel senso che alienante e acquirente possono convenire che il rapporto di locazione continui a svolgersi nei confronti dell'alienante il quale può temporaneamente conservare la qualità di locatore e restare quindi legittimato, in proprio e non quale mandatario dell'acquirente, ad esperire ogni azione derivante dal rapporto locativo, compresa quella

diretta ad ottenere il rilascio dell'immobile per finita locazione<sup>19</sup>.

### 4) (segue) posizione giuridica oggetto del trasferimento, presupposti per l'opponibilità del contratto:

L'ipotesi del trasferimento a titolo particolare dell'immobile<sup>20</sup> di cui all'art. 1599 c.c. è generalmente identificata con quella in cui il locatore sia proprietario dell'immobile. La dottrina<sup>21</sup>, peraltro, dà alla fattispecie ampiezza maggiore e include nella categoria di cedenti coloro che sono locatori di un immobile, indipendentemente dal fatto che siano proprietari o titolari di diritti reali o personali di godimento sull'immobile stesso<sup>22</sup>. Tra le ipotesi del locatore non proprietario ma titolare di diritto reale ricordiamo: *superficiario*<sup>23</sup>; *usufruttuario*<sup>24</sup>; *enfiteuta*<sup>25</sup>. Sono invece da escludere le costituzioni di servitù e del diritto di uso e di abitazione<sup>26</sup>. Con riferimento ai casi di diritti personali di godimento si è fatta l'ipotesi<sup>27</sup> della posizione del conduttore: questa può formare infatti oggetto di cessione, ed in ipotesi in cui il conduttore avesse sublocato allora la sublocazione sarà opponibile al cessionario della posizione di conduttore – sublocatore.

Il locatore potrebbe vendere solo una parte della cosa locata ovvero alienare la cosa divisa in più parti a più persone, ovvero vendere al conduttore: nelle prime due ipotesi si costituiscono tanti distinti rapporti quanti sono i soggetti; se invece è il conduttore ad acquistare il rapporto si estingue per confusione<sup>28</sup>.

Il riferimento del codice alla alienazione si deve intendere fatto non solo alla compravendita ma anche alla: donazione, permuta, dazione in pagamento, cessione dei beni, legato, costituzione da parte di terzo del fondo patrimoniale ex art. 170 c.c. Sono esclusi i trasferimenti a titolo universale (successione) e pertanto in tali casi non si applicherà la normativa relativa ai presupposti dell'opponibilità del contratto di locazione.

Un breve cenno merita l'ipotesi della vendita forzata dell'immobile locato. L'art. 2923 c.c. precisa che le locazioni, consentite da chi ha subito l'espropriazione, sono opponibili all'acquirente solo se hanno data certa anteriore al pignoramento (cui la giurisprudenza equipara la data di dichiarazione di fallimento)<sup>29</sup><sup>30</sup>.

19 Cass. 8 marzo 1960, n. 441 in *Mass. Giur. It.*, 1960, 112; Cass. 6 aprile 1971, n. 1003, in *Mass. Giur. It.*, 1971, 403; Cass. 11 maggio 1965, n. 898, in *Rass. Avv. Stato*, 1965, I, 698. Vedi inoltre G. AMATO, *Sull'emptio non tollit locatum tra astrattezza e realtà*, in *Giur. It.*, I, 1, 1985, 991.

dei contratti di locazione per l'appunto stipulati dal superficiario.

20 D'ora innanzi, per comodità d'esposizione, al termine "cosa" utilizzato dalle norme codicistiche si sostituirà il sostantivo "immobile".

24 Art. 999 che regola la sorte delle locazioni concluse dall'usufruttuario in corso al momento della cessazione del diritto di usufrutto.

25 Per il rinvio che l'art. 976 c.c. opera all'art. 999 c.c.

26 A. TABEL, *La locazione – conduzione*, in *Trattato Cicu – Messineo*, 1972, 660.

27 Si veda G. MIRABELLI, *op. cit.*, 599.

28 Cfr. M. DOGLIOTTI – A. FIGONE, *op. cit.*, 134 e ss.

29 Cass. 5 dicembre 1970 n. 2576, citata in C. SFORZA FOGLIANI – R. BAGLIONI – S. MAGLIA, *op. cit.*, 481.

30 La ratio della norma è che la locazione non sia troppo pregiudizievole per l'aggiudicatario, così Cass. 14 aprile 1984 n. 2413, in *Arch. Loc. Cond.*, 1984, 424.

23 Comma secondo dell'art. 954 c.c. relativo alla sorte

22 GUARINO, *op. cit.*, 45 si è espresso contro l'inclusione di diritti di godimento.

21 Si veda M. DE TILLA, *Trattato sistematico di giurisprudenza ragionata per casi – Il diritto immobiliare – Le locazioni*, Milano, 1997; G. GABRIELLI – F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, Padova, 1994, 64 e ss.; M. DOGLIOTTI – A. FIGONE, *op. cit.*, 134 e ss.; G. MIRABELLI, *op. cit.*, 599; TABEL, *op. cit.*, 659 e ss.; GUARINO, *Locazione*, Vallardi, 1965, 45.

18 E' da sottolineare che tale diritto di prelazione compete solo ove venga esercitato dal locatore il diniego di rinnovazione, alla prima scadenza (quattro anni), mentre tale diritto non compete alla seconda scadenza, cfr. C. SFORZA FOGLIANI – R. BAGLIONI – S. MAGLIA, *op. cit.*, 36.

14 Per la cessione legale di contratto cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto, Diritto Civile*, vol. 3, 2000, 715; G. DE NOVA, *La cessione del contratto*, in *Trattato Rescigno*, 650; R. CICALA, *Cessione del contratto*, in *Enc. Dir.*, VI, 879. MESSINEO, *Del contratto in genere*, in *Trattato Cicu – Messineo*, pag. 41 preferisce usare il termine "cessione impropria". Nell'ambito dei contratti di locazione l'art. 1599 c.c. (correlato all'art. 1602 e all'art. 7 legge 27 luglio 1978 n. 392) costituisce un'eccezione al carattere obbligatorio del diritto del conduttore, eccezione riconducibile al datterio "emptio non tollit locatum". Su questo brocardo cfr. G. PROVERA, *Della Locazione*, in *Commentario Scialoja – Branca*, sub art. 1599, 408. Sulla base dell'art. 1743 code civile (antecedente dell'attuale 1599) TROPLONG sostenne la natura di diritto assoluto e pertanto reale del diritto di conduzione (TROPLONG, *Della permuta e della locazione, Commentario dei Titt. VII e VIII libro III codice civile*, Napoli, 1859, 67 e ss.). Di recente, per la teoria del diritto

personale di godimento M. DOGLIOTTI – A. FIGONE, *La locazione*, Milano, 17.

15 Tale norma sembra ribadire con forza il principio "emptio non tollit locatum" forse indirizzando verso una assolutezza del diritto di locazione così da far rivivere le suggestive ipotesi avanzate due secoli fa da Troplong (nota 18).

16 Cfr. C. SFORZA FOGLIANI – R. BAGLIONI – S. MAGLIA, *Il codice delle locazioni*, Piacenza, 2001, 146.

17 Cfr. C. SFORZA FOGLIANI – R. BAGLIONI – S. MAGLIA, *op. cit.*, 146.

18 E' da sottolineare che tale diritto di prelazione compete solo ove venga esercitato dal locatore il diniego di rinnovazione, alla prima scadenza (quattro anni), mentre tale diritto non compete alla seconda scadenza, cfr. C. SFORZA FOGLIANI – R. BAGLIONI – S. MAGLIA, *op. cit.*, 36.

Con riguardo alle ipotesi di acquisto a titolo originario dell'immobile locato, ad esempio per usucapione, la dottrina<sup>31</sup> e la giurisprudenza<sup>32</sup> ritengono che il contratto di locazione non sia opponibile all'acquirente a titolo originario<sup>33</sup>.

Ai fini dell'opponibilità l'art. 1599 c.c. richiede che l'antioriorità del contratto di locazione rispetto all'alienazione risulti da data certa. Oggi non vi sono dubbi<sup>34</sup> sul fatto che l'art. 1 comma primo lex 431/'98, richiedendo la forma scritta a pena di nullità<sup>35</sup>, comporta la necessità della forma scritta anche ai fini dell'opponibilità. Senza forma scritta il contratto di locazione è inopponibile perché nullo<sup>36</sup>. Resta da vedere quale rilievo, ai fini dell'opponibilità, assume la registrazione del contratto di locazione. Se è vero che la "registrazione [è] stata stabilita quale vero e proprio requisito per la giuridica esistenza del contratto [di locazione]"<sup>37</sup> questo, se non registrato, è inopponibile perché nullo, invalido o inefficace<sup>38</sup> e a renderlo opponibile non varrà alcuna delle altre situazioni di cui all'art. 2704 c.c.<sup>39</sup>. Soddisfatti i requisiti per l'opponibilità, l'acquirente subentra automaticamente nella posizione di locatore. Non è necessario il consenso del ceduto - locatore<sup>40</sup>. Il subingresso automatico comporta che non è necessario stilare alcun documento ulteriore in cui indicare le nuove parti. Pertanto se la posizione di locatore è invocata da un soggetto diverso dall'acquirente, è il non acquirente a dover dimostrare di possedere un titolo idoneo a conferirgli il potere di locare l'immobile altrui (ad esempio provando che egli risulta locatore avendo acquistato l'usufrutto dopo la vendita)<sup>41</sup>.

