ANNO LXXI LUGLIO-SETTEMBRE 2023 NUMERO 3

TEMI ROMANA

RIVISTA GIURIDICA

3

A CURA DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI ROMA

ORDINE AVVOCATI DI ROMA

TEMI ROMANA
RIVISTA GIURIDICA
A cura dell'Ordine degli Avvocati di Roma

DIRETTORE RESPONSABILE
Paolo Nesta

DIRETTORE SCIENTIFICO
Antonio Caiafa

COORDINATORE
Paolo Voltaggio

CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI ROMA
PRESIDENTE Paolo Nesta; CONSIGLIERE SEGRETARIO Alessandro Graziani
CONSIGLIERE TESORIERE Paolo Voltaggio; VICEPRESIDENTI Maria Agnino, Irma Conti, Enrico Lubrano

CONSIGLIERI
Angelica Addessi, Alessandro Alberici, Alessia Alesii, Lucilla Anastasio
Cristiana Arditi di Castelvetere, Laura Arpino, Antonio Caiafa, Carla Canale, Silvia Cappelli
Donatella Carletti, Giorgia Celletti, Donatella Cerè, Massimiliano Cesali, Vincenzo Comi
Pietro Di Tosto, Stefano Galeani, Grazia Maria Gentile, Marco Lepri, Cristina Tamburro

COMITATO SCIENTIFICO
Battiati Antonino, Costantino Giorgio, D'alessandro Floriano, de Gioia Valerio, Di Amato Sergio
Di Marzio Fabrizio, Fortunato Sabino, Fuzio Riccardo, Gallo Fabio Massimo, Meliadò Giuseppe
Mobrici Saveria, Nuzzo Matteo, Panzani Luciano, Petteruti Andrea, Proia Giampiero, Scarafoni Stefano
Spasari Maria Letizia, Tamponi Michele, Terrusi Francesco

Temi Romana - Autorizzazione Tribunale di Roma n. 320 del 17 luglio 2001 - Direzione, Redazione: P.zza Cavour - Palazzo di Giustizia - 00193 Roma
Impaginazione e stampa: Infocarcere scrl - Via Collatina, 146 - 00155 Roma
ISSN 0495-0658

TEMI ROMANA n. 3-2023
Rivista giuridica
a cura dell'Ordine degli Avvocati di Roma

IN QUESTO NUMERO

EDITORIALE
di *Antonio Caiafa* 3

DIRITTO CONCORSUALE
Il codice della crisi di impresa e della insolvenza in itinere
di *Antonio Caiafa* 5

Il concordato semplificato: qualificazione, presupposti e ambiti di applicazione
di *Francesco Terrusi* 12

DEONTOLOGIA
Sul conflitto di interessi
di *Carlo Arnulfo* 20

DIRITTO TRIBUTARIO
L'istituto dell'interpello tributario alla luce della legge delega al Governo per la riforma fiscale
di *Massimo Forte* e *Guerrino Petillo* 29

DIRITTO DEL CONSUMATORE
Sul carattere abusivo delle clausole del contratto stipulato tra professionista e consumatore
di *Francesco Francavilla* 32

DIRITTO DEL LAVORO
Mobbing, straining e demansionamento
di *Andrea Marsili* 45

SOVRAINDEBITAMENTO
La prededucibilità dei crediti dell'Occ
di *Francesca Romana Capezzuto* 52

La Rivista si muoverà, interamente rinnovata, nell'alveo dell'eterno binomio mercato processo attraverso le molteplici interpretazioni della disciplina normativa offerta dalla giurisprudenza di merito e legittimità e dalla stessa dottrina

Oltre a mettere insieme diverse e, come detto, necessarie esperienze professionalità non mancherà il continuo confronto con il diritto vivente, che a pieno titolo rappresenta vera e propria fonte produttiva ed al tempo stesso interpretativa, fornendo un quadro esaustivo degli approdi della dottrina e delle interpretazioni giurisprudenziali che si formeranno con riferimento alle novità legislative.

I principi costituzionali sul giusto processo e, ancor prima, le esigenze del Paese, che comprendono e non esauriscono quelle del mondo produttivo, rendono obbligato e ineludibili, per ogni riforma di settore, l'obiettivo del complessivo recupero di efficienza di quello di specifico interesse.

Nell'ambito di una disamina completa, interdisciplinare e trasversale verrà dedicato ampio spazio alle problematiche civili, processuali civilistiche, tributarie, concorsuali, amministrative, penalistiche, deontologiche, giuslavorista; la descrizione operata può lasciare solo immaginare ed intuire per l'intento la mole delle tematiche che saranno affrontate e gli innumerevoli profili applicativi trattati, che saranno messi in evidenza dall'indice sommario di volta in volta dedicato alle diverse discipline proprie del tema che sarà affrontato e che potrà riguardare una particolare decisione o in alternativa una soluzione offerta dalla dottrina in relazione ad uno specifico argomento.

Il successo di una Rivista dipende anche dalla professionalità di Coloro che saranno chiamati a parteciparvi per la completezza e ricchezza dei contenuti delle proposte interpretative, che costituiranno strumento essenziale di formazione ed aggiornamento.

Particolare attenzione avranno la verifica delle modalità e dei limiti di esercizio del potere giudiziario, di cui si discute da tempo, in termini di rapporto con i magistrati dovendo esso essere, come ricorda l'articolo 53 del codice deontologico forense, improntato a dignità e reciproco rispetto, facendo eco alla autonomia ed alla indipendenza dell'azione professionale, che impone dover essere assicurata la difesa con assoluta lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, l'obbligo di esercitare le funzioni attribuitegli dall'ordinamento con imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riservo ed equilibrio, in ragione di quanto previsto dall'art. 1 del d.lgs. 23 febbraio 2006 n. 109.

In siffatto contesto è evidente che il comportamento da tenersi da parte del professionista deve essere irreprensibile, distaccato ed imparziale e quello del magistrato di "amministrare giustizia", ricordando le parole di Calamandrei sul "potere dei giudici", indiscutibilmente grande con la conseguenza che "l'umiltà per essi e il prezzo dovuto perché siano legittimati ad esercitarlo" ed in quanto garanti dei diritti fondamentali dei cittadini devono evitare che il processo si pieghi ad un uso simbolico ed improprio della Giustizia.

Il giusto processo può nascere soltanto all'esito di un pieno contraddittorio nel quale il ruolo dell'avvocato è altrettanto importante ed indispensabile di quello del giudice.

Il mio auspicio è che la Rivista possa essere uno strumento di ausilio per i Colleghi nell'esercizio della professione con riferimento a casi dubbi, di incerta interpretazione, per i quali verrà offerto un accurato e stimolante commento mediante richiamo della casistica giurisprudenziale e degli arresti nel confronto con la interpretazione normativa offerta dalla dottrina.

Antonio Caiafa
Direttore Scientifico

IL CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA E DELLA INSOLVENZA IN ITINERE

Con decreto del Ministro della Giustizia del **24 febbraio 2015** è stata istituita la Commissione per il riordino delle procedure concorsuali; la giustificazione di tale scelta è stata resa necessaria dalla avvertita esigenza di individuare un coerente percorso nei ripetuti interventi normativi in materia, che si sono susseguiti in maniera non strutturale ed organica, di qui l'obiettivo di elaborare un progetto utile per la futura emanazione di un testo normativo sostitutivo della legge fallimentare e delle numerose modificazioni intervenute successivamente, inseguendosi temporalmente, al fine di regolamentare i plurimi contrasti interpretativi e la conseguente formazione di prassi applicative che, al contrario, nell'intento del legislatore, le nuove disposizioni avrebbero dovuto eliminare.

Il Decreto Ministeriale ha assegnato alla Commissione Rordorf il compito di analizzare il complesso delle disposizioni normative in tema di procedure concorsuali e crisi di impresa per monitorarne gli effetti e valutare la necessità di ulteriori eventuali interventi di riordino, nell'intento di una razionalizzazione della legge, con semplificazione dei procedimenti previsti, in accordo con la disciplina del processo civile telematico e, in particolare, dell'opportunità di introdurre una specifica disciplina nazionale per l'***insolvenza di gruppo***, ignorata dalla legislazione in materia.

All'esito della presentazione del testo elaborato dalla Commissione la **legge 19 ottobre 2017, n. 155** – di delega al Governo per la riforma della disciplina delle imprese in crisi o insolventi – ha introdotto disposizioni volte a consentire la valorizzazione degli organismi produttivi e dei patrimoni, in modo da assicurare il miglior soddisfacimento possibile dei creditori, favorendo la ***emersione tempestiva*** della crisi e l'attivazione delle iniziative volte a porvi rimedio, mediante la previsione di istituti diretti, da un lato, al superamento o, in alternativa, alla regolazione della liquidazione e, dall'altro, al recupero dell'azienda, assicurandone la gestione o stabilendo, comunque, sistemi di conservazione del patrimonio attraverso il trasferimento dei beni acquisiti all'attivo nel loro complesso

La riforma si caratterizza per aver realizzato una ristrutturazione della vecchia legge fallimentare, operandone il raccordo con le nuove regole, dovute all'inserimento di alcuni istituti nuovi che hanno riguardato la ***composizione della crisi***, la gestione dei ***gruppi di impresa***, il ***procedimento unitario*** e la revisione del ***sovraindebitamento***, il tutto nel tentativo di armonizzare la nuova legislazione con quella concorsuale dei paesi della Comunità Europea e con l'obbiettivo di eliminare gli ostacoli esistenti per lo sviluppo e la concorrenza, in conseguenza delle evidenti differenti impostazioni normative.

Sono state previste apposite regole per l'***insolvenza dei gruppi di imprese***, con modifica della disciplina della ***liquidazione coatta amministrativa***, con conseguente revisione dei requisiti di accesso e la necessità di un coordinamento con le altre discipline speciali, relative alla liquidazione del patrimonio delle imprese operanti nel settore assicurativo, bancario e finanziario.

Con l'eccezione di alcune disposizioni l'**art. 389** del Codice della crisi prevedeva che

la maggior parte di queste sarebbero dovute entrare in vigore, decorsi diciotto mesi dalla data della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale e, quindi, il **15 agosto 2020**; tuttavia la non prevedibile ***pandemia*** ne ha differito l'entrata a regime al **1° settembre 2021**, termine questo poi ulteriormente prorogato.

È opportuno ricordare, riportandole in estrema sintesi, le disposizioni entrate in vigore già dal **16 marzo 2019**, che hanno avuto riguardo:

- alla competenza (***materia*** e ***territorio***) per le procedure inerenti alle imprese in amministrazione straordinaria ed i gruppi di imprese di rilevante dimensione (**art. 27, comma primo e art. 350**);
- all'***albo dei soggetti incaricati*** dall'autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e di controllo (**artt. 356** e **357**);
- all'**istituzione dell'*area web* riservata** a cura del Mise, destinata ad ospitare gli atti che non sia possibile notificare a mezzo pec, per causa imputabile al destinatario (**art. 359**);
- alla ***certificazione dei debiti contributivi*** e dei debiti per premi assicurativi, da parte dell'INPS e dell'INAIL, nonché dei ***debiti tributari*** (**artt. 363** e **364**);
- alle regole di imputazione delle ***spese della procedura*** e dell'***onorario del curatore***, in caso di revoca dell'apertura della liquidazione giudiziale (**art. 366**);
- al previsto obbligo, per l'imprenditore ***diverso*** dall'individuale, di istituire un ***assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa***, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale (**art. 375**);
- all'obbligo dell'istituzione per ***tutti i tipi di società*** di un ***assetto organizzativo adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa*** (**art. 377**);
- alla modifica degli articoli del Codice civile in materia di ***responsabilità degli amministratori delle società a responsabilità limitata***, e relativi ai poteri degli amministratori, al verificarsi di una causa di scioglimento della società, con le correlate ***responsabilità***, in caso di mancato rispetto degli obblighi di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale (**art. 378**);
- alla modifica dell'art. 2477 cod. civ. al fine di estendere le ipotesi in cui le società a responsabilità limitata sono obbligate a nominare l'***organo di controllo o di revisore*** (**art. 379**);
- alle garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire (**artt. da 385 a 388**).

Tra le numerose novità ora richiamate, per le quali è stata prevista una diversa *vacatio legis*, particolare interesse suscitano quelle inerenti le modifiche degli ***assetti organizzativi*** dell'impresa e ***societari*** e la responsabilità degli amministratori, in ragione di quanto previsto, rispettivamente, dagli **artt. 375, 377, 378** e **379**.

Il legislatore ha inteso responsabilizzare l'organo gestorio in relazione agli ***obblighi di conservazione del patrimonio sociale*** prevedendo, espressamente, che i componenti di esso rispondano, verso i creditori sociali, quante volte il patrimonio dovesse risultare insufficiente per il soddisfacimento delle loro rispettive ragioni creditorie.

Si tratta, invero, di una conseguenza di quanto già stabilito all'**art. 2086 cod. civ**.

che, al **primo comma**, nel fissare l'obbligo per gli amministratori di conservare il potere di gestione, "...***ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale***", ne ha previsto poi la responsabilità solidale, in ragione dei danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi per gli atti o le omissioni compiuti in violazione di quanto indicato al primo comma.

L'**art. 375** obbliga l'imprenditore, che operi in forma societaria, ad istituire un ***assetto organizzativo***, ***amministrativo*** e ***contabile*** adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa, perché possa essere tempestivamente rilevato lo stato di crisi ed assunte le iniziative indispensabili.