31 M. DOGLIOTTI - A. FIGONE, *op. cit.*, 135.

32 Cass. 9 aprile 1985, n. 2356, in *Giur. It.*, I, 1, 1985, 992.

33 Da un lato il conduttore non potrà opporre all'acquirente a titolo originario (ad esempio usucapiente) pretese fondate sul rapporto di locazione, dall'altro l'usucapiente non è legittimato all'esperienza delle azioni aventi titolo nel contratto di locazione, come per il pagamento dei canoni, e sarà legittimato solo alle azioni a difesa della proprietà.

34 Vedi C. SFORZA FOGLIANI - R. BAGLIONI - S. MAGLIA, *op. cit.*, 29. Cfr. Cass. n. 4591 del 2000, in *Arch. Loc. Cond.*, 410; Trib. Varese, 18 maggio 2000, in *Arch. Loc. Cond.*, 2000, 935. Prima della lex 431/'98, nonostante alcuni (vedi G. MIRABELLI, *op. cit.*, 602; G. GABRIELLI - F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, Padova, 1994, 73) sottolineassero che la norma richiedesse la data certa e non la scrittura certa, la giurisprudenza ai fini dell'opponibilità riteneva necessario un atto scritto, e pertanto non sufficiente la mera conoscenza della locazione da parte dell'avente causa (Cass. 4 febbraio 1987, n. 1063).

35 Si tratterebbe di nullità relativa: così A. BUCCI, *La disciplina delle locazioni abitative dopo le riforme*, Padova, 1999, 18.

36 Salva la possibilità per il conduttore di richiedere la riconduzione del rapporto locativo di fatto, laddove imposto dal locatore, alle forme previste dalla legge, secondo quanto dispone l'art. 13 comma quinto lex

431/1978 per cui si veda compiutamente A. BUCCI, *La disciplina delle locazioni abitative dopo le riforme*, Padova, 1999, 19.

37 Trib. Palermo 20 novembre 2000 in *Arch. Loc.*, 2001, 114.

38 Cfr. per i riflessi dell'obbligo di registrazione A. SCARPA, *La registrazione del canone di locazione abitativa come limite dell'autonomia privata*, in *Rassegna Loc. e Cond.*, 2001, 456.

39 Alcuni ritengono la registrazione requisito di efficacia e non di validità, ma ugualmente necessaria ai fini dell'opponibilità: si veda G. BERNARDI, in *Il nuovo diritto delle locazioni abitative*, a cura di S. PATTI, Milano, 2001, 216 e ss. Altri ancora la ritengono irrilevante ai fini della validità o efficacia e quindi non unico strumento di opponibilità, si veda V. CUFFARO, *Patti contrari alla legge (contratto di locazione e nullità speciali)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 489; F. DE PALO, in *AA. VV.*, *Le nuove locazioni abitative*, Milano, 2000, 235.

40 Secondo alcuni, peraltro, la comunicazione al conduttore ceduto sarebbe opportuna perché egli possa adempiere correttamente i suoi obblighi nei confronti dell'acquirente - nuovo locatore con applicazione dell'art. 1264 c.c. e non del 1189 c.c., si veda M. DOGLIOTTI - A. FIGONE, *op. cit.*, 141.

41 Cass. 14 aprile 1984 n. 2417, in *Arch. Loc. Cond.*, 1984, 428.

## 5) Opponibilità dei rapporti, diritti ed obblighi:

Avvenuto il trasferimento del diritto del locatore al terzo quest'ultimo diviene la controparte del conduttore a meno che, per espressa pattuizione, il rapporto locativo continui a svolgersi nei confronti del venditore (per tale ipotesi vedi supra in fine paragrafo 3). E' questo il significato dell'art. 1602 c.c. il quale stabilisce che il terzo acquirente subentra dal giorno dell'acquisto, nei diritti e nelle obbligazioni derivanti dal contratto di locazione.

Con specifico riguardo ai canoni la sentenza in commento ha fatto giusta applicazione dei principi affermati dalla Cassazione<sup>42</sup>: nei casi di azione di ripetizione dei canoni indebitamente pagati, non sussiste solidarietà tra locatore (cedente) e terzo acquirente l'immobile locato (cessionario) per il debito da restituzione dell'indebito percepito. Il primo locatore risponderà per le somme indebitamente percepite fino al giorno dell'alienazione della proprietà (o di altro diritto) sull'immobile locato; il secondo risponderà per quelle indebitamente percepite a far data dal subentro fino al corso del giudizio.

In tal modo si fa applicazione di quanto in tema di cessione di contratto prevede l'art. 1408 c.c. in base al quale il cedente resta liberato delle sue obbligazioni (salvo che il ceduto dichiari di non liberare il cedente). Nella locazione inoltre avviene ciò che accade in tutti i contratti di durata<sup>43</sup>, e pertanto se le obbligazioni perfezionatesi nel periodo antecedente la cessione sono ancora ineseguite tanto dal ceduto quanto dal cedente, le reciproche pretese saranno regolate sempre e solo tra loro, essendo il cessionario rispetto a tali rapporti un terzo estraneo. Se il ceduto (conduttore) non ha pagato i canoni per il periodo in cui il godimento dell'immobile vedeva locatore l'alienante, sarà sempre e solo questi legittimato alle richieste. Il discrimine è tra canoni maturati e canoni non maturati, e il conduttore è di conseguenza obbligato a pagare i canoni non ancora maturati al nuovo locatore<sup>44</sup>. In generale per ciò che riguarda i diritti e gli obblighi si può dire che l'acquirente rimane terzo<sup>45</sup> per quelli già maturati nei confronti del venditore mentre è parte del contratto di locazione per i diritti ed obblighi relativi alla prosecuzione del rapporto, in quanto la successione avviene *ex nunc* e *non ex tunc*.

Nei diritti ed obblighi nascenti dalla prosecuzione del rapporto rientrano, il diritto al risarcimento per danni alla cosa locata inferti dopo l'avvenuta cessione, oppure, per il conduttore, il diritto alla riduzione del corrispettivo in caso di riparazioni protrattesi a lungo, se le riparazioni siano cominciate dopo la cessione. Si trasferiscono inoltre i patti che reggono la locazione in tutte le loro previsioni: moda-

42 Cass. 16 marzo 1955 n. 776 in *Giust. Civ.*, 1956, 1394; Cass. 16 ottobre 1956, n. 3648, in *Giust. Civ.*, 1957, I, 682; Cass. 11 febbraio 1978, 637 - 638, in *Mass. Foro It.*, 1978, 125; Cass. 24 marzo 1984, n. 1959, in *Arch. Loc. Cond.*, 1984, 540; Cass. 11 giugno 1991, n. 6598, in *Arch. Loc. Cond.*, 1991, 843; Cass. 21 novembre 1994, n. 9844, in *Rep. Foro It.*, voce *Locazione*, 173; Cass. 24 febbraio 1997, n. 1685, in *Arch. Loc. Cond.*, 1997, 642; Cass. 5 maggio 2000, n. 5699, in *Rass. Loc. Cond.*, 2001, 364.

43 Cfr. Cass. 16 ottobre 1956 n. 3648 in *Giust. Civ.*, 1957, I, 682.

44 Cass. 10 dicembre 1973, n. 814, *Mass. Foro It.*, 1978, col. 123.

45 Vedi Cass. 16 marzo 1955 n. 776, in *Giust. Civ.*, 1956, 1394, per la quale "l'acquirente...deve considerarsi invece terzo... rispetto ai diritti ed agli obblighi già perfezionatisi a favore e a carico delle parti originarie fino al giorno del suo acquisto

lità di godimento, patti relativi alle spese, scadenza della locazione, disdetta dalla locazione. Così l'acquirente è legittimato a richiedere il rilascio dell'immobile alla scadenza prevista tra primo locatore e conduttore, ma non prima<sup>46</sup>. Inoltre “ *qualora all'atto del trasferimento dell'immobile locato sia già stata data dal locatore – alienante tempestiva disdetta per la scadenza della locazione, il rapporto in cui succede l'acquirente si configura pure nei suoi confronti siccome condizionato dalla intimata scadenza e non più passibile di rinnovazione*”<sup>47</sup>.

Per i diritti e gli obblighi derivanti da fatti e situazioni che non si originano *sic et simpliciter* dopo il subentro si afferma, adottando il criterio del “fatto compiuto”, che non trapassano tutti i diritti e gli obblighi che si fondano su fatti della vicenda locativa che hanno esaurito la loro efficacia prima del trasferimento<sup>48</sup>. Così, con riferimento alle inadempienze del conduttore, si distingue tra inadempienze già esaurite ed altre che pur verificatesi anteriormente, perdurano nelle loro conseguenze dannose, ancorché sia cessata la condotta illecita<sup>49</sup>. Di conseguenza all'acquirente dell'immobile locato spetta l'azione per ottenere dal conduttore il risarcimento dei danni conseguenti alla mancata riparazione della cosa locata, i quali, ancorché verificatisi prima della vendita, siano esistenti a tale momento o si siano manifestati in ogni caso dopo la vendita<sup>50</sup>. Con riferimento allo sfratto per morosità, si è ritenuto che il nuovo locatore può proseguire la procedura di sfratto in corso senza bisogno di nuova intimazione<sup>51</sup>; che può far valere la decadenza dal beneficio della proroga legale<sup>52</sup>, ma non può valersi di pattuizioni che pur inerenti alla locazione sono estranee al rapporto locativo<sup>53</sup>.

Con riguardo alle azioni relative ai momenti genetici e funzionali della locazione<sup>54</sup> si deve fare applicazione dei principi generali in materia di cessione di contratto. Tra il ceduto (conduttore) e il cedente (alienante/primo locatore) i rapporti vengono a mancare completamente: il cedente infatti è liberato automaticamente senza possibilità per il ceduto di manifestare la volontà di cui al secondo comma del 1408 c.c. in quanto il suo consenso non è necessario.

Tra il conduttore – ceduto e il nuovo locatore – cessionario trova applicazione l'art. 1409 c.c. il quale stabilisce che il ceduto può opporre al cessionario tutte le azioni derivanti dal contratto ceduto. Pertanto il conduttore – ceduto può opporre

tutte le azioni di nullità, annullabilità, rescissione, risoluzione al nuovo locatore – cessionario. Invece non potrà opporre al cessionario eccezioni relative ad altri rapporti con il cedente<sup>55</sup>. Il conduttore comunque potrà opporre al nuovo locatore le eccezioni concernenti la titolarità del diritto di proprietà sul bene immobile, contestando che sussista il fatto costitutivo della successione *ope legis* nel contratto di locazione<sup>56</sup>.

E' incontrastata<sup>57</sup> l'affermazione che anche al cessionario del contratto sono riconosciuti oltre al potere di risoluzione tutti i poteri di rescissione e di annullamento: l'acquirente – locatore (cessionario) può far valere vizi di annullabilità del contratto di locazione intercorso tra l'alienante – locatore (cedente) – e il conduttore ceduto (ad esempio situazioni di volontà viziata o di errore in cui si fosse trovato il ceduto), può far valere azioni di rescissione per contratto concluso in stato di bisogno o per *lesione ultra dimidium*<sup>58</sup>.

Dott. Pasquale MERLINO

46 Vedi Pret. Salerno, 6 maggio 1993, in *Arch. Loc. Cond.*, 1994, 149; Cass. 29 novembre 1994 n. 10204, in *Rassegna Loc. Cond.*, 1995, 447.

47 Cass. 27 novembre 1984, n. 6140, in *Mass. Foro It.*, col. 1213.

48 Si veda G. MIRABELLI, *op. cit.*, 614, con richiami giurisprudenziali in nota 7; M. DOGLIOTTI – A. FIGONE, *op. cit.*, 140; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, 1994, 26; per la giurisprudenza si veda *infra*.

49 M. DOGLIOTTI – A. FIGONE, *op. cit.*, 140;

50 Cass. 21 novembre 1994, n. 9844, in *Rep. Foro It.*, 1994,

voce *Locazione*, 173; Cass. 24 febbraio 1997 n. 1685, in *Arch. Loc. Cond.*, 1997, 642.

51 Cass. 24 febbraio 1942, n. 519, in *Rep. Foro It.*, 1942, voce *Locazione*, n. 174.

52 Cass. 9 agosto 1951 n. 2492, in *Rep. Foro It.*, 1951, voce *Locazione*, n. 299.

53 Cass. 16 marzo 1955, n. 776, in *Giust. Civ.*, 1956, 1394.

54 Nullità, annullamento, rescissione per stato di bisogno e per lesione, risoluzione per inadempimento, per eccessiva onerosità sopravvenuta, per impossibilità sopravvenuta, eccezione di inadempimento.

55 Tale precetto non trova possibilità di deroga giacché l'art. 1409 c.c. risulta inapplicabile nella parte in cui si fa salva la possibilità per il ceduto di riservarsi le eccezioni relative ad altri rapporti con il cedente. Infatti il consenso del ceduto non è necessario per la cessione automatica del contratto di locazione e quindi egli non potrà manifestare alcun volontà relativa al regime delle eccezioni.

56 Cfr. Cass. 5 maggio 2000, n. 5699 in *Rassegna Loc. Cond.*, 2001, 364, nella cui massima si legge: “Il conduttore al quale sia stato richiesto il rilascio dell'immobile locato da colui che lo ha acquistato dall'originario locatore può validamente opporre le eccezioni concernenti la titolarità del diritto di proprietà dell'attore, perché l'acquisto di quest'ultimo costituisce il titolo di surrogazione dello stesso nei diritti e nelle obbligazioni derivanti dal contratto di locazione”.

57 Nonostante l'art. 1409 c.c. non dica nulla al riguardo.

58 Per tutti vedi MESSINEO, *Del contratto in genere, in Trattato Cicu – Messineo*, pag. 42. Da ricordare però la seguente osservazione del CICALA (R. CICALA, *Cessione del contratto*, in *Enc. Dir.*, VI, 897). Le azioni di rescissione e di annullamento hanno lo scopo di porre rimedio ad una insana determinazione contrattuale (tutelano la fase genetica del contratto). Ma quando il cessionario contrae la traslazione del contratto con il cedente, rispetto a lui cessionario si verifica una nuova determinazione contrattuale che nulla ha a che fare con quella, seppur viziata, con cui il cedente aveva contratto con il ceduto. Il cessionario può rivalutare la situazione patrimoniale che gli si prospetta e trarne le conseguenze. Su questa strada si concluderebbe per l'inopponibilità da parte dell'acquirente - nuovo locatore delle eccezioni di rescissione e di annullabilità.



**TRIBUNALE DI ROMA – SESTA SEZIONE  
SENTENZA 10 FEBBRAIO 2003 N.4664 – EST. SENA**

Locazione – Uso diverso dall’abitazione - Mancata concessione di autorizzazioni per l’esercizio dell’attività – Clausola di esonero dalla responsabilità dei locatori – Volontà comune dei contraenti – Responsabilità per vizio della cosa locata ex art. 1578 c.c. – Sussistenza - Esclusione

Locazione – Uso diverso dall’abitazione - Manutenzione – Clausola di esonero da spese per la manutenzione – Responsabilità del locatore per inadempimento ex art. 1575 c.c. – Sussistenza - Esclusione

*Nella locazione di un immobile adibito ad uso diverso dall’abitazione, i locatori non possono essere ritenuti responsabili per vizi ex art. 1578 c.c. se l’immobile risulta inadatto all’uso stabilito dal conduttore, qualora nel contratto vi sia solo l’indicazione che la locazione sia stata stipulata per un determinato uso e che il conduttore riconosca l’idoneità dell’immobile, salva la sola ipotesi che i locatori abbiano espressamente garantito lo svolgimento dell’attività (1).*

*I locatori, inoltre, non sono tenuti ad eseguire opere di modificazione o trasformazione della cosa locata, anche se imposte da disposizioni di legge o dell’autorità e necessarie a rendere la cosa idonea all’esercizio dell’attività del conduttore, salvo anche in questo caso si siano assunti l’obbligo contrattuale di far eseguire i lavori necessari allo svolgimento dell’attività per la quale è stata stipulata la locazione, non potendosi altrimenti invocare l’inadempimento ai sensi dell’art. 1575 c.c. (2).*

**La sentenza così motiva:**

Il Giudice [...], a seguito della discussione orale della causa R.G.N: 53196/02, promossa dai sigg.ri A., G., V. e M. P. nei confronti del sig. V. D. P., ritenuto che: la responsabilità del locatore, in ordine alla idoneità dell’immobile all’uso cui lo stesso viene adibito da parte del conduttore, sussiste unicamente laddove l’attività sia stata indicata nella destinazione dell’immobile locato ed il suo svolgimento sia stato specificamente pattuito e garantito in contratto (Cass. 11.4.2002, n. 4598).

Inoltre, nella fattispecie contrattuale in esame l’art. 3 del contratto inter partes, si limita a stabilire che “i locatori prestano sin d’ora il consenso per l’eventuale mutamento della categoria catastale da C/2 a C/1” (prevedendo altresì che tale onere, e relative spese, gravasse sul conduttore), mentre l’art. 5 espressamente esonera i locatori “da qualsiasi responsabilità per l’eventuale mancata concessione di autorizzazioni o altro per l’esercizio dell’attività”.

Tanto premesso, ai sensi dell’art. 281 *sexies* c.p.c., dichiara la risoluzione per grave inadempimento del conduttore il contratto sottoscritto dalle parti, relativo

all’immobile sito in Roma, Via A. P., primo scantinato, con ingresso indipendente da Via S.B., e dichiara altresì cessata la materia del contendere quanto al rilascio dell’immobile stesso, essendo già avvenuto.

Condanna V. D. P. al pagamento di € 24.531,71, a titolo di canoni di locazione maturati, oltre interessi di legge dalle singole scadenze, nonché alla rifusione delle spese di giudizio, che seguono la soccombenza.

(omissis)

**(1-2)** La sentenza in esame ci offre lo spunto per alcune riflessioni sulla locazione in generale ed in particolare sugli immobili adibiti ad uso diverso da quello di abitazione, ponendo attenzione a quale sia la responsabilità del locatore qualora si configuri un’impossibilità del conduttore di godere del bene locato per la mancata concessione di un’autorizzazione necessaria all’esercizio dell’attività.

Il codice civile indica agli artt. 1571 e ss, quali siano i principali contenuti del contratto di locazione, lasciando ampio spazio all’autonomia negoziale.

Il Legislatore, però, nel corso degli anni ha introdotto alcune modifiche normative<sup>1</sup> con le quali sembrava voler apportare una disciplina più rigorosa, ridimensionando il ruolo dell’autonomia privata, contrariamente alla natura della locazione stessa<sup>2</sup>.

La nuova regolamentazione, nella quale domina il principio dell’“equo canone”, determina il corrispettivo del godimento con il fine di tutelare il conduttore di immobili, sia che essi servano ad uso di abitazione, sia che riguardino attività commerciali<sup>3</sup>.

Infatti, partendo dal presupposto che sussiste una disparità di situazione tra locatore e conduttore, tali norme si propogono di rimuoverla o attenuarla con interventi che limitino soprattutto la durata minima del contratto e la misura del canone.