La decisione di far entrare in vigore subito le disposizioni relative alle modifiche al codice civile, per quel che attiene gli ***assetti organizzativi*** dell'impresa (**art. 375**) e ***societari*** (**art. 377**), risulta essere coerente con l'esigenza che l'imprenditore, sia esso individuale che collettivo, possa percepire con anticipo lo stato di ***crisi*** e, conseguentemente, assumere le iniziative ritenute idonee per evitare che questa si trasformi in ***probabile insolvenza***.

Si è inteso, in pratica, proporre un sistema supportato da procedure di analisi e gestione dei rischi in grado di valorizzare positivamente il rapporto tra ***gestione aziendale*** e ***raggiungimento*** degli ***obiettivi***.

Tali attività sono finalizzate alla corretta adozione delle decisioni aziendali al fine della rilevazione tempestiva della crisi e della perdita di continuità aziendale, con conseguente adozione degli adeguati provvedimenti idonei a porre rimedio alle criticità individuate.

Gli strumenti di misurazione economica, finanziaria e patrimoniale, utilizzati per verificare lo stato di salute dell'impresa, rappresentano elementi imprescindibili per la rilevazione della crisi ed a tal fine è indispensabile che l'***assetto amministrativo contabile*** sia caratterizzato da adeguata ***flessibilità***, per un suo adattamento alle diverse esigenze, perché sia consentito, comunque, intervenire tempestivamente una volta che sia stata rilevata la crisi e l'eventuale perdita della continuità aziendale.

In siffatto contesto l'elaborazione di ***piani industriali*** deve consentire di evidenziare i disallineamenti ed individuare le criticità gestionali rilevabili in via anticipata, attraverso il monitoraggio dell'andamento gestionale, sì da poter cogliere preventivamente le criticità e i presupposti per un tempestivo intervento ai fini della tutela della continuità aziendale.

La disciplina normativa ha subito, per il necessario coordinamento con la direttiva ***insolvency EU*** 1023/2019, una rivisitazione in ragione della ritenuta necessità, da parte del legislatore, di dover garantire il corretto funzionamento del mercato interno ed il pieno esercizio delle libertà fondamentali di circolazione dei capitali, tramite l'armonizzazione delle legislazioni e procedure nazionali in materia di ***ristrutturazione preventiva***, ***insolvenza*** ed ***esdebitazione***, attraverso la quale il legislatore europeo ha inteso imporre la predisposizione di "***quadri di ristrutturazione preventiva***", ovvero misure volte al risanamento dell'impresa mediante la modifica della composizione e della struttura delle attività della stessa, nell'intento di consentire al debitore un ***risanamento precoce*** ed evitare l'insolvenza.

Il codice della crisi di impresa e della insolvenza in itinere

Le disposizioni di cui al **d.l. 118/2021**, convertito nella **legge 21 ottobre 2021, n. 147,** hanno trovato una ricollocazione all'interno del Codice della crisi, con conseguente variazione del contenuto di alcune disposizioni, non solo per il numero degli articoli e commi correlati, quanto, piuttosto, per il fatto di essere stata prescelta la soluzione di sostituire l'istituto dell'***allerta*** con il ***percorso*** delineato dalla ***composizione negoziata della crisi***.

L'individuazione, l'analisi descrittiva e la misurazione dei vari fattori di crisi, costituisce premessa per la ricerca e la rappresentazione dei ***programmi di intervento*** e di ***risanamento***, per stabilire l'utilità, o meno, di ogni tentativo di recupero di efficienza quando, in pratica, il futuro dell'impresa appare essere, definitivamente, compromesso.

La ricerca dei sintomi della crisi aziendale risponde allo scopo di ridurre od eliminare, tempestivamente, gli errori attraverso la ***ristrutturazione***, la ***conversione***, il ***ridimensionamento*** e la ***riorganizzazione***, in grado di consentire la correzione, prima ancora che possano tradursi in perdite di gestione, onde evitare che il processo di logoramento delle risorse, di cui l'azienda dispone degeneri e si passi alla fase terminale, con conseguente constatazione della irreversibilità della crisi stessa.

In altre parole, il sistema delle operazioni in cui si sostanzia l'attività di impresa – nel perseguimento dei fini suoi propri – si configura come un insieme di scelte, fra loro strettamente connesse, che non possono non obbedire ad una logica di ***razionalità economica*** e che, in quanto tali, potranno ritenersi convenientemente poste in essere laddove risultino conformi a programmi elaborati sulla base delle constatate mutevoli condizioni di vita dell'impresa medesima e risultino, attendibilmente, coerenti con il futuro dell'attività.

Nella relazione illustrativa viene sottolineato essere stata la scelta della individuazione di un ***procedimento unitario*** determinata dall'intento di introdurre un "***sistema propriamente bifasico***", caratterizzato dall'accertamento giudiziale del relativo stato di crisi, ***reversibile*** o meno, e solo successivamente, dall'avvio della procedura, essendosi inteso consentire, nel caso di ***proposizione contestuale di più domande***, con contenuti diversi, al tribunale di trattare, in via prioritaria, i ***quadri di ristrutturazione preventiva*** diretti a regolare la crisi e l'insolvenza, con strumenti diversi dalla ***liquidazione giudiziale***, alla condizione che il piano presentato indichi la convenienza per i creditori e sempre che, naturalmente, la richiesta stessa non risulti essere manifestamente infondata o, comunque, inammissibile.

Il rapporto ***strumenti di regolazione della crisi*** – che hanno preso il posto delle ***soluzioni concordate di crisi*** – e ***procedure di insolvenza*** è stato risolto nel senso che il tribunale investito della relativa trattazione, nelle ipotesi di ***domande alternative***, è tenuto a disporre l'apertura della ***liquidazione giudiziale*** solo ove abbia potuto accertare la sussistenza dello stato di insolvenza, o anche quando siano stati revocati i termini concessi per il deposito di una proposta di ***concordato*** o di un ***accordo di ristrutturazione***, ovvero si siano realizzate situazioni in presenza delle quali la procedura alternativa non possa essere proseguita.

Per l'accesso agli ***strumenti di regolazione della crisi e della insolvenza*** ed alla ***liquida-***

zione giudiziale è stato individuato un ***procedimento***, in parte diverso, seppur prevedendo che lo svolgimento avvenga dinanzi al tribunale in composizione collegiale. Nel caso degli ***strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*** il ricorso deve indicare l'ufficio giudiziario, l'oggetto, le ragioni della domanda e le conclusioni e deve essere sottoscritto dal difensore, munito di procura, e nel caso degli enti societari la domanda deve essere approvata e sottoscritta, ai sensi dell'inserito art. 120 *bis* CCI, che prevede che la decisione deve risultare da verbale redatto da notaio ed essere depositata ed iscritta nel Registro delle Imprese.

La domanda, il giorno successivo al deposito, è previsto venga comunicata dal cancelliere al Registro delle Imprese e l'iscrizione è eseguita nel successivo giorno, qualora essa contenga la richiesta di ***misure protettive***, ed in tal caso il Conservatore ne deve fare espressa menzione, trasmettendola, unitamente ai documenti allegati, al Pubblico Ministero.

Qualora la domanda abbia ad oggetto il giudizio di omologa di un ***accordo di ristrutturazione*** è previsto che questo sia pubblicato nel Registro delle Imprese ed acquista efficacia da tale momento, con la possibilità per il tribunale di nominare un commissario giudiziale, ovvero confermare quello già nominato, comunque dovuta qualora siano pendenti istanze per l'apertura della procedura di ***liquidazione giudiziale***.

Il ***piano attestato***, rivolto ai creditori, deve essere idoneo a consentire il ***risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa*** e ad assicurare il riequilibrio della situazione economica-finanziaria ed indicare, perché ne sia consentita una valutazione ai fini dell'esistenza delle concrete possibilità per l'attuazione della ***ristrutturazione***, anche eventuali previsioni di ***ricapitalizzazione*** e ***mutamento degli assetti imprenditoriali***.

Gli ***accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa*** trovano applicazione, anche nei confronti dei creditori non aderenti, che appartengono alla medesima categoria, individuata in ragione della omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici, alla condizione che non abbiano carattere liquidatorio e consentano, quindi, la prosecuzione dell'attività, in via diretta o indiretta, richiedendo l'adesione del **75%** dei creditori appartenenti alla categoria.

Risulta introdotto il ***piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione***, che si caratterizza per la circostanza che, in presenza di determinate condizioni, è possibile prescindere dalle regole distributive; strumento questo che può essere utilizzato dal debitore che si trova in stato di crisi o di insolvenza, attraverso la obbligatoria suddivisione dei creditori in classi, alla condizione che siano fatti salvi i diritti dei lavoratori, per i quali il pagamento deve essere assicurato entro **trenta giorni** dalla omologazione.

Si tratta di uno strumento che non comporta lo spossessamento essendo chiamato l'imprenditore a gestire l'impresa nel prevalente interesse dei creditori, sotto la vigilanza del commissario giudiziale.

Ancora una volta è stato rivisitato il ***concordato preventivo*** avendo il legislatore inteso mostrare la preferenza per quello in ***continuità aziendale***, sia essa diretta che indiretta, sempre che ciò sia previsto dal piano, attra-

verso la gestione dell'azienda in esercizio, ovvero la ripresa dell'attività da parte di un soggetto, diverso dal debitore, preservando i posti di lavoro ed i diritti di credito, dovendo essere soddisfatti, seppur in misura anche non prevalente, attraverso il ricavato prodotto dalla continuità aziendale.

Il ***concordato con liquidazione del patrimonio*** deve prevedere, necessariamente, un apporto di risorse esterne, in grado di incrementare l'attivo disponibile, al momento della presentazione della domanda, ed essere in grado di assicurare il soddisfacimento dei creditori chirografari e privilegiati degradati, per incapienza del bene, in misura non inferiore al **20%**.

Risulta operata una revisione della disciplina della ***procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento*** con semplificazione del dato normativo, per molti aspetti troppo complicato, nell'intento di realizzare un procedimento maggiormente agile, in ragione dell'avvertita esigenza di dover trovare soluzioni adeguate per una corretta individuazione delle condizioni di ammissione, del contenuto della domanda, del procedimento, delle regole per l'accertamento dei crediti e della gestione del patrimonio nell'ambito del ***piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore, del concordato minore e della liquidazione controllata***, prevedendo un ***unico progetto di risoluzione della crisi*** nel caso delle ***procedure familiari***.

L'***apertura della liquidazione giudiziale*** è previsto non determini la cessazione dell'attività di impresa quante volte dall'interruzione possa derivare un danno grave, rimessa tale valutazione allo stesso tribunale, con la sentenza che dichiara aperta la fase concorsuale, in ragione dei ***valori sociali*** insiti nell'impresa, seppur la prosecuzione non può essere determinata dall'esclusivo fine del mantenimento dei livelli occupazionali.

La stessa relazione illustrativa, a tal riguardo, ha sottolineato l'esigenza di una nuova prospettiva di recupero delle capacità dell'impresa, attesa la confluenza di interessi economici e sociali più ampi, che privilegiano il ricorso alla via del risanamento nella tendenza, ormai, di dover considerare le procedure concorsuali non più in termini meramente liquidatori e sanzionatori quanto, piuttosto, destinate ad un risultato di conservazione dei mezzi organizzativi per l'impresa, per assicurarne la sopravvivenza, sì da procurare alla collettività e, in primo luogo, agli stessi creditori una più consistente garanzia patrimoniale per il soddisfacimento delle loro ragioni.

Il codice si propone di offrire una lettura ragionata delle diverse disposizioni normative, indispensabile per una corretta interpretazione applicativa delle stesse. Sono state volutamente riportate, al fine di offrire uno strumento di consultazione più completo possibile, le leggi speciali che costituiscono la "*cornice*" per un esatto inquadramento dei singoli istituti.

Pur nella consapevolezza che nell'applicazione della legge "*... non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*" e, al tempo stesso, della impossibilità per l'interprete di attuare la ricerca dell'obiettivo significato dell'espressione usata attraverso il ricorso ai lavori preparatori della

legge – ciò in quanto il legislatore "*ubi voluit ibi dixit*" – è innegabile che a questi può riconoscersi valore unicamente sussidiario**,** nel senso che il relativo criterio interpretativo trova un limite in ciò che la volontà da essi risultante non può mai sovrapporsi alla volontà obiettiva della legge, quale emerge dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse.

Le relazioni illustrative, per identica ragione, non possono essere, quindi, invocate a sostegno di una interpretazione diversa da quella consentita in base ai normali criteri, così come non possono sopperire a carenze, presunte o reali, della disposizione legislativa, atteso che il riferimento ad un elemento non testuale, in materia di interpretazione, appare ammissibile solo qualora la norma sia oscura o si presti ad interpretazioni contrastanti o comunque diverse, con il limite, in ogni caso, che mai può essere consentita una differente valutazione al deliberato fine di dare un senso diverso da quello fatto palese dal significato proprio delle parole, secondo la connessione di esse, e dalla *ratio* della norma medesima.

Solo la giurisprudenza di merito e di legittimità, così come la dottrina, potranno, nel tempo, dare un contributo per la individuazione delle soluzioni più coerenti, in relazione ad un sistema normativo nuovo che necessita, per essere compreso, di trovare il necessario spazio applicativo.

Antonio Caiafa
Dipartimento Management, Finanza e Tecnologia
Diritto delle Procedure Concorsuali
Università L.U.M. "Giuseppe Degennaro" Bari
Consigliere dell'Ordine degli Avvocati di Roma

IL CONCORDATO SEMPLIFICATO: QUALIFICAZIONE, PRESUPPOSTI E AMBITI DI APPLICAZIONE[1]

Sommario: 1. La funzione – **2.** La disciplina – **3.** Il problema qualificatorio – **4.** La posizione assunta dalla Cassazione – **5.** Il presupposto della buona fede e la necessità di liquidare il patrimonio – **6.** L'omologazione del tribunale e il senso ultimo del concordato semplificato

1. La funzione

L'istituto del concordato semplificato rappresenta uno dei possibili esiti del percorso di composizione negoziata.

Nato dalla legislazione emergenziale del d.l. n. 118 del 2021 e riproposto pedissequamente nel CCII dal d.lgs. n. 83 del 2022, è stato inserito dal legislatore tra gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, alla stregua di procedura destinata ad attuare la liquidazione del patrimonio o delle attività che, a richiesta del debitore, possono essere precedute dalla composizione negoziata (art. 2, lett. m-*bis*).

Si tratta di un istituto fondamentale concepito dal legislatore *in extremis*, come cioè rimedio terminale onde evitare la liquidazione giudiziale dopo l'esperimento negativo delle trattative di composizione per fatto non imputabile al debitore, e dopo la verifica in ordine alla inesistenza di altre soluzioni possibili per il superamento dello stato di crisi e quindi per la prosecuzione dell'attività.

Difatti, quando l'esperto nella relazione finale dichiara che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede, che non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate ai sensi dell'art. 23, commi 1 e 2, lett. b), non sono praticabili, l'imprenditore può presentare, nei sessanta giorni successivi alla comunicazione prevista dall'art. 17, comma 8, una proposta di concordato per cessione dei beni, unitamente al piano di liquidazione e ai documenti indicati nell'art. 39.

2. La disciplina

La disciplina del concordato semplificato è minimale – quasi basica – e presenta alcune peculiarità che la distinguono in modo abbastanza evidente da quella del concordato preventivo.

La prima di queste attiene alla modalità di accesso, che si innesta nel percorso di composizione.

In pratica l'accesso è consentito solo al termine della composizione negoziata della crisi, dopo uno iato cronologico di sessanta giorni.

L'imprenditore chiede l'omologazione del concordato con ricorso presentato al tribunale del luogo in cui l'impresa ha il proprio centro degli interessi principali, e il ricorso è comunicato al pubblico ministero e pubblicato, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese entro il giorno successivo alla data del deposito in cancelleria.

Dalla data della pubblicazione del ricorso si producono gli effetti di cui agli artt. 6, 46, 94 e 96 del CCII.

La proposta può prevedere la suddivisione dei creditori in classi.

Dopodiché ogni valutazione è rimessa al tribunale.

[1] Lo scritto riproduce – con una qualche maggiore organicità – la relazione svolta al "Corso di Perfezionamento sul Codice della crisi e dell'insolvenza – Composizione negoziata della crisi", organizzato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma – Commissioni Crisi d'impresa e Diritto societario, il 7 giugno 2023.

Il tribunale, (i) valutata la ritualità della proposta e (ii) acquisiti la relazione finale e il parere dell'esperto con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte, nomina (non un commissario ma) un ausiliario ai sensi dell'art. 68 c.p.c., assegnando allo stesso un termine per il deposito del suo parere.

Col medesimo decreto il tribunale ordina che la proposta, unitamente al parere dell'ausiliario e alla relazione finale e al parere dell'esperto, sia comunicata a cura del debitore ai creditori risultanti dall'elenco depositato ai sensi dell'art. 39, ove possibile a mezzo posta elettronica certificata o, in mancanza, a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento, specificando dove possono essere reperiti i dati per la sua valutazione. Quindi fissa l'udienza per l'omologazione da tenersi in un arco temporale definito in non meno di quarantacinque giorni.

La tutela dei creditori è solo processuale, nel senso che tanto questi, quanto in vero qualsiasi interessato, possono unicamente proporre opposizione all'omologazione, costituendosi nel termine perentorio di dieci giorni prima dell'udienza fissata.

Da questo punto di vista il concordato semplificato, una volta proposto dal debitore, rappresenta un istituto in certo qual modo coattivo, nel senso che è sottratto all'approvazione dei creditori.

Il tribunale, assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, omologa il concordato quando, verificata la regolarità del contraddittorio e del procedimento, il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione e la fattibilità del piano di liquidazione, rileva che la proposta non arreca pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, e comunque assicura un'utilità a ciascun creditore.

Il provvedimento è preso con decreto motivato, immediatamente esecutivo, che è pubblicato a norma dell'art. 45 del CCII e comunicato dalla cancelleria alle parti.

Le parti possono proporre reclamo alla corte d'appello nei successivi trenta giorni.

Contro il decreto della corte d'appello può essere proposto ricorso per cassazione ancora una volta entro trenta giorni dalla comunicazione.

Con previsione di chiusura, l'art. 25 *sexies* del CCII rinvia alle disposizioni di cui agli artt. 106, 117, 118, 119, 324 e 341 in quanto compatibili, sostituita la figura del commissario giudiziale con quella dell'ausiliario, precisando che ai fini di cui all'art. 106 il decreto con cui il tribunale dispone che la proposta, unitamente al parere dell'ausiliario e dell'esperto (e della relativa relazione), sia comunicata ai creditori equivale all'ammissione al concordato.

La semplificazione della procedura risalta in modo netto, anche in raffronto al concordato preventivo con liquidazione del patrimonio, perché non solo non è prevista una fase di ammissione e di approvazione, ma neppure è previsto il rispetto di una soglia minima di soddisfazione (del 20% o altro) per i chirografi.

Soprattutto non è previsto il voto dei creditori, cosa che assume, come tra un momento diremo, una certa importanza per le conseguenze ritraibili sul versante qualificatorio.

Mancano infine le figure di riferimento: l'attestatore e il commissario giudiziale.

Tutto questo ha condotto una parte della dottrina a guardare con sfavore all'istituto, per il rischio, si è detto, di pratiche elusive, quando non direttamente speculative, da parte di soggetti in grado di mettere sul piatto risorse finanziarie per l'acquisizione di aziende a prezzo di saldo.

Per quanto ciò possa esser in qualche misura vero, è tuttavia da registrare che il concordato semplificato, dopo l'esito negativo della composizione negoziata, è concepito in funzione di un'esigenza diversa, ritenuta prevalente.

L'esigenza è quella di evitare la disintegrazione completa del valore del compendio nell'ambito di un'eventuale liquidazione giudiziale.

In questa prospettiva il rischio segnalato da una parte della dottrina può trovare un certo margine di accettazione.

Del resto, si tratta di una procedura concorsuale garantita, quanto allo svolgimento, dalla presenza del tribunale e contraddistinta, quanto alle caratteristiche basiche, dalla necessità di rispettare la *par condicio creditorum*.

3. Il problema qualificatorio

Questa così basica disciplina pone naturalmente dei problemi e delle necessità interpretative.

Il primo fra tutti è il problema qualificatorio.

Si tratta di attribuire una qualificazione giuridica all'istituto nell'ambito delle procedure concorsuali.

Non è questione meramente teorica, perché dalla risposta dipende la possibilità o meno di integrare la regolamentazione dell'articolo 25 *sexies* mediante il ricorso a norme diverse, quali soprattutto quelle del concordato preventivo.

Ben vero non sembra seriamente discutibile che il concordato semplificato debba farsi rientrare nell'alveo delle procedure concordatarie.

L'unico elemento contrario potrebbe individuarsi nella mancanza del voto dei creditori in ordine alla proposta formulata alla fine del percorso di composizione; mancanza che, escludendo la fase preliminare di approvazione, amplifica del semplificato l'elemento della coazione.

Tuttavia è abbastanza agevole osservare che la mancanza di una votazione da parte dei creditori non basta per negare la natura concordataria dell'istituto, perché quel che ne caratterizza il tratto procedimentale è comunque la volontarietà di esordio: segnatamente la volontarietà del procedimento siccome basato su una proposta del debitore ai creditori per la soddisfazione dei loro crediti con forme, modalità e tempistiche; una proposta che, soprattutto, per effetto dell'omologazione, diventa vincolante per tutti i creditori concordatari, i quali saranno soddisfatti nei limiti e in conformità di quanto offerto, con conseguente liberazione del debitore da ogni anteriore debito.

Questo rappresenta un dato essenziale comune a tutte le procedure concordatarie, incentrate sulla proposta di soddisfacimento dei crediti rimessa alla valutazione del tribunale, oltre che sulla possibilità per i creditori di far valere le loro ragioni a mezzo di un'opposizione.

4. La posizione assunta dalla Cassazione

La Cassazione, per quanto con la snellezza di motivazione che si richiede in vista della soluzione di un regolamento di competenza, ha recentemente affrontato il problema qualificatorio del concordato semplificato in fattispecie soggetta al d.l. n. 118 del 2021, nel contesto quindi della legge fallimentare.

Ne ha sottolineato la natura di procedura concordataria autonoma dal concordato preventivo in relazione al profilo della competenza, in particolare rispetto al problema del trasferimento del centro degli interessi principali del debitore dopo il naufragio delle trattative di composizione.

È stato affermato che un tale trasferimento non rileva ai fini della competenza per l'accesso al concordato semplificato quando è intervenuto nell'anno antecedente al deposito della domanda.

Questa conclusione è agevole in rapporto alla disciplina del CCII, perché in essa vige l'art. 28 del codice stesso.

Secondo l'articolo 28, nel testo sostituito dall'art. 9 del d.lgs. n. 83 del 2022, "il trasferimento del centro degli interessi principali non rileva ai fini della competenza quando è intervenuto nell'anno antecedente al deposito della domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o di apertura della liquidazione giudiziale".

L'appartenenza del concordato semplificato agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza determina che, per i casi soggetti a quel testo (entrato in vigore il 15 luglio 2022), certamente trova applicazione la regola comune dettata da tale norma.

Più delicato era (ed è) il problema per i concordati semplificati soggetti, *ratione temporis*, al d.l. n. 118 del 2021, perché il d.l. 118 opera in rapporto alla legge fallimentare, e nella legge fallimentare manca una previsione generale analoga a quella appena citata.

La regola dell'art. 28 è stata tuttavia valorizzata dalla Cassazione quale medio interpretativo di un'esegesi conforme relativamente all'anteriore versione dell'istituto tratta dalla legislazione emergenziale, in ragione della evidente linea di continuità di disciplina in ordine allo specifico segmento normativo.

Tanto è stato fatto a valle del procedimento analogico, per la necessità di colmare una lacuna riscontrabile, quanto al concordato semplificato, nel testo del d.l. 118: "il concordato semplificato di cui al d.l. n. 118 del 2021, pedissequamente confluito nell'attuale art. 25 *sexies* del d.lgs. n. 14 del 2019 in seguito al d.lgs. n. 83 del 2022, pur connotato da peculiarità rispetto al concordato preventivo fin dalla fase d'accesso in quanto postula il previo percorso della composizione negoziata, rientra al pari di quest'ultimo nell'alveo delle procedure concorsuali, conseguentemente soggiacendo, ai fini dell'individuazione della competenza per territorio, in applicazione analogica dell'art. 161, comma 1, l.fall., alla regola della irrilevanza del trasferimento della sede sociale nell'anno che precede il deposito del ricorso, come confermato dalla linea di continuità tra le norme del d.l. n. 118 cit. e quelle del menzionato d.lgs. n. 14 del 2019, che, ai sensi dell'art. 28, esclude la rilevanza del trasferimento del centro degli interessi principali intervenuto nell'anno antecedente al deposito della domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza di cui all'art. 2 lett. m-*bis* del d.lgs. n. 14 del 2019 (Cass., Sez. I, Ordinanza n. 9730 del 12/04/2023).

Evidente è l'eco dell'insegnamento delle Sezioni Unite della stessa Corte in merito alle condizioni e ai limiti di utilizzo delle norme del CCII a scopo interpretativo di previsioni normative anteriormente vigenti.

Il CCII, hanno detto le Sezioni Unite, è norma in generale non applicabile alle procedure concorsuali aperte anteriormente alla sua entrata in vigore, ma è possibile rinvenire nello stesso le previsioni idonee a rappresentare un utile criterio interpretativo degli istituti previgenti se ricorre, nello specifico segmento considerato, un ambito di continuità tra il regime vigente e quello futuro (v. Cass., Sez. Unite, Sentenza n. 12476 del 24/06/2020, e poi anche Cass., Sez. Unite, Ordinanza n. 8504 del 25/03/2021).

Soprattutto la Cassazione, richiamando la necessità (e la possibilità) di far ricorso, quan-

to al concordato semplificato di cui al d.l. n. 118 del 2021, al procedimento analogico in funzione della disciplina del concordato preventivo, ha mostrato di propendere per la tesi che vuole essere quello semplificato per l'appunto non una variante mera (o un sottotipo) del concordato preventivo, quanto piuttosto una procedura concordataria autonoma e distinta.

Questa cosa è abbastanza importante, perché solo l'implicita negazione della possibilità di ricondurre il concordato semplificato all'interno del concordato preventivo, alla stregua di sua mera variante, apre alla eventualità dell'analogia.

Se difatti il concordato semplificato fosse ritenuto un sottotipo del concordato preventivo, le norme dedicate dal legislatore alla disciplina di questo sarebbero direttamente applicabili al semplificato senza bisogno di riscontrare lacune nella disciplina specifica, col solo limite della compatibilità.