In generale, per gli immobili ad uso abitativo è stato regolato soprattutto il profilo economico, mentre per quelli adibiti ad uso diverso da abitazione, la legge speciale ha perseguito lo scopo di tutelare la stabilità del godimento<sup>4</sup>, cercando di favorire le attività produttive nel caso di conflitto tra chi è proprietario e chi esercita l’attività.

Nella controversia in esame, il Giudice era chiamato ad accertare la responsabilità per la mancata concessione di un’autorizzazione e, quindi, per la conseguente inadeguatezza dell’immobile all’uso a cui deve essere adibito dal conduttore.

Nel contratto non risulta che i locatori abbiano garantito in maniera specifica lo svolgimento dell’attività del conduttore. E’ presente, invece, una precisa clausola contrattuale, che esonera gli stessi “da qualsiasi responsabilità per l’eventuale mancata concessione di autorizzazioni o altro per l’esercizio dell’attività”.

<sup>1</sup> Legge 27 luglio 1978, n. 392; Legge 9 dicembre 1998, n. 431.

<sup>3</sup> Rescigno, “Manuale del diritto privato italiano”, Napoli, 1990, p.806.

<sup>2</sup> Inzitari “Autonomia privata e controllo pubblico nel contratto di locazione”, Napoli, 1979, p.125 ss, 233 ss.

<sup>4</sup> Gazzoni, “Manuale di diritto privato”, Napoli, 2003, p. 1114.

Di conseguenza, il Giudice ha ritenuto di non poter tutelare il conduttore, per il ruolo prevalente che ha nel contratto la volontà comune dei contraenti, che emerge in modo certo e immediato dal testo sottoscritto e ha valutato, invece, il tenore complessivo dell'accordo, nel rispetto dei canoni di ermeneutica stabiliti dall'art. 1362 c.c. e a conferma di una giurisprudenza risalente.

Già in passato, infatti, la Cassazione<sup>5</sup> aveva stabilito che, qualora fosse presente nel contratto soltanto una mera enunciazione che la locazione veniva stipulata per un determinato uso, nonché l'attestazione del riconoscimento dell'idoneità dell'immobile da parte del conduttore, non poteva configurarsi la responsabilità del locatore nel garantire il totale godimento dell'immobile.

Un'ulteriore conferma a questa tesi è pervenuta dalla giurisprudenza più recente<sup>6</sup>, secondo la quale, quando l'immobile locato risulti inadatto ad una specifica destinazione, è configurabile una responsabilità del locatore solo se questi abbia garantito tale idoneità in modo espresso e con specifica pattuizione.

Nel caso in cui venga violato, quindi, un accordo con cui il locatore garantisca che l'immobile possieda determinate caratteristiche, vi sarà responsabilità di questi per vizio della cosa locata, ai sensi dell'art. 1578 c.c., con conseguente possibilità del conduttore di chiedere la risoluzione del contratto<sup>7</sup> o la riduzione del corrispettivo.

Inoltre, il locatore sarà tenuto anche a corrispondere il risarcimento dei danni qualora non provi di aver ignorato l'esistenza dei vizi senza colpa oppure che l'inadempimento, ai sensi dell'art. 1218 c.c., sia dovuto a causa a lui non imputabile oppure che il conduttore, a conoscenza dell'inidoneità dell'immobile a realizzare l'attuale suo interesse, abbia accettato il rischio economico della impossibilità di utilizzazione<sup>8</sup>.

Infatti, la Cassazione<sup>9</sup> ha ribadito, più volte, che malgrado il mancato rilascio di concessioni, autorizzazioni o licenze amministrative necessarie affinché il bene immobile possa essere destinato all'uso convenuto, il rapporto di locazione si considera validamente costituito ove vi sia stata, da parte del conduttore, una concreta utilizzazione del bene, accertata dal Giudice di merito.

La garanzia *de quo*, quindi, deve essere espressa nel contratto perché possano trovare applicazione le norme di tutela codicistiche.

Queste prevedono che il locatore adempia ad alcuni obblighi al fine di rendere agibile l'immobile, come rimborsare al conduttore le spese relative alle riparazioni urgenti o garantire la cosa per i vizi.

Quest'ultima garanzia è stata fondata, sul presupposto che l'immobile locato debba avere tutte le caratteristiche necessarie al suo godimento da parte del conduttore.

Pertanto, sono considerati vizi della cosa locata quelli che vanno ad incidere sulla struttura materiale della cosa stessa, alterandola in modo tale da impedire o ridurre il godimento secondo la destinazione contrattuale.

La giurisprudenza<sup>10</sup> ha statuito che, nel caso in cui si configuri un vizio, non vi sarà inadempimento del locatore alle obbligazioni assunte, ma un'alterazione dell'equilibrio delle prestazioni corrispettive, tale da incidere sull'idoneità all'uso della cosa, e da consentire la risoluzione del contratto o la riduzione del corrispettivo.

La garanzia dovuta dal locatore per i vizi della cosa locata, va quindi distinta dall'obbligazione relativa alla manutenzione, prevista dall'art. 1576 c.c., la quale impone al locatore di provvedere in modo tempestivo<sup>11</sup> alle riparazioni necessarie a garantire l'uso convenuto, mentre fa ricadere sul conduttore l'onere della piccola manutenzione.

Nel caso in esame, anche per quanto concerne la ripartizione delle opere di manutenzione, prevale la volontà comune dei contraenti.

Con una precisa clausola contrattuale, infatti, i locatori hanno prestato il consenso per un eventuale mutamento della categoria catastale, prevedendo che tale incombente, nonché le spese conseguenti, gravassero sul conduttore.

La dottrina<sup>12</sup> distingue, poi, l'obbligazione di eseguire interventi necessari per rendere il bene idoneo all'uso, da quella relativa alle opere necessarie per mantenere tale idoneità.

L'immobile locato si considera consegnato in buono stato di manutenzione, qualora sia riconosciuta dal conduttore la sua idoneità all'uso pattuito. Il locatore dovrà conservare lo stato esistente al momento della stipulazione del contratto di locazione, e non sarà tenuto, invece, ad apportarvi modifiche o aggiunte.

Anche la giurisprudenza ha stabilito, con varie pronunce, che l'obbligo di rendere agibile la cosa locata non si estende all'esecuzione di modifiche o trasformazioni del bene concesso in locazione, anche se imposte da disposizioni di legge o dall'autorità, per rendere la cosa stessa idonea all'esercizio dell'attività per la quale è stata locata<sup>13</sup>.

Solamente qualora il locatore si sia assunto l'obbligo contrattuale di eseguire o far eseguire lavori, che siano funzionali all'uso pattuito, risponderà per inadempimento ai sensi dell'art. 1575 c.c.<sup>14</sup>.

Dott.ssa Gemma RODRIGO

5 Cass. Civ., Sez. III, 13 luglio 1977, n. 3154

6 Cass. Civ., Sez. III, 11 aprile 2000, n. 4598.

7 Cass. Civ., Sez. III, 5 novembre 2002, n. 15489; 27 luglio 1994, n. 6892.

8 Cass. Civ., Sez. III, 20 febbraio 1998, n. 1777.

9 Cass. Civ., Sez. III, 12 settembre 2000, n. 12030; 16 settembre 1996, n. 8285.

10 Cass. Civ. Sez. III, 5 novembre 2002, n. 15489.

11 Guarino A., "La locazione", Tr. G. S.-P., 1965.

12 Mirabelli, "La Locazione", Tr. VAS, 1972, p.383.

13 Cass. Civ., Sez. III, 13 luglio 1977, n. 3154; 8 maggio 1998, n. 4676.

14 Cass. Civ., 7 aprile 1998, n. 3563.

**GIUDICE DI PACE DI CIVITAVECCHIA  
SENTENZA 16 FEBBRAIO 2005- EST. MORI - F.D.&C S.N.C.  
CONTRO MINISTERO DEI TRASPORTI  
E DELLE INFRASTRUTTURE.**

Codice della strada - Infrazioni – Art.180 comma ottavo – Flotte aziendali -  
Obbligo di identificazione dei conducenti dei veicoli – Insussistenza –  
Mancata identificazione – Mera comunicazione negativa – Sufficienza –  
Sussistenza - Fattispecie

*Il legale rappresentante di una azienda proprietaria di una flotta di autoveicoli, in assenza di un obbligo di identificare giornalmente i dipendenti, che, per il disbrigo delle mansioni aziendali, sono addetti alla guida degli autoveicoli e di porli in relazione con il veicolo utilizzato in un determinato giorno, può limitarsi a comunicare tempestivamente la mancata identificazione del conducente del veicolo oggetto di accertamento, senza subire alcuna decurtazione di punti (1).*

**La sentenza così motiva:**

(omissis)

**Svolgimento del processo**

Con ricorso depositato in data 11.10.04, la F.D.&C S.n.c. in persona del legale rapp.te pro tempore F.D. proponeva opposizione al verbale di contestazione n.(omissis) del 25.6.04 notificato il 1.7.04, redatto dal Ministero dei Trasporti e delle Infrastrutture, servizio integrato Infrastrutture e trasporti Toscana-Umbria, settore Infrastrutture, Ufficio operativo di Grosseto per violazione dell'art. 180 comma 8 del C.d.S. per avere omesso di comunicare i dati del conducente del furgone tipo (omissis) targato (omissis) di proprietà della ricorrente, in relazione alla violazione di cui all'art. 148 commi 12 e 16 C.d.s. accertata da operanti il medesimo Servizio il 23.1.04 sulla S.S. Castrense - in agro del Comune di Canino- con Verbale n. (omissis) in pari data e notificato il 19.4.04 con decurtazione di punti 10 e sospensione della patente.