Viceversa, una applicazione diretta delle norme dettate dal legislatore per il concordato preventivo non sarebbe ammissibile ove il concordato semplificato fosse considerato – come la Cassazione l'ha considerato – un istituto autonomo.

Se il semplificato è procedura concordataria diversa e autonoma rispetto al concordato preventivo, non è consentita l'applicazione diretta delle norme del concordato preventivo ma solo l'applicazione delle norme e dei principi comuni onde colmare lacune di disciplina in chiave analogica, previo riscontro dell'identità di ratio idonea a giustificare il ricorso al procedimento interpretativo.

Può osservarsi che la soluzione offerta dalla Cassazione è sorretta dalla valorizzazione di un elemento che appare decisivo nel senso da ultimo indicato.

L'elemento è rappresentato proprio dalla mancanza del voto dei creditori sulla proposta di concordato semplificato, che determina una vistosa divaricazione sul piano della componente strutturale del procedimento.

Prendendo in prestito i concetti delle opere pittoriche, si può dire che il concordato preventivo è un trittico, perché la sua struttura è composta in tre parti – la proposta, il voto e l'omologazione –; mentre invece il concordato semplificato è concepito come un dittico, nel quale le parti sono soltanto due: la proposta e l'omologazione.

La mancanza della votazione e lo spostamento della verifica del profilo di convenienza sul tribunale modificano in modo evidente la struttura del procedimento, non solo sul piano dell'accordo – che almeno nella fase di verifica della proposta manca a sua volta – ma soprattutto su quello della tenuta dei poteri specifici dei creditori, declinati in termini solo processuali.

Questo aspetto differenziale in confronto al concordato preventivo è determinante.

In sostanza, i creditori non hanno, nel semplificato, quella potestà di approvazione che si esprime nel voto, ma solo una potestà contestativa, da rivolgere contro il profilo di convenienza in rapporto alla decisione che sul punto è demandata direttamente al tribunale, il quale è in vero tenuto (lui) a verificare che non si determini un pregiudizio per i creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale.

5. Il presupposto della buona fede e la necessità di liquidare il patrimonio

Secondo l'art. 25 *sexies* al concordato semplificato può accedere il debitore che abbia svolto le trattative di composizione secondo correttezza e buona fede.

Ciò implica che non può accedersi al concordato semplificato se il percorso di composizione negoziata non sia partito affatto per essere stata archiviata la relativa istanza di accesso.

L'archiviazione di cui all'art. 17 del CCII non è equiparabile alla conclusione negativa delle trattative, perché implica che fin dall'inizio sia chiara l'inesistenza di concrete prospettive di risanamento, sicché la buona o la mala fede non assumerebbe alcuna specifica rilevanza.

In sostanza, in caso di archiviazione non è punto configurabile un vaglio di buona fede ai fini dello svolgimento delle trattative, perché codeste, prive di sbocco finanche in assoluto, non possono (e non debbono) essere neppure avviate per una ragione oggettiva, integrata dall'inesistenza di concrete prospettive di risanamento.

Viceversa, ove il percorso di composizione sia stato avviato si pone il problema relativo all'individuazione del contenuto dei concetti evocati, buona fede e correttezza.

Ben vero il riferimento non sembra doversi intendere in modo difforme da quanto ordinariamente si assume in giurisprudenza in casi simili.

In altre parole, anche ai fini del concordato semplificato il concetto implicato dalla locuzione "correttezza e buona fede" è quello che rileva in senso oggettivo, come sempre avviene allorché si discorre di fenomeni negoziali.

Il principio di correttezza e buona fede già in base alla relazione ministeriale al codice civile richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore, e come tale si alimenta dal dovere di solidarietà e salvaguardia, che è tipicamente al fondo dell'articolo 2 costituzione.

Tale concetto per l'appunto va inteso in senso oggettivo, perché enuncia un dovere di solidarietà fondato sull'articolo 2 cost., che operando come un criterio di reciprocità esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge (v. *ex aliis* Cass., Sez. III, Ordinanza n. 9200 del 02/04/2021; Cass., Sez. III, Sentenza n. 22819 del 10/11/2010).

In questa prospettiva deve essere valutato anche il limite del concordato semplificato quale strumento di liquidazione del patrimonio.

Il concordato semplificato è di tipo essenzialmente liquidatorio, ma la necessità del rispetto della buona fede oggettiva (anche in funzione esegetica) e della posizione strutturalmente defilata ascritta ai creditori, si riflette sul piano di liquidazione.

L'art. 25 *septies* consente un piano di liquidazione comprensivo di offerte aventi a oggetto anche il trasferimento di uno o più rami d'azienda o di specifici beni.

Ma è da ritenere che non possa esser consentito al debitore, una volta naufragate le trattative di composizione e fatta la scelta del semplificato, di continuare nello svolgimento dell'attività d'impresa, neppure in forma indiretta.

Vi si oppongono ancora una volta le caratteristiche strutturali del concordato semplificato, nel quale i creditori non hanno la possibilità di esprimersi sulla conservazione in capo al debitore di rami aziendali.

In definitiva il concordato semplificato può sì prevedere – come dice l'art. 25 *septies* – il trasferimento a terzi dell'intera azienda o di suoi rami, ma in ogni caso non può essere basato su una prospettazione di continuità, nep-

pure indiretta, perché alla fine tutto il patrimonio deve essere liquidato, in un modo o nell'altro.

Il debitore che invece intenda continuare l'attività d'impresa, così da trattenere l'azienda in tutto o in parte, deve optare per il concordato preventivo, e quindi sottoporre la proposta concordataria all'approvazione (e al voto) dei creditori.

6. L'omologazione del tribunale e il senso ultimo del concordato semplificato

Il concordato semplificato è soggetto all'omologazione del tribunale.

Il punto fondamentale è dato dall'oggetto della valutazione costì rimessa, in ragione del quale può comprendersi il senso ultimo della disciplina di legge.

Il tribunale, dice l'art. 25 *sexies*, deve omologare il concordato semplificato quando, nel rispetto dell'ordine delle cause di prelazione, il piano di liquidazione è fattibile e la proposta (i) non arreca pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale e (ii) assicura comunque a ciascuno di loro un'utilità.

Il riferimento all'alternativa della liquidazione giudiziale, anziché a qualunque alternativa praticabile, è significativo in rapporto al *cram down*, giacché codesto è chiaramente attenuato dal fatto di non esser riferito al miglior soddisfacimento dei creditori ma solo alla mancanza di pregiudizio e alla assicurazione di una qualche utilità.

Occorre intendere in modo corretto la logica a ciò sottesa.

E occorre farlo – potremmo dire – laicamente.

La logica è quella di favorire il debitore, ma in termini di coerenza con lo strumento di composizione al quale l'istituto accede.

Il concordato semplificato, accessibile solo al termine della composizione negoziata, presuppone che in base alle emergenze della relazione dell'esperto le trattative, pur essendosi svolte secondo correttezza e buona fede, non abbiano avuto esito positivo, sì che le soluzioni individuate non risultino praticabili per fatto non imputabile al debitore.

Poiché la non praticabilità delle soluzioni alternative è valutata all'esito della interlocuzione coi creditori mediata dall'esperto, questo sta a significare che le soluzioni possibili nella più gran parte dei casi debbono considerarsi naufragate per l'atteggiamento assunto non dal debitore, ma dai creditori medesimi.

Ecco allora la ragione del concordato semplificato: si tratta certamente di uno strumento dettato in favore del debitore, ma con lo sguardo rivolto agli stessi creditori, perché costoro debbono aver ben chiaro che, ove vi siano soluzioni infine praticabili secondo le alternative previste dall'art. 23, le quali tuttavia risultino in concreto precluse per effetto dell'esito negativo delle trattative, la liquidazione dei beni non potrà essere interna alla liquidazione giudiziale sebbene conseguente alla liquidazione concordataria: una liquidazione dettata dal debitore, nella quale i creditori non hanno diritto di voto e nella quale il margine funzionale non sarà rappresentato dal canone tradizionale del miglior soddisfacimento dei creditori stessi, ma da quello, molto più lasco, della mancanza di pregiudizio rispetto all'alternativa liquidatoria giudiziale e della assicurazione di una qualche utilità per ciascuno.

In questa specifica prospettiva dunque il tribunale, nella comparazione con lo scenario alternativo della liquidazione giudiziale, è chiamato a valutare, col parere dell'esperto e dell'ausiliario, il piano dell'attivo e il piano di liquidazione proposto dal debitore conside-

rando tutto quel che può condizionare l'esito dell'uno o dell'altro, compresi ovviamente gli oneri suscettibili di gravare in prededuzione sulla massa per eventuali compensi professionali, nonché in generale i costi che ragionevolmente saranno sostenuti nell'eventuale procedura alternativa.

Tutto questo trova base nella formula relativa alla mancanza di pregiudizio per i creditori, elemento basico del giudizio di maggior convenienza.

È vero che il tribunale è vincolato ad accertare pure che venga assicurata una qualche utilità a ciascun creditore, ma è anche vero che la legge non prescrive che essa debba essere necessariamente integrata in termini monetari.

Al dunque il dato fondamentale è dunque legato al *cram down*.

Non essendo richiesta la prova di uno specifico vantaggio derivante dall'esecuzione del piano, ed essendo sufficiente invece che la soddisfazione ipotizzata dalla proposta del debitore risulti almeno equivalente – e per questo non pregiudizievole – rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, è palese la finalità avuta di mira dal legislatore.

La finalità è quella di fare del concordato semplificato una sorta di strumento di pressione per indurre i creditori a non intralciare, con atteggiamenti ostruzionistici, gli obiettivi della composizione negoziata.

Ove sia accertata la sussistenza delle condizioni di legge, il tribunale procederà difatti a omologare comunque il concordato con decreto immediatamente esecutivo, nominando un liquidatore al quale si applicheranno, per quanto compatibili, le disposizioni previste per il concordato preventivo.

Francesco Terrusi
Magistrato Sezione I
Suprema Corte di Cassazione

SUL CONFLITTO DI INTERESSI

1. La nozione di conflitto di interessi nella Costituzione

Il conflitto di interessi, inteso come svolgimento imparziale delle funzioni pubbliche, è delineato nella Carta costituzionale, nei seguenti articoli:

- art. 54. Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi. I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con ***disciplina ed onore***, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge.
- art. 97. Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il ***buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione***. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.
- art. 98. ***I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione***. Se sono membri del Parlamento, non possono conseguire promozioni se non per anzianità. Si possono con legge stabilire limitazioni al diritto d'iscriversi ai partiti politici per i magistrati, i militari di carriera in servizio attivo, i funzionari ed agenti di polizia, i rappresentanti diplomatici e consolari all'estero.

Dal che si trae che il soggetto al quale è affidata una responsabilità decisionale non può avere interessi personali che contrastino, anche potenzialmente, con l'interesse pubblico perseguito.

Il riferimento immediato è ai principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, rilevanti in ambiti diversi, tra i quali è ricompreso il diritto.

In applicazione dei su estesi principi, con la legge del 6 novembre del 2012, n. 190, il legislatore ha introdotto l'articolo 6 *bis* alla legge del 7 agosto del 1990, n. 241, titolato "*conflitto di interessi*": il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale.

Pertanto, con tale disposizione si vuole sottolineare come il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici coinvolti nel procedimento hanno l'obbligo di segnalare ogni conflitto di interesse, anche solo potenziale.

2. Premessa. La fonte regolamentare

Preliminarmente, va evidenziato che il Codice Deontologico Forense non ha un proprio autonomo carattere normativo, essendo costituito da un insieme di regole che gli organi di governo degli avvocati si sono date per attuare i valori caratterizzanti la propria professione e garantire la libertà, la sicurezza e la inviolabilità della difesa.

Ciò premesso, l'art. 24 del codice deontologico recita:

1. L'avvocato deve astenersi dal prestare attività professionale quando questa possa determinare un conflitto con gli interessi della parte assistita e del cliente o interferire con lo svolgimento di altro incarico anche non professionale.

2. L'avvocato nell'esercizio dell'attività professionale deve conservare la propria indipendenza e difendere la propria libertà da pressioni o condizionamenti di ogni genere, anche correlati a interessi riguardanti la propria sfera personale.

3. Il conflitto di interessi sussiste anche nel caso in cui il nuovo mandato determini la violazione del segreto sulle informazioni fornite da altra parte assistita o cliente, la conoscenza degli affari di una parte possa favorire ingiustamente un'altra parte assistita o cliente, l'adempimento di un precedente mandato limiti l'indipendenza dell'avvocato nello svolgimento del nuovo incarico.

4. L'avvocato deve comunicare alla parte assistita e al cliente l'esistenza di circostanze impeditive per la prestazione dell'attività richiesta.

5. Il dovere di astensione sussiste anche se le parti aventi interessi confliggenti si rivolgano ad avvocati che siano partecipi di una stessa società di avvocati o associazione professionale o che esercitino negli stessi locali e collaborino professionalmente in maniera non occasionale.

Sicché, l'avvocato ha obbligo di astenersi dalla prestazione di attività professionale, in quanto:

- possa determinare un conflitto con gli interessi della parte assistita e del cliente,

ovvero

- interferire con lo svolgimento di altro incarico, anche non professionale, nella ricorrenza delle ipotesi di conflitto così tipizzabili (secondo il principio che deve connotare, per quanto possibile, la condotta delle norme di rilevanza disciplinare, ai sensi della l. n. 47 del 2012, art. 3, 3° co.):
  a) assunzione di un nuovo mandato che determini la violazione del segreto sulle informazioni fornite da altra parte assistita o cliente;
  b) conoscenza degli affari di una parte che possa favorire ingiustamente un altro assistito o cliente, pregiudicando il primo;
  c) adempimento di un precedente mandato che limiti l'indipendenza dell'avvocato nello svolgimento del nuovo incarico[1].

3. La natura di illecito di pericolo del conflitto di interessi

Il canone in scrutinio introduce nella materia disciplinare il principio di offensività, proprio del diritto penale, secondo il quale la sussistenza dell'illecito va, comunque, riscontrata alla luce della lesione o messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma, con accertamento in concreto, effettuato *ex post*; tale bene giuridico va considerato unico per tutte le ipotesi di illecito disciplinare ed è identificabile – secondo quanto emerge esplicitamente dall'art. 9, rubricato "*doveri di probità, dignità, decoro e indipendenza*" il quale dispone che l'avvocato debba esercitare l'attività professionale con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo costituzionale e sociale della difesa, rispettan-

[1] CNF, 21 novembre 2017, n. 180: La ratio dell'art. 68, co. 1, codice deontologico (già art. 51 codice previgente) va ricercata nella tutela dell'immagine della professione forense, ritenendosi non decoroso né opportuno che un avvocato muti troppo rapidamente cliente, passando nel campo avverso senza un adeguato intervallo temporale e prescinde anche dal concreto utilizzo di eventuali informazioni acquisite nel precedente incarico, non solo quando il nuovo incarico sia inerente al medesimo procedimento nel quale il difensore abbia assistito un'altra parte, che abbia un interesse confliggente con quello del nuovo assistito, ma anche nella ipotesi in cui il giudizio successivamente instaurato, pur avendo un *petitum* diverso, scaturisca da un identico rapporto.

do i principi della corretta e leale concorrenza – oltre che con il potenziale danno subito dalla parte lesa dalla condotta dell'avvocato, ma anche, e soprattutto, con la compromissione dell'immagine del professionista e dell'intera categoria forense (sotto il profilo della dignità dell'esercizio professionale), incidendo negativamente sull'affidamento della collettività sulla capacità degli avvocati di fare fronte ai doveri che l'alta funzione esercitata impone[2].

L'orientamento giurisprudenziale prevalente, formatosi sotto il vigore della norma che in precedenza disciplinava la materia (l'art. 37 del codice deontologico in vigore sino al 2014, poi sostituito dal riportato art. 24), sosteneva che la condotta dell'avvocato, al fine di integrare un illecito disciplinare, presupponesse l'esistenza di un conflitto di interessi "***effettivo***"[3].

Diversamente l'attuale art. 24 vieta all'avvocato qualunque tipologia di condotta che possa generare un conflitto di interessi anche solo "***potenziale***".

In tal modo la norma vigente ha notevolmente ampliato la casistica degli illeciti disciplinari in materia, rendendo il conflitto di interessi un illecito di pericolo.

Il necessario dovere di correttezza, prescritto dall'art. 9 cod. deont. e riferito all'art. 24 cod. deont., impone al professionista di evitare situazioni che possano, anche solo, far dubitare della propria correttezza e, quindi, perché si verifichi l'illecito, è sufficiente che potenzialmente l'opera del professionista possa essere condizionata da interessi con la controparte[4].

In conclusione, la norma che fa divieto all'avvocato di prestare attività professionale quando questa determini un conflitto con gli interessi di un proprio assistito o interferisca con lo svolgimento di altro incarico, prescinde, per la relativa configurazione, dalla ricorrenza di un danno, dando rilievo unicamente alla condotta dell'avvocato.

La circostanza, in concreto, dell'assenza di un pregiudizio può, soltanto, al più rilevare ai fini della determinazione della sanzione disciplinare.

4. Le singole fattispecie normate. La regola somministrata dall'art. 68 cod. deont.

L'art. 68 del cod. deont. – Assunzione di incarichi contro una parte già assistita – prevede:

1. L'avvocato può assumere un incarico professionale contro una parte già assistita solo quando sia trascorso almeno un biennio dalla cessazione del rapporto professionale.
2. L'avvocato non deve assumere un incarico professionale contro una parte già assistita quando l'oggetto del nuovo incarico non sia estraneo a quello espletato in precedenza.
3. In ogni caso, è fatto divieto all'avvocato di utilizzare notizie acquisite in ragione del rapporto già esaurito.
4. L'avvocato che abbia assistito congiuntamente coniugi o conviventi in controversie di natura familiare deve sempre astenersi dal prestare la propria assistenza in favore di uno di essi in controversie successive tra i medesimi.
5. L'avvocato che abbia assistito il minore in controversie familiari deve sempre astenersi dal prestare la propria assistenza in favore di uno dei genitori in successive controversie pagina 32 di 34 aventi la medesima natura, e viceversa.

Sussiste, in definitiva, l'obbligo previsto per l'avvocato che abbia assistito congiunta-

[2] Tra le tante CNF n. 178 del 25 ottobre 2021.
[3] Cass., Sez. Un., 15 ottobre 2002 n. 146193.
[4] Cass., Sez. Un., 11 marzo 2019, n. 6961.

mente i coniugi in controversie familiari, di astenersi dal prestare la propria assistenza in controversie successive tra i medesimi in favore di uno di essi.

Il divieto di prestare attività professionale in conflitto di interessi anche solo potenziale (art. 24 c.d.f., già art. 37 codice previgente) risponde all'esigenza di conferire protezione e garanzia non solo al bene giuridico dell'indipendenza effettiva e dell'autonomia dell'avvocato ma, altresì, alla loro apparenza (in quanto l'apparire indipendenti è tanto importante quanto esserlo effettivamente).

Conseguentemente:

1) l'interesse protetto trascende i rapporti tra professionista e parte. Pertanto, neanche l'eventuale consenso della parte assistita – pur resa edotta e, quindi, scientemente consapevole della condizione di conflitto di interessi – può valere ad assolvere il professionista dall'obbligo di astenersi dal prestare la propria attività;
2) poiché si intende evitare situazioni che possano far dubitare della correttezza dell'operato dell'avvocato, perché si verifichi l'illecito (c.d. di pericolo) è irrilevante l'asserita mancanza di danno effettivo.

Il codice deontologico ha normato i descritti casi in materia di conflitto di interessi: in tali casi sussiste, comunque, l'obbligo di astensione dell'avvocato, e ciò a prescindere dalla sussistenza, in astratto, di un potenziale pericolo per le parti.

Il primo canone opera una sorta di tipizzazione legale del conflitto di interessi (che perciò si sottrae alla valutazione della sua sussistenza in concreto) esplicitando che:

- esso sussiste ogniqualvolta il nuovo mandato determini la violazione del segreto sulle informazioni fornite da altro assistito, ovvero quando la conoscenza degli affari di una parte può avvantaggiare ingiustamente un altro assistito ovvero, ancora, quando lo svolgimento di un precedente mandato limiti l'indipendenza dell'avvocato nello svolgimento di un nuovo incarico.

Il secondo canone enuncia, invece, la regola secondo cui

- l'obbligo di astensione sussiste se le parti aventi interessi in conflitto si rivolgano ad avvocati che siano partecipi della stessa società di avvocati o della medesima associazione professionale ovvero che esercitino negli stessi locali.

A tal proposito giova sottolineare che dal 2006[5] sono state equiparate le situazioni dell'associazione professionale alla mera condivisione dello stesso studio, che statisticamente sappiamo riguardare un numero molto più elevato di situazioni.

Per evitare di attribuire eccessiva discrezionalità al canone anzidetto, il principio di legalità viene affiancato dai principi di tassatività e determinatezza, o anche di precisione

Nel diritto amministrativo, il principio di legalità è irrinunciabile quanto nel diritto penale, perché fornisce un presidio di garanzia nei confronti di un'attività unilaterale a carattere autoritativo, che, quindi, si impone alle parti e deve, pertanto, essere necessariamente predeterminata dal legislatore.

L'art. 24 del codice deontologico forense stabilisce che:

5. Il dovere di astensione sussiste anche se le parti aventi interessi confliggenti si rivolgano ad avvocati che siano partecipi di una stessa società di avvocati o associazione pro-

[5] Delibera CNF 27 gennaio 2006.

fessionale o che esercitino negli stessi locali e collaborino professionalmente in maniera non occasionale.

Esercitare negli stessi locali e collaborare professionalmente costituiscono un'endiade, nel senso che sono condizioni entrambe necessarie affinché si consumi la violazione disciplinare.

Non si ignora che si è posta, con riferimento agli obblighi imposti al Consigliere dell'Ordine dall'art. 28 l. 247/2012, la questione relativa agli incarichi c.d. "indiretti": il Coa di Macerata, in data 2.2.16, ha chiesto un parere in ordine alla legittimità o meno dell'affidamento degli incarichi "indiretti ad Avvocati, appartenenti al Consiglio dell'Ordine, da parte dei vari uffici del Circondario"; ha chiesto, altresì, se sia legittimo il conferimento di detti incarichi ad avvocati in associazione professionale di cui faccia parte il Consigliere dell'Ordine.

Il Consiglio Nazionale Forense ha osservato, sul punto, che: il divieto imposto dalla legge, oltre ad investire "gli incarichi giudiziari" diretti "da parte dei magistrati del circondario" si estenda anche agli incarichi c.d. "indiretti", intendendosi come tali quelli conferiti al Collega di studio specie se in associazione con il Consigliere.

Ma ha aggiunto: il divieto imposto dal legislatore mira ad evitare qualsiasi dubbio in ordine alla sussistenza di un interesse economico, diretto od indiretto, da parte di chi assuma l'incarico di Consigliere dell'Ordine; si è voluto quindi attribuire all'incarico la dignità che gli compete, sgombrando il campo da incompatibilità e dal sospetto di interessi diversi da quelli che derivano dal corretto svolgimento del ruolo assunto all'interno dell'avvocatura[6].

Nel caso di specie, il precetto non è rivolto al Collega di studio (come, invece, nel caso del conflitto di interessi), ma al Consigliere, il quale nulla può rimproverarsi (né impedire) se il magistrato del circondario conferisce un incarico ad un Collega di Studio.

Quindi non è sanzionabile.

Ugualmente il Collega di Studio: l'art. 28 l. 247/2012 non gli impedisce di accettare incarichi da magistrati del circondario.

Diversamente per le associazioni professionali: in questo caso l'incarico è indiretto, perché conferito all'associazione, ma l'interesse economico evidente, in quanto il Consigliere socio partecipa agli utili.

In quest'ultimo caso, il Consigliere (e non il Collega di Studio) deve optare tra il permanere nell'associazione o dimettersi dall'incarico consiliare.

Il che risponde all'esigenza di conferire protezione e garanzia non solo al bene giuridico dell'indipendenza effettiva e dell'autonomia dell'avvocato ma, altresì, alla loro apparenza.

È irrilevante, pertanto, se il conflitto abbia carattere reale o meramente potenziale.

5. Le ipotesi di conflitto di interessi enucleate dalla giurisprudenza domestica e di legittimità

A) Conflitto di interessi e condivisione dei locali con il legale di controparte.

L'avvocato deve astenersi dall'accettare il mandato qualora il legale avversario faccia parte della propria società o associazione professionale ovvero eserciti negli stessi locali e vi collabori professionalmente in maniera non occasionale (art. 24, co. 5, c.d.f.). In particolare, a differenza del codice previgente (art. 37), ove tale ultimo inciso mancava, ai fini dell'obbligo di astensione è ora necessaria una collaborazione continuativa e non occa-

[6] CNF, Rel. Amadei, 13 luglio 2016, n. 81.

sionale tra i professionisti, la quale va provata "oltre ogni ragionevole dubbio" e non può quindi essere desunta da meri elementi presuntivi come l'uso comune di linee telefoniche e/o di servizi di posta elettronica, trattandosi di risorse logistiche neutre – a differenza della PEC – compatibili con una condivisione degli spazi di uno stesso studio riferibili anche a semplici rapporti di ospitalità e/o amicizia[7].

B) Conflitto di interessi *ex* art. 24 codice deontologico forense. Assistenza del medesimo difensore di una s.n.c. e di alcuni soci della stessa.

Nei rapporti tra avvocato e cliente, la nozione di conflitto di interessi, ai sensi e per gli effetti dell'art. 24 del codice deontologico forense, presuppone che il professionista abbia assunto il mandato anche in relazione ad un diverso soggetto in conflitto di interesse con il primo; ne consegue che, in virtù della distinta autonomia e capacità di una società personale rispetto a quella dei singoli soci, non integra l'illecito "de quo" la condotta dell'avvocato che ha dapprima svolto incarichi professionali in favore di una società in nome collettivo e, di seguito, difeso alcuni dei soci nel giudizio di accertamento della giusta causa di recesso, esercitato, ai sensi dell'art. 2285 c.c., da un socio receduto. Corte di Cassazione (pres. Virgilio, rel. Nazzicone), SS.UU, Sentenza n. 8337 del 15 marzo 2022.

C) Conflitto di interessi anche solo potenziale: l'illecito di pericolo non presuppone la produzione di un danno.