Preliminarmente, il ricorrente allegava di avere tempestivamente pagato la sanzione pecuniaria di €143,15, relativa al verbale n.(omissis). A sostegno dell'opposizione allegava, inoltre, con unico motivo che il verbale opposto è stato emesso in violazione di legge sotto il profilo della assoluta insussistenza dell'infrazione contestata, in quanto l'art.126 bis comma 2 C.d.s. si limita ad imporre al proprietario, persona fisica o giuridica, del veicolo oggetto di accertamento l'obbligo di comunicare all'organo di polizia che procede, entro 30 gg dalla richiesta, "i dati personali della patente del conducente al momento della commessa violazione". La medesima norma sanziona, poi, l'omessa comunicazione dei dati sopra indicati con la comminatoria della sanzione di cui all'art. 180 comma 8 C.d.s. secondo la ricorrente detta violazione non sussisteva, in quanto nel termine di legge aveva comunicato all'or-

gano accertatore di non essere in grado di conoscere e quindi di poter comunicare l'identità del conducente del veicolo che in data 23.1.04 aveva commesso l'infrazione contestata, perché la Società è proprietaria di più furgoni utilizzati, quotidianamente, dai numerosi dipendenti addetti alla consegna, sia perché il lungo periodo di tempo intercorso fra la commessa infrazione e la richiesta di comunicazione non consentiva di risalire al dipendente o ai dipendenti che conducevano il furgone (omissis).

La ricorrente, inoltre, sollevava dubbi di costituzionalità dell'art. 126 bis C.d.s. perché, a suo dire, in contrasto con gli artt.3 (violazione del principio di uguaglianza), 24 (violazione del diritto di difesa) e 27 (violazione del principio della responsabilità personale in materia penale).

La convenuta Amministrazione faceva pervenire scritti difensivi con cui chiedeva preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per tardività in quanto eccepiva che il ricorso era stato depositato oltre i termini di legge e, nel merito, la conferma del verbale opposto, in quanto a suo dire la ricorrente non aveva comunicato i dati del conducente del veicolo oggetto di accertamento e quindi non aveva ottemperato all'obbligo previsto dall'art.180 C.d.s.

Nel corso dell'udienza, venivano sentiti sia il legale rapp.te della ricorrente che esponeva le sue doglianze e chiedeva l'accoglimento del ricorso, sia il funzionario dell'Amministrazione all'uopo delegato, che chiedeva la conferma del verbale impugnato.

La causa veniva quindi trattenuta per la decisione, di cui in udienza veniva data lettura del dispositivo

**Motivi della decisione:**

Preliminarmente, il Giudice di Pace ritiene di essere competente a decidere della presente controversia in quanto la violazione amministrativa è stata contestata alla società ricorrente presso la propria sede legale in Civitavecchia.

Nel merito, si osserva che la ricorrente ha proposto opposizione al verbale di contestazione allegando come unico motivo di ricorso di avere ottemperato alla richiesta dell'Amministrazione procedente di fornire i dati del conducente.

Infatti, con raccomandata a.r. in data 14 maggio 2004, entro il termine dei trenta giorni previsto dall'art.126 bis C.d.s., la ricorrente comunicava all'ente accertatore di non essere in grado di fornire i dati del conducente del veicolo oggetto di accertamento in quanto non era in grado di conoscere quale dei propri dipendenti il giorno 23.1.04 avesse utilizzato il furgone.

Ritiene il Giudicante che la ricorrente, inviando la predetta raccomandata entro il termine di legge, ancorché con contenuto negativo rispetto alla richiesta, abbia adempiuto all'obbligo previsto dall'art. 126 bis C.d.s. e non sia incorsa nella violazione dell'art. 180 c.d.s.. Infatti la richiamata norma al comma 8 statuisce che "chiunque, senza giustificato motivo, non ottempera all'invito dell'Amministrazione di presentarsi entro il termine stabilito nell'invito medesimo,

ad uffici di polizia per fornire informazioni o esibire documenti ai fini dell'accertamento delle violazioni amministrative previste dal presente codice, è soggetto alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma da €343,35 ad €1.376,55".

Orbene la ricorrente, in primo luogo, ha risposto tempestivamente all'invito inviando, all'Amministrazione che ha richiesto la suddetta comunicazione con la notifica il 19.4.04 del verbale di accertamento, la raccomandata il 14.5.04, pervenuta il 18.5.04. Inoltre, la ricorrente con la suddetta comunicazione ha fornito il motivo della mancata identificazione del conducente.

Tale motivo appare giustificato in quanto il codice della strada non impone alle aziende, con apposita previsione normativa, l'obbligo di conservare traccia del traffico dei propri veicoli e del loro affidamento del veicolo aziendale.

A tale proposito si osserva che il codice punisce, ai sensi dell'art.116 C.d.s. comma 12, l'incauto affidamento del veicolo a persona che non abbia conseguito la patente di guida o il certificato di abilitazione professionale, se prescritto, ma non impone l'obbligo per il proprietario di conoscere l'identità del conducente del veicolo. D'altronde l'amministrazione non ha neppure posto in dubbio la veridicità della giustificazione offerta dalla ricorrente sia con la comunicazione del 14.05.04, sia con il ricorso, essa, pur prendendo atto di quanto comunicato, ha contestato senza dare alcuna motivazione del provvedimento, come invece era suo preciso obbligo la violazione dell'art. 180 comma 8 C.d.s. e a chiedere la conferma del suo verbale di contestazione senza allegare e provare alcunché, sulla presunta inadeguatezza del motivo opposto dalla ricorrente, come era suo preciso onere.

Pertanto, non essendo previsto per le aziende che sono proprietarie di una flotta di autoveicoli di identificare giornalmente i dipendenti, che, per il disbrigo delle mansioni aziendali, sono addetti alla guida degli autoveicoli e di porli in relazione con il veicolo utilizzato in un determinato giorno, esigenza tanto più opportuna in quanto la notifica del verbale di contestazione avviene entro 150 giorni dalla violazione e, quindi, anche dopo un notevole lasso di tempo dal fatto, per cui non può considerarsi non giustificato, anche sotto questo profilo, il motivo addotto dalla ricorrente in merito alla mancata identificazione del conducente del veicolo oggetto di accertamento e tempestivamente comunicato.

Fermo restando l'obbligo di comunicazione, previsto dall'art.126 bis e sanzionato dall'art.180 C.d.s. dell'obbligo di comunicazione dei dati del conducente, se cognito, allorquando questi si renda responsabile di violazioni amministrative che comportino la decurtazione dei punti della patente e non venga immediatamente identificato, l'interpretazione restitritiva alla violazione dell'obbligo di cui all'art.180 C.d.s. data dall'Amministrazione nella fattispecie è in evidente contrasto con il principio di legalità (*nullum crimen sine lege et nulla poena sine lege*) che, valido anche in materia di sanzioni amministrative, è riportato nell'art.1 L.24 novembre 1981 n. 689.

Si osserva anche, infine, che la sentenza della Corte Costituzionale n.27/05 ha risposto ai dubbi di costituzionalità dell'art.126 bis C.d.s. sollevati dalla ricorrente,

che pertanto, si ritengono superati ed assorbiti.

Da quanto esposto consegue che il verbale di accertamento opposto deve essere annullato in quanto emesso in violazione dell'art.1 L.689/81.

Nulla per le spese, stante la gratuità del giudizio e la mancanza di patrocinio. (Omissis)

### (1) Brevi riflessioni sugli art. 126 bis e 180 co.8 C.d.s.

A seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice della Strada, approvato con Dlgs 285/92, l'inottemperanza all'invito impartito dalla competente Autorità di presentarsi ad uffici di polizia al fine di fornire informazioni o esibire documentazione per l'accertamento di violazioni amministrative previste dal medesimo codice, è attualmente punito dall'art.180 comma 8 del C.d.s.

In conformità del principio di specialità- sancito dall'art. 9 della Legge n. 689/81- l'inottemperanza del suddetto obbligo costituisce infatti un mero illecito amministrativo, laddove in precedenza esso integrava illecito penale punibile ai sensi dell'art. 650 c.p..

La norma si ricollega alla disposizione di cui all'art.126 bis del C.d.s. che, nell'ultima parte al n.2, testualmente recita "*la comunicazione deve essere effettuata a carico del conducente quale responsabile della violazione; nel caso di mancata identificazione di questi, la segnalazione deve essere effettuata a carico del proprietario del veicolo, salvo che lo stesso non comunichi entro trenta giorni (attualmente divenuti sessanta a seguito del D.L. 21.9.2005 n.184) dalla richiesta, all'organo di polizia che procede, i dati personali e della patente del conducente al momento della commessa violazione*". La medesima norma poi - attraverso un tipico rinvio *per relationem* - prevede che nel caso di omessa comunicazione senza giustificato motivo, trovi applicazione la norma di cui all'art.180.

L'art.126 bis C.d.s. ha previsto e disciplinato il sistema della cd. patente a punti, stabilendo all'atto del rilascio l'attribuzione di 20 punti annotati in un'apposita anagrafe nazionale e destinati alla decurtazione nel caso di violazione di alcuna delle norme per le quali è prevista la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida ovvero delle altre norme di comportamento previste dal Titolo V del codice stradale.

Solo con il Decreto legge n.151/03 (convertito e modificato con L.214/03) l'ultima parte del comma 2 dell'art.126 bis è stata sostituita con la previsione per cui in caso di mancata identificazione del conducente, la segnalazione all'anagrafe nazionale dei soggetti abilitati alla guida debba essere effettuata a carico del proprietario del veicolo, anche quando questi non abbia personalmente commesso alcuna infrazione e tuttavia abbia omesso -senza giustificato motivo- di comunicare i dati dell'effettivo conducente.