L'art. 37 cod. deont. (ora, 24) mira ad evitare situazioni che possano far dubitare della correttezza dell'operato dell'avvocato e, quindi, perché si verifichi l'illecito, è sufficiente che potenzialmente l'opera del professionista possa essere condizionata da rapporti di interesse con la controparte. Facendo riferimento alle categorie del diritto penale, l'illecito contestato all'avvocato è un illecito di pericolo e non di danno. Quindi l'asserita mancanza di danno è irrilevante perché il danno effettivo non è elemento costitutivo dell'illecito contestato[8].

D) Conflitto di interessi ed azioni contro la parte in precedenza assistita.

Costituisce illecito deontologico la condotta del professionista che in seguito alla dismissione del mandato – indipendentemente dal fatto che questa sia dovuta a revoca o rinuncia – assuma il mandato da soggetto che abbia un interesse confliggente con quello del proprio ex cliente utilizzando contro quest'ultimo informazioni dallo stesso assunte nell'espletamento del precedente mandato[9].

E) Conflitto di interessi con la parte assistita e rinuncia al mandato.

Qualora il mandato professionale non possa essere svolto in assoluta libertà ed indipendenza da ogni vincolo, il professionista ha l'obbligo di rinunciare al mandato.

In tali casi la situazione di conflitto deve essere sopravvenuta e la *ratio* della norma va individuata nella effettività del diritto di dife-

[7] CNF, Rel. Melogli, 22 marzo 2022, n. 22: nel caso di specie, il Consiglio territoriale aveva comminato la sanzione della sospensione dall'esercizio della professione per due mesi al professionista che aveva assistito un soggetto convenuto in giudizio da un attore difeso da un avvocato che esercitava la professione nei suoi medesimi locali. In applicazione del principio di cui in massima, rilevato che – in base al principio accusatorio – *ex actis* non emergeva in modo certo che i due professionisti, oltre a condividere i locali di studio, collaborassero anche in maniera non occasionale, il CNF ha accolto il ricorso e quindi annullato la sanzione disciplinare.

[8] Cass., Sez. Un., 13 maggio 2021, n. 12902.

[9] CNF, 21 novembre 2017, n. 180.

sa, che potrebbe essere compromesso dagli interessi contrastanti verificatisi tra cliente ed avvocato

La norma di cui all'art. 37 c.d.f. (ora, 24 n.c.d.f.) mira ad assicurare che il mandato professionale sia svolto in assoluta libertà ed indipendenza da ogni vincolo, ossia in piena autonomia: prerogative, queste, funzionali a rendere effettivo e concreto il diritto di difesa. In difetto, la rinuncia al mandato – che pure non deve necessariamente realizzarsi ad horas o comunque con assoluta immediatezza – certo non può essere procrastinata per mesi ed intervenire dopo una considerevole attività professionale, e ciò a prescindere che il conflitto stesso non abbia in concreto recato pregiudizio al cliente, circostanza – questa – che vale esclusivamente ad attenuare la portata lesiva della violazione, ma non a scriminarla, riverberandosi sulla misura della sanzione[10].

F) Conflitto di interessi e domiciliazione.

La regola in tema di conflitto di interessi si applica anche al domiciliatario.

Il domiciliatario, di conseguenza, non può accettare incarichi contro propri clienti, a nulla rilevando che svolga o meno, in concreto attività defensionale in sostituzione del ***dominus***.

Il ruolo di domiciliatario si inquadra nell'ambito dell'attività professionale, e che pertanto anche in tale veste l'avvocato debba uniformarsi ai doveri di lealtà e correttezza, nonché di imparzialità e indipendenza;

Il sostituto in udienza non è un mero portavoce del *dominus*, potendo egli svolgere, senza limiti oggettivi, l'attività che avrebbe svolto il *dominus* stesso, ed essendo quindi soggetto agli stessi vincoli incombenti sul mandante[11].

6. Conflitto di interessi nelle ipotesi di arbitrato, curatore speciale ed amministratore di sostegno

Il d.lgs. n. 149/2022 ha portato **alcune innovazioni in materia di arbitrato** (articolo 3, commi 52, 53, 54, 55, 56 e 57 del d.lgs. n. 149/2022, in vigore per i **procedimenti instaurati dopo il 30 giugno 2023**), peraltro di sicuro interesse per i connessi profili deontologici, con riguardo al regime delle incompatibilità

La Riforma Cartabia recepisce le istanze interpretative volte a promuovere la sostanziale

[10] CNF, 30 dicembre 2023, n. 229: nel caso di specie, l'avvocato veniva eletto sindaco di un Comune ma ciononostante, dopo oltre un anno dall'elezione, non dismetteva il mandato nei confronti di più imputati di reati edilizi nei quali era parte offesa il Comune stesso. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare dell'avvertimento.

[11] CNF, Rel. Merli, 31 dicembre 2016, n. 393: anche il domiciliatario deve uniformarsi ai doveri di lealtà, correttezza, imparzialità ed indipendenza, sicché non può accettare incarichi contro propri clienti, a nulla rilevando che si tratti di procedimenti celebrati telematicamente mediante PCT e PEC ovvero con potenziale attività diretta del dominus, la quale infatti non elide né scrimina il conflitto, anche solo potenziale, di interessi in quanto, più che la forma giuridica nella quale viene svolta la collaborazione fra colleghi, assume rilevanza il rapporto stesso di collaborazione continuativa e pubblica, tale da indurre chiunque a dubitare dell'autonomia di determinazione dei professionisti partecipi al sodalizio che si trovino a tutelare soggetti con posizioni opposte (Nel caso di specie, il professionista veniva sanzionato perché domiciliatario in una causa contro un proprio cliente, ritenendo che l'attività richiestagli fosse "puramente materiale e passiva", nonché del tutto marginale in ragione dell'uso diretto di PCT e PEC da parte del dominus, che tuttavia aveva sostituito in un'udienza. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha rigettato l'eccezione, confermando la sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale per la durata di mesi quattro).

equiparazione, sul piano degli effetti, del procedimento arbitrale a quello giudiziale.

Di conseguenza, è stato rafforzato il principio di **imparzialità ed indipendenza degli arbitri**, che possono essere **ricusati per gravi ragioni di convenienza**, prevedendo altresì l'obbligo di rilasciare, al momento dell'accettazione della nomina, una **dichiarazione** che contenga tutte le circostanze di fatto rilevanti.

Nel caso in cui tale dichiarazione sia omessa, l'accettazione sarà nulla; laddove invece al momento dell'accettazione l'arbitro abbia omesso di dichiarare le circostanze rilevanti per la ricusazione, l'arbitro decadrà dal suo ufficio.

La Relazione ha, difatti, evidenziato lo scopo della norma che è quello di "*rinsaldare la fiducia nell'istituto in capo ai potenziali fruitori e a coloro che vi si intendono rivolgere*".

L'art. 61 del cod. deont. così disciplina la materia delle incompatibilità:

1. L'avvocato chiamato a svolgere la funzione di arbitro deve improntare il proprio comportamento a probità e correttezza e vigilare che il procedimento si svolga con imparzialità e indipendenza.
2. L'avvocato non deve assumere la funzione di arbitro quando abbia in corso, o abbia avuto negli ultimi due anni, rapporti professionali con una delle parti e, comunque, se ricorre una delle ipotesi di ricusazione degli arbitri previste dal codice di rito.
3. L'avvocato non deve accettare la nomina ad arbitro se una delle parti del procedimento sia assistita, o sia stata assistita negli ultimi due anni, da altro professionista di lui socio o con lui associato, ovvero che eserciti negli stessi locali. In ogni caso l'avvocato deve comunicare per iscritto alle parti ogni ulteriore circostanza di fatto e ogni rapporto con i difensori che possano incidere sulla sua indipendenza, al fine di ottenere il consenso delle parti stesse all'espletamento dell'incarico.

L'avvocato non può, quindi, accettare la nomina ad arbitro se una delle parti è assistita da altro professionista con il quale intercorre un rapporto di società o associazione ovvero che eserciti negli stessi locali la professione.

Da ciò deriva che non solo l'accettazione ma anche l'effettivo esercizio del mandato arbitrale nelle predette condizioni di incompatibilità assuma un proprio ed autonomo rilievo disciplinare e produca tali effetti sino alla fine dello svolgimento del mandato.

Il mantenimento dell'incarico è sicuramente un comportamento volontario del professionista che avrebbe potuto recedere invocando la giusta causa dell'incompatibilità e del conseguente obbligo di non assunzione dell'incarico sicché, con l'aver svolto sino alla fine la sua funzione di arbitro il medesimo ha posto in essere una condotta di carattere permanente e rilevante come illecito disciplinare autonomamente dalla stessa assunzione dell'incarico di arbitro.

Né alcun effetto sanante può attribuirsi alla circostanza per cui nessuna contestazione all'assunzione e all'espletamento del mandato arbitrale venga mossa nel corso del procedimento arbitrale dalle parti.

Il divieto di assunzione è infatti inteso a tutelare il profilo deontologico dell'avvocatura garantendo l'indipendenza e l'imparzialità del collegio arbitrale in quanto tale e a prescindere dalla correttezza dello svolgimento effettivo del mandato.

Sicché non è negoziabile dalle parti.

Né la disposizione contenuta nell'art. 61 secondo cui "*In ogni caso l'avvocato deve co-*

municare per iscritto alle parti ogni ulteriore circostanza di fatto e ogni rapporto con i difensori che possano incidere sulla sua indipendenza, al fine di ottenere il consenso delle parti stesse all'espletamento dell'incarico" può essere interpretata come una sorta di sottoposizione del divieto alla volontà delle parti del procedimento arbitrale.

Al contrario è proprio al fine di garantire la trasparenza del procedimento e la indipendenza e imparzialità del collegio che si fa obbligo agli avvocati nominati arbitri di comunicare ogni possibile causa di menomazione di questi requisiti per consentire alle parti di esprimere il proprio dissenso alla nomina[12].

Discorso analogo va fatto per il curatore speciale del minore.

Il 22 giugno 2022 sono entrate in vigore le disposizioni della riforma del processo civile che si riferiscono al Curatore speciale del minore.

Si tratta di una figura nominata dal Giudice e incaricata di rappresentare ed assistere il minore in tutti i procedimenti nei quali, anche solo in astratto, si configura l'ipotesi di conflitto di interessi tra e con i genitori.

Il Curatore speciale del minore avrà, comunque, il dovere di evitare incompatibilità nel rispetto dell'art. 24 c.d.f. e ha inoltre l'obbligo di astenersi dall'assumere l'incarico ove abbia assistito in altre controversie, anche con oggetto diverso, le persone appartenenti allo stesso nucleo familiare[13].

7. Conflitto di interessi ed invalidità della procura ad litem rilasciata per seconda

È principio consolidato di legittimità che lo svolgimento simultaneo di attività difensive per conto di soggetti portatori di pretese collidenti da parte del medesimo procuratore e difensore viola il diritto di difesa ed il principio del contraddittorio, determinando l'invalidità degli atti compiuti[14].

Ad ogni modo, una volta rilevato il conflitto, l'invalidità colpisce il mandato conferito per secondo (Cass. Civ., 19 marzo 1984, n. 1860).

Nel caso in cui la difesa di due parti in conflitto anche solo potenziale di interessi sia stato affidato allo stesso legale, la parte che abbia conferito per seconda la procura al procuratore nominato dall'altra deve ritenersi non costituita in giudizio, perché un difensore non può assumere il patrocinio di due parti che si trovino o possono trovarsi in posizione di contrasto.

In conclusione, qualora la difesa di due parti, tra loro in conflitto anche solo potenziale di interessi, sia stata affidata allo stesso avvocato, la parte che abbia conferito per seconda la procura a quest'ultimo deve ritenersi non costituita in giudizio, perché un difensore non può assumere il patrocinio di due parti che si trovino o possono trovarsi in posizione di contrasto[15].

Carlo Arnulfo
Avvocato del Foro di Roma
Componente Commissione Deontologia

[12] Cass., Sez. Un., 9 aprile 2020, n. 7761.

[13] CNF, 22 giugno 2022: raccomandazioni per gli avvocati curatore speciali dei minori.

[14] Ex multis Cass., 25 febbraio 2005, n. 21350: la Suprema Corte ha, tuttavia, specificato che il conflitto di interessi, sebbene possa essere meramente virtuale (quindi legato ad interessi anche solo potenzialmente in contrapposizione), deve essere necessariamente attuale, posto che una contrapposizione di interessi "*già sussistente e successivamente superata, ove tale risulti in equivocamente dagli atti processuali, non ha rilevanza così come nell'ipotesi in cui taluna delle più parti, inizialmente portatori, di interessi collidenti e distintamente costituite, abbia rinunciato alle proprie pretese in conflitto con le altre e si sia poi costituita, nel successivo grado congiuntamente alle stesse, con un unico difensore*".

[15] Cass., Sez. Un., 12 marzo 2021, n. 7030.

L'ISTITUTO DELL'INTERPELLO TRIBUTARIO ALLA LUCE DELLA LEGGE DELEGA AL GOVERNO PER LA RIFORMA FISCALE

L'interpello a pagamento. Questo uno degli obiettivi posti dalla riforma fiscale[1]*, al capo II della Legge Delega, dedicata ai rapporti tra fisco e contribuenti. In tale contesto, l'Interpello, quale originario strumento volto a realizzare un dialogo preventivo con l'Amministrazione Finanziaria, con l'introduzione di una "fee di ingresso", rischia di veder affievolita la sua funzione cardine. Di contro, il contributo, secondo il legislatore, garantirebbe al contribuente risposte più puntuali e professionali.*

Prima di entrare nel merito delle novità che la riforma fiscale si appresta ad introdurre, occorre delineare, seppur brevemente, i requisiti, le tipologie e le caratteristiche dell'interpello, tali da renderlo un **efficace strumento di tutela a disposizione del contribuente e, pertanto, del professionista che lo assiste**.