E' questo il contenuto della norma di cui all'art. 180 co. 8 il quale costituisce, pertanto, una vera innovazione.

Con essa, infatti, l'Ordinamento persegue (e assai spesso sanziona) non già

specifiche condotte trasgressive che siano state poste in essere nella circolazione stradale: al contrario, essa si riferisce specificamente al rifiuto della condotta collaborativa che incombe al conducente nei confronti degli organi di Pubblica Amministrazione incaricati dell'espletamento dei servizi di polizia stradale, al fine di accertare le violazioni delle norme previste dal Codice della strada.

La norma e le sanzioni da questa previste, trovano applicazione nella sola ipotesi di mancata identificazione del conducente: quando cioè non sia stato possibile procedere alla contestazione immediata dell'infrazione ed il proprietario del veicolo, abbia omesso di comunicare nel termine impartito dall'Autorità procedente i dati personali e della patente del conducente trasgressore.

Onde, l'applicazione dell'ulteriore sanzione prescinde da qualsivoglia accertamento della responsabilità personale del proprietario del veicolo in ordine alla violazione delle norme riguardanti la circolazione stradale.

Ciò, risulta di particolare evidenza se si considera la *ratio* sottesa alla norma ex art.126 bis soprattutto alla luce della recente lettura che di essa ha fornito la Consulta nella sentenza n° 27 del 24 gennaio 2005, con sentenza intervenuta pochi giorni prima della pubblicazione della sentenza in rassegna, la quale – peraltro – ne fa incidentale menzione.

La citata pronuncia, ha riconosciuto una violazione dell'art.3 Cost. sotto il profilo della irragionevolezza della disposizione *de qua*. La stessa infatti dà vita ad una sanzione sui *generis* poichè nonostante il carattere schiettamente personale della sanzione, non appare riconducibile ad un contegno direttamente posto in essere dal proprietario pur attenendo alla trasgressione di una specifica norma.

Conclusione cui peraltro conduce la ricostruzione della disposizione alla luce della disciplina generale dell'ordinamento sanzionatorio previsto per gli illeciti amministrativi. L'art.3 della L.689/81 infatti sancisce il principio di applicazione generale del carattere personale della responsabilità amministrativa; mentre l'art.6 al comma 1 sancisce il principio di solidarietà disponendo che il proprietario del veicolo è tenuto al pagamento della sanzione pecuniaria dovuta dall'autore della violazione.

L'art.126 bis comma 2, invece, intervenendo in materia diversa dalla responsabilità per il pagamento di somme e in una ipotesi di sanzione personale, configura un'autonoma sanzione personale- appunto- che prescinde da una violazione direttamente ascrivibile al soggetto proprietario.

La sentenza dunque ha consentito d'individuare il fondamento giuridico dell'art.126 bis nell'ambito della responsabilità soggettiva così come prevista e disciplinata dagli artt.40 e 41 c.p. applicabili anche in tema di responsabilità civile o comunque personale (Cass. Civ. SS.UU. 11 settembre 2002 n.30328 e Cass.Civ. 8 agosto 2000 n.10414).

Trattasi pertanto di un obbligo giuridico il cui mancato adempimento importa l'irrogazione della sanzione di cui all'art.180 comma 8.

A tale riguardo è necessario allora evidenziare come l'art. 180 comma 8 san-

zioni non tanto degli specifici comportamenti trasgressivi che siano stati posti in essere nel corso della condotta stradale, quanto piuttosto l'omessa condotta collaborativa imposta al conducente nei confronti degli organi della pubblica amministrazione, assolvendo dunque ad una funzione di accertamento – occorrendo mediato - dell'effettivo trasgressore al fine di una coerente applicazione della sanzione prevista.

In tale punto e su tale questione interviene la sentenza in rassegna, motivando le ragioni che portano ad escludere – per l'ipotesi di proprietà del mezzo facente capo ad un ente collettivo dotato di un consistente numero di automezzi – la portata inderogabile e meccanica dell'attribuzione della sanzione accessoria al legale rappresentante. Muovendo dall'analisi degli obblighi esistenti in capo al titolare di una flotta aziendale e verificata l'insussistenza di tenere un registro aggiornato che consenta l'individuazione giornaliera e l'univoco abbinamento tra un veicolo ed un conducente-dipendente, la pronuncia giunge ad una interpretazione evolutiva dell'antico principio ad *impossibilia nemo tenetur*, dandone una lettura coraggiosa, dinamica e calata nella realtà economica che deve governare, con risultati che potranno far discutere ma che si pongono come approdo lucido e coerente con le premessa da cui muovono.

Dott. Diego BIANCHI FASANI

**GIUDICE DI PACE DI ROMA – SESTA SEZIONE  
EST. CERENZA – SENT. 23 NOVEMBRE 2004**

Risarcimento danni - contratto di parcheggio – danni alla vettura – responsabilità contrattuale – sussistenza – esclusione - art. 2051 cod.civ. – applicabilità – conseguenze - fattispecie.

*Nel caso di danni causati ad un'autovettura da un incendio all'interno di un'area messa a disposizione dell'automobilista, la responsabilità del proprietario del parcheggio non ha natura contrattuale, ma trova applicazione la responsabilità per i danni da cose in custodia prevista dall'art.2051 cod. civ. (1)*

**La sentenza così motiva:**

(omissis)

**Svolgimento del processo**

Con atto di citazione, notificato alle convenute in data rispettivamente 7 e 2 luglio 2003, l'attore esponeva che in data 12 marzo 2002 aveva parcheggiato la propria autovettura Renault Clio, targata AK 778 ZS presso il parcheggio Metro Ponte Mammolo con accesso da Via delle Messi d'Oro, gestito da "La Gaia s.r.l." per conto della società S.T.A. S.p.A. e che alle 10,30 circa un incendio coinvolgeva detta vettura provocando danni per la cui riparazione era stata preventivata una spesa di € 560,67.

Ritenuta la responsabilità esclusiva delle convenute, l'attore chiedeva loro il risarcimento e non avendolo ottenuto le evocava in giudizio per l'accertamento della loro responsabilità e per ottenere la condanna delle medesime al risarcimento dei danni quantificati nella complessiva somma di € 760,67 di cui € 200,00 per fermo tecnico, con vittoria di spese, competenze ed onorari, da distrarsi a favore del procuratore dichiaratosi antistatario.

Nelle "note conclusive a verbale" l'attore precisava l'inquadramento dell'azione diffondendosi nel dimostrare l'obbligo di custodia da parte del gestore del parcheggio nonché di restituzione nello stato in cui il veicolo gli è stato consegnato, adombrando, quindi, una responsabilità contrattuale per inosservanza di detti obblighi, ma, poi, assumeva le seguenti conclusioni: "Piaccia all'Ill.mo Giudicante, contrariis rejectis, ritenuta e dichiarata l'esclusiva responsabilità per culpa in vigilando ex art. 2051 c.c. della S.r.l. La Gaia e della S.p.A S.T.A....", con riferimento esclusivo quindi alla responsabilità extracontrattuale delle convenute.

Si costituiva in giudizio la Società La Gaia, eccependo preliminarmente il difetto di legittimazione passiva e, nel merito, la mancata prova, incombente sull'attore, delle cause dell'incendio e dell'imputabilità ad essa convenuta, ovvero che il danno sarebbe stato provocato dalle strutture del parcheggio, sì da configurare

una responsabilità ex art. 2051 c.c.; si diffondeva poi nel dimostrare che nella fattispecie era stato stipulato un contratto di locazione della struttura per consentire il parcheggio incustodito dei veicoli e che quindi nessuna responsabilità per inosservanza dell'obbligo di custodia poteva essere ipotizzata. In subordine, rappresentava che l'evento era assolutamente incontrollabile e quindi non imputabile al custode ex art. 1780 c.c. Contestava, poi, la pretesa dell'attore con riferimento al quantum perché eccessiva soprattutto per il fermo tecnico. Comunque chiedeva di essere autorizzata a chiamare in causa ex art. 106 c.p.c. la Winterthur Assicurazioni S.p.A., onde essere garantita sulla base della polizza per responsabilità civile in essere con tale Compagnia all'epoca del sinistro.

Si costituiva altresì la S.T.A., eccependo la carenza di legittimazione passiva e, nel merito, l'infondatezza della domanda attrice.

All'udienza del 25.11.2003 la Società La Gaia S.r.l. veniva autorizzata a chiamare in causa la Winterthur Assicurazioni S.p.A. e questa si costituiva alla successiva udienza del 10.2.2004, eccependo la carenza di legittimazione attiva della s.r.l. La Gaia, la sua mancanza di titolo ad agire e la estraneità di essa Winterthur al processo, nonché la propria carenza di legittimazione passiva. In via gradata contestava che l'evento per cui era causa rientrasse nella garanzia prevista dalla polizza, in quanto questa copriva la responsabilità civile con esclusione dei danni da incendio.

Esaurita l'istruttoria, peraltro meramente documentale con alcuni rinvii per esame della documentazione di volta in volta depositata, sulle conclusioni delle parti all'udienza del 17.11.2004 la causa veniva trattenuta in decisione.

**Motivi della decisione**

La domanda dell'attore è fondata e merita accoglimento.