L'istituto dell'interpello[2] costituisce un vero e proprio strumento di tutela, a carattere **preventivo**, ad iniziativa del contribuente, volto a conoscere la posizione dell'Amministrazione Finanziaria in merito all'interpretazione e, dunque, all'applicazione di norme tributarie rispetto ad un caso concreto e personale, prospettato dal contribuente.

L'istituto si muove nel duplice obiettivo di leale collaborazione tra fisco e contribuente, nonché di certezza del diritto così come enunciati nello Statuto del Contribuente[3].

Sono a disposizione dei contribuenti quattro diverse tipologie di interpello:

1. ***L'interpello ordinario/qualificatorio***[4]: sulla corretta interpretazione di disposizioni normative e sulla corretta qualificazione di fattispecie alla luce delle disposizioni tributarie applicabili alle medesime. Sono tuttavia escluse dall'interpello qualificatorio le ipotesi caratterizzate, alternativamente: da una spiccata ed ineliminabile rilevanza dei profili fattuali riscontrabili dalla stessa Amministrazione finanziaria ma solo in sede di accertamento[5], ovvero, dalla necessità di espletare attività istituzionalmente di competenza di altre Amministrazioni, enti o soggetti che presuppongono accertamenti di tipo tecnico e non di carattere fiscale[6];
2. ***L'interpello probatorio***[7]: teso ad ottenere un parere preventivo dell'Agenzia delle Entrate in relazione alla sussistenza delle condizioni ed alla valutazione sull'idoneità degli elementi probatori richiesti per l'accesso a specifici regimi fiscali nei casi espressamente previsti dalla legge (a titolo esemplificativo: regime CFC, operazioni con soggetti residenti in paesi c.d. "black list"; accesso al regime di consolidato etc.);

[1] Legge Delega al Governo per la riforma fiscale A.C. 1038 del 23/03/2023, approvato dal Consiglio dei Ministri in data 16 marzo 2023.
[2] Disciplinato all'art. 11 della l. n. 212 del 2000, così come modificata dal d.lgs. n. 156 del 2015.
[3] Legge 27 luglio 2000, n. 212.
[4] Di cui alla lettera a) del comma 1, art. 11 della l. n. 212/2000.
[5] Si tratta in sintesi di tutte quelle fattispecie nelle quali, più che rilevare l'aspetto qualificatorio, rilevano i meri accertamenti di fatto.
[6] Cfr. Circolare Agenzia Entrate 1° aprile 2016 n. 9/E.
[7] Di cui alla lettera b) del comma 1, art. 11 della l. n. 212/2000.

3. *L'interpello antiabuso*[8]: fa riferimento ad istanze promosse al fine di interrogare l'Amministrazione sulla configurazione, o meno, di un'ipotesi di abuso del diritto (art. 10 *bis*, Legge n. 212/2000), in merito ad operazioni che il contribuente intende realizzare;

4. ***L'interpello disapplicativo***[9]: per la disapplicazione di norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni soggettive del contribuente, altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario.

Ciò che tuttavia rende l'interpello un efficace strumento di tutela preventiva è la sua **efficacia vincolante per la stessa Amministrazione Finanziaria**, così come disciplinato all'art. 11, comma 3, della l. n. 212/2000.

L'amministrazione ha **l'onere di comunicare la risposta, scritta e motivata, alle istanze di interpello**, rispettivamente nel termine di **novanta giorni**, nel caso di interpello ordinario/qualificatorio e nel termine di **centoventi giorni** nel caso di interpello probatorio, antiabuso e disapplicativo.

La risposta **vincola ogni organo della amministrazione con esclusivo riferimento alla questione oggetto dell'istanza e limitatamente al richiedente**.

In caso poi di mancato e/o tardivo riscontro da parte dell'Amministrazione, **il silenzio equivale a condivisione** della soluzione prospettata dal contribuente.

Ciò con ripercussione anche sugli atti successivi eventualmente emessi dal Fisco nei confronti del contribuente istante che abbia ottenuto una risposta ad interpello positiva e/o condivisiva per "silenzio assenso". Difatti, **come stabilito dallo Statuto del Contribuente, gli atti, anche a contenuto impositivo o sanzionatorio difformi dalla risposta, espressa o tacita, sono nulli**[10].

La risposta non vincola, tuttavia, il contribuente che sarà libero di non attuare la condotta giuridica prospettata nell'interpello e, pertanto, di non uniformarsi alla risposta del Fisco, restando salva la potestà dell'Amministrazione stessa di esercitare le azioni di controllo e accertamento.

Ecco, dunque, che l'interpello positivo viene a formare un sicuro orientamento tributario per il contribuente, tale da poter assicurare anche una posizione di garanzia di fronte all'Agenzia delle Entrate, in circostanze di obiettiva incertezza ed alto valore economico delle operazioni fiscali (vedasi "bonus fiscali", operazioni societarie straordinarie, cessione di ingenti crediti di imposta).

Come chiarito anche dall'Agenzia delle Entrate con la circolare n. 9/E del 1° aprile 2016, nel contenuto dell'interpello, il contribuente dovrà esporre chiaramente l'indicazione del tipo di istanza con esplicito riferimento alle disposizioni che disciplinano il diritto di interpello, la circostanziata e la specifica descrizione della fattispecie di fatto e giuridica in discussione; le specifiche disposizioni di cui si richiede l'interpretazione, l'applicazione o la disapplicazione; nonché **l'esposizione, in modo chiaro ed univoco, della soluzione proposta dal contribuente medesimo, sulla quale si vorrà avere il beneplacito del Fisco**.

Sarà onere del professionista, Avvocato Tributarista, esporre chiaramente la solu-

[8] Di cui alla lettera c) del comma 1, art. 11, della l. n. 212/2000.
[9] Di cui al comma 2, art. 11, della l. n. 212/2000.
[10] Art. 11, comma 3, della l. n. 212/2000.

zione giuridica alla fattispecie concreta e personale del suo assistito, inducendo l'Amministrazione Finanziaria a condividere l'epilogo proposto.

Chiarito dunque l'ambito applicativo dell'istituto in commento, occorre esaminare le recenti novità prospettate dalla riforma fiscale.

Al capo II, articolo 4, della Legge Delega, intitolato "revisione dello statuto dei diritti del contribuente, il legislatore, dopo una rassegna dei principi di legittimo affidamento del contribuente, certezza del diritto e rafforzamento dell'obbligo di motivazione da parte degli enti impositori[11], ha evidenziato con chiarezza **l'esigenza di "razionalizzare" l'istituto dell'interpello, ed il conseguente obiettivo di ridurre il ricorso al suddetto strumento**.

Il raggiungimento di tale obiettivo passerà attraverso 3 diverse azioni: il rafforzamento di FAQ e circolari, che secondo il legislatore vedranno il coinvolgimento anche di professionisti ed intermediari esterni, l'implementazione di tecnologie digitali ad "interlocuzione rapida" (intelligenza artificiale) ed infine **l'introduzione di un contributo graduato in relazione alla tipologia del contribuente o al valore della questione**.

Con la "fee di ingresso" il legislatore si prefigge non solo di ridurre il ricorso allo strumento di interpello, che nell'ultimo anno ha visto la proposizione di oltre diciottomila istanze, ma mira, altresì, ad incrementare la specializzazione e la formazione professionale di coloro i quali alle medesime istanze dovranno dare risposte, certe e motivate. Il gettito derivante dal versamento dei contributi per gli interpelli sarà difatti destinato alla formazione del personale delle Agenzie fiscali, il quale è chiamato ad assicurare il rispetto dei principi di legittimo affidamento del contribuente e certezza del diritto, inizialmente enunciati dal legislatore.

Sembrerebbe, tuttavia, che tale contributo di ingresso sarà limitato alle istanze di interpello antiabuso, come dichiarato in una recente intervista dal Vice Ministro dell'Economia On. Maurizio Leo[12].

Se da un lato, pertanto, si avrà un accesso più limitato allo strumento dell'interpello, dall'altro il contribuente avrà interlocutori delle Agenzie fiscali più preparati, in grado di fornire risposte ancor più puntuali e calzanti.

A ciò consegue, altresì, che il professionista chiamato a rappresentare, con successo, la soluzione della fattispecie tributaria all'Amministrazione Finanziaria, a tutela della posizione fiscale del cliente, dovrà essere uno specialista della materia tributaria e, ancor di più, della singola specializzazione all'interno della stessa materia tributaria.

Massimo Forte e Guerrino Petillo
Avvocati del Foro di Roma
Componenti Commissione Diritto Tributario

[11] Ciò anche in combinato disposto con le novità processuali introdotte dalla recente riforma del processo tributario attuata con l. n. 130/2022.

[12] Intervista de Il Sole-24Ore del 17 marzo 2023.

SUL CARATTERE ABUSIVO DELLE CLAUSOLE DEL CONTRATTO STIPULATO TRA PROFESSIONISTA E CONSUMATORE

Le Sezioni Unite Civili – pronunciandosi ai sensi dell'art. 363, comma 3, c.p.c. su una questione di particolare importanza sorta a seguito delle decisioni della CGUE, in data 17 maggio 2022 (sentenza in C-600/19, Ibercaja Banco; sentenza in cause riunite C-693/19, SPV Project 1503, e C-831/19, Banco di Desio e della Brianza; sentenza in C-725/19, Impuls Leasing Romania; sentenza in C-869/19, Unicaja Banco) – hanno affermato i seguenti principi: Fase monitoria. Il giudice del monitorio: a) deve svolgere, d'ufficio, il controllo sull'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto stipulato tra professionista e consumatore in relazione all'oggetto della controversia; b) a tal fine procede in base agli elementi di fatto e di diritto in suo possesso, integrabili, ai sensi dell'art. 640 c.p.c., con il potere istruttorio d'ufficio, da esercitarsi in armonia con la struttura e funzione del procedimento d'ingiunzione: b.1.) potrà, quindi, chiedere al ricorrente di produrre il contratto e di fornire gli eventuali chiarimenti necessari anche in ordine alla qualifica di consumatore del debitore; b.2) ove l'accertamento si presenti complesso, non potendo egli far ricorso ad un'istruttoria eccedente la funzione e la finalità del procedimento (ad es. disporre c.t.u.), dovrà rigettare l'istanza d'ingiunzione; c) all'esito del controllo: c.1) se rileva l'abusività della clausola, ne trarrà le conseguenze in ordine al rigetto o all'accoglimento parziale del ricorso; c.2) se, invece, il controllo sull'abusività delle clausole incidenti sul credito azionato in via monitoria desse esito negativo, pronuncerà decreto motivato, ai sensi dell'art. 641 c.p.c., anche in relazione alla anzidetta effettuata delibazione; c.3) il decreto ingiuntivo conterrà l'avvertimento indicato dall'art. 641 c.p.c., nonché l'espresso avvertimento che in mancanza di opposizione il debitore-consumatore non potrà più far valere l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto e il decreto non opposto diventerà irrevocabile. Fase esecutiva Il giudice dell'esecuzione: a) in assenza di motivazione del decreto ingiuntivo in riferimento al profilo dell'abusività delle clausole, ha il dovere – da esercitarsi sino al momento della vendita o dell'assegnazione del bene o del credito – di controllare la presenza di eventuali clausole abusive che abbiano effetti sull'esistenza e/o sull'entità del credito oggetto del decreto ingiuntivo; b) ove tale controllo non sia possibile in base agli elementi di diritto e fatto già in atti, dovrà provvedere, nelle forme proprie del processo esecutivo, ad una sommaria istruttoria funzionale a tal fine; c) dell'esito di tale controllo sull'eventuale carattere abusivo delle clausole – sia positivo, che negativo – informerà le parti e avviserà il debitore esecutato che entro 40 giorni può proporre opposizione a decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 650 c.p.c. per fare accertare (solo ed esclusivamente) l'eventuale abusività delle clausole, con effetti sull'emesso decreto ingiuntivo; d) fino alle determinazioni del giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 649 c.p.c., non procederà alla vendita o all'assegnazione del bene o del credito; (ulteriori evenienze) e) se il debitore ha proposto opposizione all'esecuzione ex art. 615, primo comma, c.p.c., al fine di far valere l'abusività delle clausole del contratto fonte del credito ingiunto, il giudice adito la riqualificherà in termini di opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c. e ri-

metterà la decisione al giudice di questa (translatio iudicii); f) se il debitore ha proposto un'opposizione esecutiva per far valere l'abusività di una clausola, il giudice darà termine di 40 giorni per proporre l'opposizione tardiva – se del caso rilevando l'abusività di altra clausola – e non procederà alla vendita o all'assegnazione del bene o del credito sino alle determinazioni del giudice dell'opposizione tardiva sull'istanza ex art. 649 c.p.c. del debitore consumatore. Fase di cognizione. Il giudice dell'opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c.: a) una volta investito dell'opposizione (solo ed esclusivamente sul profilo di abusività delle clausole contrattuali), avrà il potere di sospendere, ex art. 649 c.p.c., l'esecutorietà del decreto ingiuntivo, in tutto o in parte, a seconda degli effetti che l'accertamento sull'abusività delle clausole potrebbe comportare sul titolo giudiziale; b) procederà, quindi, secondo le forme di rito.» (**Cassazione Civile, Sez. Un., 06/04/2023, n. 9479**).