(Omissis)

**3)** La domanda con la quale si adombra una responsabilità contrattuale delle convenute per inosservanza dell'obbligo di custodia del veicolo parcheggiato è priva di fondamento, in quanto nella fattispecie il rapporto contrattuale instaurato tra l'attore e la società La Gaia non può essere assimilato ad un contratto di deposito, ma piuttosto ad un contratto di locazione dello spazio idoneo al parcheggio. Invero è possibile inquadrare il rapporto nel contratto di deposito nei casi in cui la strutturazione della prestazione offerta sia chiaramente nel senso che il gestore del parcheggio si impegna alla custodia del veicolo ed alla sua restituzione al depositante. Di siffatto impegno non solo non vi è traccia nel caso in esame, ma anzi vi sono elementi che espressamente escludono entrambe le obbligazioni. Il Regolamento depositato in atti, che si presume essere affisso all'ingresso del parcheggio precisa che "La S.T.A. S.p.A mette a disposizione degli utenti il parcheggio con ingressi ed uscite controllate, senza l'obbligo di custodia. L'utilizzo degli spazi del parcheggio non implica consegna né ricevimento in deposito del veicolo". La prestazione fornita all'utente, quindi, è soltanto la messa a disposizione

dello spazio per il parcheggio contro il pagamento secondo tariffa (salvo che per gli aventi diritto alla sosta gratuita) ed il controllo dell'ingresso e dell'uscita dei veicoli per la durata del servizio dalle sei del mattino fino alle ventidue, presumendosi, in mancanza di un obbligo di custodia e restituzione, che le vetture non ritirate entro le ore ventidue possano essere ritirate anche dopo tale ora senza alcun controllo.

4) Peraltro l'attore, come si è detto, nelle "note conclusive a verbale" ha invocato anche la responsabilità extracontrattuale ex art. 2051 cod.civ. e sotto tale profilo la domanda appare fondata, in quanto tale norma pone una presunzione di responsabilità a carico del soggetto che abbia l'obbligo e la possibilità materiale della sorveglianza sulla cosa in custodia (nella fattispecie: l'area adibita a parcheggio e le relative strutture, nonché le vetture parcheggiate) per i danni che da questa derivino a terzi e tale presunzione può essere vinta esclusivamente con la prova del caso fortuito. In proposito si richiama la più recente sentenza della Corte di Cassazione (n. 15429/2004) che è orientata verso una concezione oggettiva della responsabilità per danno da cosa (cfr. Cass. n. 12019/1991; 5031/1998; 472/2003), nel senso che "basta il semplice rapporto di custodia a fare sorgere tale responsabilità". Precisa la citata sentenza: "Ai fini dell'art. 2051 c.c., è custode chi si trova in una relazione di fatto con la cosa che gli consente di prevedere e controllare i rischi ad essa inerenti. Si parla al riguardo di rischio da custodia e non di colpa nella custodia... Il termine custodia non presuppone né implica uno specifico obbligo di custodire la cosa, analogo a quello previsto per il depositario. La funzione della norma di imputare la responsabilità a chi si trovi nelle condizioni di controllare i rischi inerenti alla cosa porta... a ritenere che sia custode chi di fatto controlla le modalità di uso e di conservazione della cosa. Il comportamento del custode rimane estraneo, quale che sia, alla struttura della norma e non vale a conferirgli rilevanza la presunzione di colpa per mancata diligenza nella custodia, atteso che il solo limite previsto è il fortuito e questo non si identifica con l'assenza di colpa". La gestione del parcheggio e la sua messa a disposizione a favore degli utenti, pur se non comporti l'obbligo di custodia tipico del depositario per i veicoli introdotti nel parcheggio medesimo, tant'è che sopra si è escluso la configurabilità di una responsabilità contrattuale, comporta pur sempre l'obbligo di vigilanza sull'area e sulle strutture del parcheggio, nonché sulle vetture parcheggiate affinché non derivino danni a terzi e, quindi, anche ai proprietari dei veicoli ivi in sosta: la norma di cui all'art. 2051 cod.civ., come è noto, allude principalmente al caso dell'incendio che, sviluppatosi nella cosa sulla quale si esercita comunque un potere di fatto, si propaga a cose altrui o che investa la cosa altrui, senza che la cosa in custodia si incendi. La sopra citata sentenza, infatti, precisa che: "Non è necessario che la cosa sia suscettibile di produrre danno per sua natura e, cioè, per un suo intrinseco potere, né tanto meno che sia pericolosa, com'è, invece, richiesto dall'art. 2050 c.c.; quello che è necessario è che il danno sia provocato dalla cosa, tanto se essa è già di per sé in grado di produrlo, quanto se lo produce per effetto della combinazione

con altri elementi. E pertanto tutte le cose possono costituire causa di danno a norma dell'art. 2051 indipendentemente dalla loro struttura e qualità, siano inerti o in movimento, pericolose o no. In altri termini, è determinante il fatto che il danno sia conseguenza di una condizione di rischio della cosa che rende riferibile ad essa il processo causale che culmina nella produzione del danno". E, più oltre, soggiunge: "...il danneggiato è tenuto a provare soltanto l'esistenza di un effettivo nesso causale tra cosa e danno e, cioè, che l'evento dannoso si è prodotto come conseguenza normale della particolare condizione potenzialmente lesiva della cosa; spetta, invece, al custode provare positivamente il fatto estraneo alle sua sfera di controllo avente impulso causale autonomo. Conseguentemente non esime da responsabilità la causa ignota...". L'attore ha fornito la prova, con il deposito del rapporto d'intervento dei Vigili del fuoco e del Verbale di riferimento dei Vigili urbani, che l'incendio sviluppatosi nel parcheggio aveva coinvolto la propria autovettura danneggiandola; le convenute, viceversa, non hanno fornito la prova liberatoria del caso fortuito, per cui persiste la presunzione di responsabilità a loro carico prevista dall'invocata norma. Non è stata acclarata la causa dell'incendio e perciò non vi è alcuna prova del caso fortuito e non risulta neppure che il parcheggio fosse dotato dei mezzi di prevenzione e/o di pronto intervento in caso di incendio, tant'è che sono dovuti intervenire i Vigili del fuoco per spegnere le fiamme.

(Omissis)

**(1) Il contratto atipico di parcheggio:  
alla ricerca delle norme applicabili,  
fra autonomia negoziale e tutela dei consumatori.**

Il giudice adito, nell'esaminare le domande proposte dall'attore, ha ritenuto non sussistere responsabilità contrattuale delle società convenute per inosservanza dell'obbligo di custodia del veicolo parcheggiato. Secondo l'autorità giudicante, infatti, il contratto stipulato fra il Petruzziello e la società La Gaia non sarebbe assimilabile ad un contratto di deposito ma, come asserito altresì dal legale di detta società, ad un contratto di locazione dello spazio idoneo.

Nella sentenza in commento si precisa altresì che "è possibile inquadrare il rapporto nel contratto di deposito nei casi in cui la strutturazione della prestazione offerta sia chiaramente nel senso che il gestore del parcheggio si impegna alla custodia del veicolo e alla sua restituzione al depositante", sottolineando come detto impegno non risulti, invece, dal Regolamento (che, precisa il giudice, "si presume essere affisso all'ingresso del parcheggio"), laddove è espressamente escluso l'obbligo di custodia.

In realtà, l'argomentazione secondo cui il Giudice ha ritenuto infondata la domanda attrice inerente alla responsabilità contrattuale delle società convenute appare opinabile sotto almeno due profili.

In primo luogo, detta argomentazione si pone in posizione antitetica rispetto al costante indirizzo della Suprema Corte e della prevalente dottrina, che hanno

sempre inquadrato il contratto atipico di parcheggio nello schema generale del contratto di deposito e non già in quello di locazione, con la conseguenza di ritenere sussistente, da una parte, in capo al depositario, l'obbligo di custodia del veicolo e, dall'altra, in capo al proprietario dello stesso, il diritto di ottenere il risarcimento in caso di furto o danneggiamenti. In proposito, è interessante e condivisibile, ad opinione di chi scrive, l'analisi della struttura del contratto di parcheggio operata dalla Cassazione nella sentenza n. 8615/1990, laddove si esclude l'applicazione analogica delle norme concernenti il contratto di locazione a favore, invece, dell'applicazione analogica della disciplina prevista dal Legislatore per il contratto di deposito di cui agli artt. 1766 ss. del codice civile<sup>1</sup>.

Mentre, infatti, il contratto di deposito si perfeziona con la tradito della cosa (da cui discende l'obbligo della restituzione senza la necessità di un previo scambio espresso del consenso dei contraenti), il contratto di parcheggio viene concluso nel momento in cui il veicolo viene immesso e lasciato nello spazio predisposto all'interno del parcheggio, non essendo necessario, per la perfezione del contratto, né la consegna delle chiavi, né il pagamento anticipato<sup>2</sup>.

Del resto, appare difficile, nella pratica, assimilare il contratto di parcheggio al contratto di locazione, come non ha mancato di evidenziare la Suprema Corte nella sentenza sopra citata, ove espressamente si afferma che "non è il titolare del parcheggio che consegna l'area al cliente (come dovrebbe essere se si trattasse di locazione) ma esattamente il contrario: è il cliente che consegna la sua automobile al predetto titolare, ricevendone in cambio un documento che lo legittima a riprenderla. È quindi evidente la preponderanza dell'elemento dell'affidamento del veicolo con conseguente obbligo di custodia e di riconsegna secondo lo schema generale del contratto di deposito".

In secondo luogo, appare non condivisibile l'affermazione del Giudice di pace secondo cui sarebbe possibile inquadrare il rapporto di parcheggio nel contratto di deposito soltanto nell'ipotesi in cui il gestore del parcheggio si impegnasse a custodire il veicolo. Sempre secondo il Giudice di pace, nel caso in esame, la responsabilità va senza dubbio esclusa per l'esistenza di una norma nel Regolamento (presumibilmente affisso all'ingresso del parcheggio) che esclude espressamente l'obbligo di custodia in capo al gestore.

In realtà, posto che al contratto di parcheggio sono applicabili in via analogica le disposizioni concernenti il contratto di deposito, non è chi non veda come, in assenza di una norma circa la responsabilità del gestore del parcheggio, non

possa che ritenersi sussistente l'obbligo in capo a quest'ultimo di risarcire eventuali danni che siano stati cagionati alla vettura parcheggiata, a meno che lo stesso non riesca a fornire la prova di dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità dell'evento, ossia del caso fortuito<sup>3</sup>.

Un discorso a parte va fatto per l'altra ipotesi richiamata dal Giudice di pace. Secondo quest'ultimo, infatti, sarebbe rilevante (e determinante) l'espressa esclusione- contenuta in una disposizione del regolamento- della responsabilità da parte del gestore del parcheggio per eventuali danni alle vetture parcheggiate.

A ben vedere, una disposizione di questo tenore (contenuta nelle condizioni generali del contratto), limitando le obbligazioni essenziali del contratto di deposito (e quindi, alla luce del ragionamento di cui sopra, del contratto di parcheggio), dovrebbe considerarsi vessatoria ai sensi dell'art. 1469 bis del codice civile e pertanto dovrebbe essere specificamente approvata per iscritto dal proprietario della vettura, pena la sua inefficacia<sup>4</sup>. Tra l'altro, non è chi non veda come, per la stessa dinamica entro cui si sviluppa il contratto di parcheggio, il conducente ben difficilmente potrebbe trovarsi nella condizione di prendere conoscenza di eventuali clausole di esclusione della responsabilità del gestore.

### Brevi riflessioni sulla responsabilità per danni cagionati da cose in custodia.

Il Giudice di pace, nella causa qui in esame, pur ritenendo infondata la domanda attrice di risarcimento danni basata sulla responsabilità contrattuale delle società convenute, ha ritenuto, invece, fondata la domanda di risarcimento basata sulla responsabilità extracontrattuale ex art. 2051 c.c.

L'autorità adita, ha affermato che "la gestione del parcheggio e la sua messa a disposizione a favore degli utenti... comporta l'obbligo di vigilanza sull'area e sulle strutture del parcheggio, nonché sulle vetture parcheggiate affinché non derivino danni a terzi e, quindi, anche ai proprietari dei veicoli ivi in sosta", richiamando a sostegno alcune recenti sentenze della Cassazione orientate verso una concezione oggettiva della responsabilità di cui all'art. 2051 del codice civile.

Più precisamente, la Suprema Corte ha da ultimo posto in evidenza la necessità di distinguere fra "rischio da custodia" e "colpa nella custodia", rifacendosi espressamente alla giurisprudenza francese che distingue fra "presunzione di responsabilità" (c.d. *risque dans la garde*) e "presunzione di colpa"<sup>5</sup>. La Cassazione, in altre parole, affermando la natura oggettiva della responsabilità per danno da cose in custodia, ha individuato nell'art. 2051 un'ipotesi di presunzione di responsabilità oggettiva, prendendo le distanze dall'orientamento precedente<sup>6</sup>

3 Cfr. in tal senso Cass. n. 7557/1983; Cass. n. 5578/1984.

4 Cfr. in tal senso Cass. n.4540/1993.

5 Sul punto si veda COSTANTINI, *L'interpretazione dell'art.*

2051 c.c. oltre il fascino dei consueti "dazzling tricks", in *Danno e responsabilità*, n. 5/2004, p. 515ss.; VALSECCHI, *Responsabilità per rovina dell'edificio e contenuto della prova liberatoria*, in *Riv. Dir. comm.*, 1948, I, p.220ss.

1 "la tesi della locazione d'area non può essere seguita perché è di tutta evidenza che l'obbligazione principale del gestore del parcheggio, in relazione a quello che è l'interesse prevalente del cliente, è certamente quella di custodire l'autovettura che il cliente lascia nel parcheggio proprio per evitare di lasciarla in luogo pubblico, con i conseguenti rischi relativi alla mancanza di custodia. In realtà non è il titolare del parcheggio che consegna l'area al cliente (come dovrebbe essere se si trattasse di

locazione ma esattamente il contrario: è il cliente che consegna la sua automobile al predetto titolare, ricevendone in cambio un documento che lo legittima a riprenderla. È quindi evidente la preponderanza dell'elemento dell'affidamento del veicolo con conseguente obbligo di custodia e di riconsegna secondo lo schema generale del contratto di deposito".

2 Cfr. Cass. n.1787/1985; Cass. 7557/1983



che, invece, individuava in detto articolo un'ipotesi di presunzione di colpa<sup>7</sup>.

È evidente come fra i due diversi orientamenti, che nel corso degli anni hanno trovato consensi e critiche da parte di dottrina e giurisprudenza<sup>8</sup>, vi sia una differenza importante, posto che nell'ipotesi di responsabilità per colpa presunta la custodia, vista come potere fisico sulla cosa, fa sorgere in capo al custode l'obbligo di vigilanza e di controllo sulla res, nonché l'obbligo di adottare le cautele necessarie per evitare che dalla cosa in custodia possa derivare pregiudizio a terzi e l'obbligo di risarcire eventuali danni prodotti dalla res.

La ratio di tale impostazione va ricercata nell'applicazione e nell'osservanza del principio secondo cui nulla poena sine lege e nel favor verso i soggetti danneggiati, i quali sono sollevati dal gravoso onere di provare la colpa del custode.

In giurisprudenza, inoltre, non è mancato chi ha sottolineato l'attuazione-attraverso la previsione di una responsabilità per colpa presunta- della giustizia distributiva, muovendo dalla considerazione che in tal modo si evita l'incidenza di effetti negativi prodotti da una cosa inanimata nella sfera giuridica di un terzo incolpevole, sembrando più giusto, al contrario, far ricadere detti effetti sul custode<sup>9</sup>.

Occorre tuttavia rilevare un'incongruenza, più volte indicata dalla dottrina: se si ammette la responsabilità per colpa presunta, a rigor di logica, dovrebbe altresì riconoscersi, ai fini della liberazione della responsabilità, la prova dell'assenza di colpa, ossia la prova da parte del custode di aver tenuto un comportamento rispettoso dei criteri di diligenza, prudenza ed imperizia. Invece, ed ecco la contraddizione, ai fini della liberazione della responsabilità si richiede al custode la prova positiva del caso fortuito, inteso quale fatto sopravvenuto che interrompe il nesso di causalità tra il fatto della custodia ed il danno concretamente verificatosi.

La Cassazione, come precisato anche dal Giudice nella sentenza in commento, attualmente segue l'indirizzo interpretativo che riconosce nell'art. 2051 c.c. un'ipotesi di responsabilità oggettiva, ritenendo sufficiente per la configurabilità della stessa la sussistenza del rapporto di custodia tra il responsabile e la cosa che

ha dato luogo all'evento lesivo. Ne consegue che per tale orientamento è irrilevante la violazione, da parte del custode, dell'obbligo di custodire la cosa: il custode, infatti, per liberarsi deve provare il caso fortuito (ossia l'estraneità del fatto alla sua sfera di controllo), restando in capo al danneggiato soltanto l'onere di provare l'esistenza di un effettivo nesso causale tra la cosa ed il danno.

Nel caso in esame, difatti, il Petruzziello ha provato, attraverso il verbale dei Vigili del fuoco intervenuti, il nesso di causalità fra i danni subiti dalla propria auto e l'incendio sviluppatosi all'interno del parcheggio. Al contrario, le società convenute non hanno fornito alcuna prova di caso fortuito, non precisando la causa dell'incendio.

Dott.ssa Daniela BIANCHINI

6 Cfr. Cass. n. 4196/1997: "la presunzione di colpa prevista dall'art. 2051 c.c. per i danni cagionati dalle cose in custodia, gravante su colui che esercita il potere fisico sulla cosa stessa, costituisce estrinsecazione del dovere di vigilare e di tenere la cosa sotto controllo in guisa da impedire che produca danni ai terzi. L'operatività della presunzione...postula la dimostrazione del caso fortuito, comprensivo del fatto del terzo e della colpa dello stesso danneggiato, cioè di un atto dotato di impulso causale autonomo ed avente carattere di inevitabilità"; Cass. n. 347/1992: "la presunzione *iuris tantum* di colpa, sussistente a carico di chi ha il dovere di vigilare sulla cosa, può essere vinta soltanto dalla prova che il danno è derivato esclusivamente da un evento dotato di impulso causale autonomo con carattere di imprevedibilità e inevitabilità".

7 Cfr. Cass. n. 2607/2002, in *Foro it.*, 2002, I, p. 1731; Cass. n. 2075/2002, in *Foro it.*, 2002, I, p. 1726; Cass. n.

4616/1999, voce *Responsabilità civile*, in *Rep. Foro it.*, 1999.

8 Non è mancato chi ha preferito optare per una concezione semi-oggettiva della responsabilità ex art. 2051 c.c., come precisa COSTANTINI in *L'interpretazione dell'art. 2051 c.c. oltre il fascino dei consueti "dazzling tricks"*, in *Danno e responsabilità*, cit., richiamando alla memoria autori quali BUSNELLI, il quale definisce "le ipotesi di cui agli artt. 2050, 2051, 2052 e 2054 in termini di responsabilità semi-oggettiva, in quanto, vero che la prova della condotta diligente non è di per sé sufficiente ad evitare l'affermazione di responsabilità, vero è anche che essa potrebbe fornire un preciso elemento di presunzione (ex art. 2729 c.c.) atto ad identificare una causa estranea, anche se non individuata nelle sue concrete modalità".

9 Si veda in proposito Cass. n. 785/1971 e Cass. n. 1641/1971.