****…****

1. La direttiva 93/13/CEE del Consiglio Europeo e la sentenza della Corte di Giustizia Europea del 17 maggio 2022 nelle cause riunite C-693/19 e C-831/19. Richiami giurisprudenziali al principio di effettività ed al principio di equivalenza

Con la pronuncia n. 9479/2023 delle Sezioni Unite Civili, la Suprema Corte ha, senza dubbio, scolpito un principio di diritto che sancisce un punto di svolta e di rottura rispetto alla previgente giurisprudenza, impattando su temi di centrale importanza (con particolare riferimento al decreto ingiuntivo, nel caso *de quo*), mettendo in discussione la fondatezza del titolo esecutivo, che rappresenta il presupposto giuridico per l'esperibilità della successiva fase di pignoramento e vendita. In particolare, la Cassazione è giunta a tali considerazioni soffermandosi sul vaglio dei contratti dei consumatori, definiti "abusivi", in quei casi in cui sono presenti al loro interno eventuali clausole vessatorie particolarmente onerose per il c.d. contraente debole.

Prima di analizzare, in concreto, il contenuto della sentenza della Suprema Corte, si rende necessario porre l'attenzione su quanto statuito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza emessa il 17 maggio 2022 nelle cause riunite C-693/19 e C-831/19.

Ai sensi dell'art. 267 TFUE "*La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte [di Giustizia] di pronunciarsi sulla questione*". Il Tribunale di Milano, con ordinanze, rispettivamente, del 10 agosto 2019 e del 31 ottobre 2019, aveva rimesso alla CGUE due questioni, affinché la Corte di Giustizia Europea si pronunciasse sulla corretta interpretazione dell'art. 6, comma 1, e dell'art. 7, comma 1, della direttiva 93/13/CEE[1].

In particolare, dalla ricostruzione della stessa CGUE, emerge che "*il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 6, paragrafo*

[1] Direttiva del Consiglio delle Comunità Europee, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive stipulate nei contratti con i consumatori.

1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale la quale prevede che, qualora un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore non sia stato oggetto di opposizione proposta dal debitore, il giudice dell'esecuzione non possa – per il motivo che l'autorità di cosa giudicata di tale decreto ingiuntivo copre implicitamente la validità delle clausole del contratto che ne è alla base, escludendo qualsiasi esame della loro validità – successivamente controllare l'eventuale carattere abusivo di tali clausole. Nella causa C-831/19, esso chiede altresì se la circostanza che, alla data in cui il decreto ingiuntivo è divenuto definitivo, il debitore ignorava di poter essere qualificato come consumatore ai sensi di tale direttiva abbia una qualsivoglia rilevanza al riguardo".

La Corte di Cassazione, nell'analizzare i quesiti sottoposti alla sua attenzione, ha statuito che i paragrafi 1 degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13 devono essere interpretati quali elementi ostativi ad una normativa interna che non preveda la possibilità, per il giudice dell'esecuzione, stante un decreto ingiuntivo non opposto dal debitore, di poter effettuare un ulteriore controllo sulla validità delle clausole del contratto che ne è all'origine, qualora la natura delle suddette clausole non sia stata, in precedenza, oggetto di analisi o contestazione. Le conclusioni ivi rappresentate destano particolare interesse sebbene si limitino, in questa sede, solo a confermare (come già evidenziato dal Tribunale di Milano) l'esistenza di un conflitto tra gli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13 e la disciplina in materia di titoli esecutivi, fondati su contratti contenenti clausole vessatorie[2] per il consumatore, delegando al legislatore nazionale la ricerca del rimedio da attuare per dare effettiva tutela al diritto del consumatore.

Sul punto, occorre da subito rimarcare l'importanza ed il ruolo riconosciuto ai principi di equivalenza e di effettività sanciti dal diritto comunitario, posto che la stessa Corte di Cassazione ha rilevato che "*in assenza di armonizzazione delle procedure applicabili (...) in forza del principio dell'autonomia processuale, rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati Membri, a condizione, tuttavia, che esse non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione Europea (principio di effettività)*".

Appare opportuno, infine, sottolineare che, in data 17 maggio 2022, la CGUE, oltre alla sentenza pronunciata in merito alle cause riunite C-693/19 e C-831/19, ha emesso altre 3 sentenze, tutte vertenti su questioni giuridiche simili a quella sopra analizzata e allineate sul principio di tutela del consumatore a discapito del creditore, in caso di clausole vessatorie inserite all'interno di un contratto in base al quale è stato ottenuto il titolo esecutivo (sentenza 17 maggio 2022 nella causa C-600/19, Ibercaja Banco; sentenza 17 maggio 2022 nella causa C-725/19, Impuls Leasing Romania[3];

[2] Sul peso delle clausole vessatorie all'interno dei contratti, in particolare quelli in cui una parte sia qualificabile come consumatore secondo la definizione di cui all'art. 3 del codice del consumo, Cfr. NUGNES R., *Le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in www.diritto.it, 2022; SPADONI V., *Cassazione Civile Sezioni Unite, 6 aprile 2023, n. 9479, Pres. Curzio, Rel. Vincenti: una sentenza storica a favore della tutela del consumatore*, 2023.

[3] Preme sottolineare che, alla base del procedimento di esecuzione forzata nella sopracitata sentenza, vi sia un contratto di mutuo (*i.e.* un titolo stragiudiziale).

sentenza 17 maggio 2022 nella causa C-869/19, Unicaja Banco[4]).

2. La valenza dell'art. 363 c.p.c. ed il valore nomofilattico della pronuncia della Suprema Corte

L'impatto della sentenza del 17 maggio 2022 della CGUE è stato di assoluto rilievo, atteso che la sentenza n. 9479/23 della Corte di Cassazione ha ripreso quanto statuito dai giudici di Lussemburgo, con l'intento di ampliare l'orizzonte giuridico della questione, nel tentativo di offrire rimedi normativi esperibili anche all'interno del perimetro dell'ordinamento nazionale.

Senza dubbio, a norma dell'art. 363 c.p.c., tra le facoltà della S.C. vi è il potere di enunciazione, su richiesta del procuratore generale, dei principi di diritto ai quale il giudice di merito dovrà attenersi. Come già osservato e chiarito dalle Sezioni Unite (Cass. n. 13332/2010), l'istituto riecheggia la contrapposizione tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris*, inteso il primo come l'espressione dell'interesse pubblico all'esatta interpretazione della legge ed il secondo come il diritto soggettivo di cui la parte che agisce in giudizio chiede il riconoscimento.

L'esposizione del principio di diritto costituisce, nondimeno, l'espressione più pura della funzione nomofilattica[5] propria della Corte di Cassazione, che viene chiamata a fornire un orientamento chiaro e definito in merito ad una questione giuridica incerta e dibattuta, così da poter agevolare la definizione di questioni di diritto, simili a quella specificatamente trattata.

Quando intrapreso su richiesta del procuratore generale, si tratta di un procedimento *sui generis,* privo di natura e funzione giurisdizionale o di azione di impugnazione, a tutela esclusiva della nomofilachia, caratteristica pregnante dell'azione e dell'operato della Suprema Corte, quale garante dell'interpretazione uniforme della legge e dell'unità del diritto. Inoltre, a norma dell'art. 363 c.p.c., la richiesta del procuratore generale è, di norma, indirizzata al primo presidente, il quale potrà – qualora l'importanza della questione trattata sia tale da necessitare un chiarimento sull'esatta interpretazione della norma – demandare la questione al vaglio delle Sezioni Unite.

Con varie pronunce, più o meno recenti[6], le Sezioni Unite hanno già analizzato ed enfatizzato il ruolo dell'enunciazione del principio di diritto da parte della Corte di Cassazione, non minimizzando però, al contempo, l'analisi della questione *de facto* alla base della trattazione. Infatti, come sottolineato anche nel provvedimento di interesse, l'enunciazione del principio di diritto, *ex* art. 363 c.p.c., non ha un carattere meramente esplorativo o preventivo, ma si lega necessariamente alla fattispecie concreta oggetto di cognizione. Detta considerazione non appare secondaria, posto che il presupposto alla base dell'enunciazione del principio di diritto, nel caso in esame, è proprio l'improcedibilità del ricorso.

Tuttavia, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza[7], si è fatta largo l'ipotesi di segno

[4] Massime e testo integrale delle tre sentenze richiamate disponibile su eur-lex.europa.eu

[5] Sul punto V. CAPPONI B., *La nomofilachia tra equivoci e autoritarismi*, in www.judicium.it, 2022; MICCOLIS G., *La funzione nomofilattica della Cassazione (a margine del "Progetto Esecuzioni")*, in www.judicium.it, 2020; FORNACIARI M., *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c.*, in *Riv. Dir. Proc.*, Padova, 2013, pp. 32 ss.

[6] V. Cass., Sez. Un., n. 404/2011; Cass., Sez. Un., n. 23469/2016.

[7] In questo senso, Cass., Sez. Un., n. 13322/2010.

opposto, ovvero uno scenario in cui l'enunciazione del principio di diritto dia luogo ad un giudizio di natura non contenziosa, sganciato dall'esigenza di risolvere una lite concreta, dal momento che lo stesso non costituisce un mezzo di impugnazione, ma un vero e proprio procedimento autonomo.

Anche apparendo condivisibile il profilo concernente la particolarità della pronuncia *ex* art. 363 c.p.c., quale istituto puramente volto ad esplicitare la corretta interpretazione di una norma giuridica, suscettibile di ulteriori interpretazioni ed oggetto di dibattito, sembrerebbe "avventato" svincolare il principio di diritto enunciato dalla fattispecie oggetto della causa[8]. Lo stretto legame tra la pronuncia *ex* art. 363 c.p.c. e la questione *de facto* trattata dalla Corte di Cassazione è stato, inoltre, confermato a più riprese dalle stesse Sezioni Unite[9].

È necessario, d'altronde, valutare la portata e l'impatto del contenuto della pronuncia della Suprema Corte, soprattutto, con riferimento alla risoluzione di casi a venire, la cui decisione subirà, indubbiamente, l'influenza della pronuncia. Risultato che, dunque, rispecchia a pieno il ruolo nomofilattico, di cui l'art. 363 c.p.c. costituisce soltanto una delle tante declinazioni.

Stante l'importanza della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, in questa sede andrebbe considerata, di contro, l'esistenza di eventuali limiti al detto potere, soprattutto con riferimento, nello specifico, a quei casi in cui, pur enunciando il principio di diritto *ex* art. 363 c.p.c., i giudici della Cassazione non si limitino ad analizzare la questione per trarne principi giuridici validi per la soluzione del caso di specie, quanto piuttosto ad enunciare principi astratti e trasversali, inerenti la disciplina generale dell'istituto sotteso al caso *de quo*.

3. Sintesi dei principi di diritto enunciati dalla sentenza delle S.U. n. 9479/2023

Le Sezioni Unite della Cassazione, nella sentenza n. 9479/2023, hanno ritenuto opportuno, al termine di una ricostruzione particolarmente dettagliata ed analitica – confluita nel dispositivo in veri e propri *dictat* – enunciare alcuni principi di diritto cui fare riferimento in ogni fase del giudizio, con un *focus* sulla possibilità, per il consumatore, di far valere il vizio originario del titolo esecutivo anche in una fase avanzata del procedimento di esecuzione forzata.

La Corte di Cassazione, nel caso in esame, è stata chiamata a dirimere una complessa questione, ovvero cercare di offrire, sulla base di quanto stabilito dalla CGUE (nelle sentenze richiamate al paragrafo 1), uno strumento idoneo ad assicurare la tutela della controparte debole, il consumatore, pur non potendo, al contempo, ignorare le ragioni del creditore istante, il quale ha azionato il procedimento di recupero forzoso del proprio credito in ragione del titolo esecutivo formatosi e di cui, in questa sede, si mette in discussione la fondatezza e la validità.

Nella ricerca del giusto equilibrio tra il diritto di difesa del debitore, qualificabile quale consumatore, ed il diritto di difesa del creditore, la Corte di Cassazione ha individuato alcuni principi a cui il giudice del procedimento monitorio ed il giudice del processo esecutivo devono necessariamente attenersi, per poter

[8] In questo senso, Cass. Civ. n. 11185/2011, in cui si sottolinea che "*il chiaro intento del legislatore è proprio di favorire l'emergere, nonostante l'inammissibilità del ricorso ed in funzione deflattiva, del principio di diritto cui attenersi decidere la questione, di merito o processuale, oggetto del giudizio di legittimità*".

[9] In tal senso, Cass., SS.UU., n. 34387/2022; Cass. SS.UU., n. 404/2011; Cass. SS.UU., n. 19700/2010

offrire gli strumenti necessari alla controparte debole per far valere le proprie ragioni, sacrificando, almeno in parte (se non del tutto), il diritto di difesa del creditore procedente.

Nello specifico, con riferimento alla fase monitoria il giudice dovrà, innanzitutto, "*svolgere d'ufficio il controllo sull'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto stipulato tra professionista e consumatore in relazione all'oggetto della controversia*".

Con riferimento alla fase esecutiva, il giudice dell'esecuzione "*in assenza di motivazione del decreto ingiuntivo in riferimento al profilo dell'abusività delle clausole, ha il dovere – da esercitarsi sino al momento della vendita o dell'assegnazione del bene o del credito – di controllare la presenza di eventuali clausole abusive che abbiano effetti sull'esistenza e/o sull'entità del credito oggetto del decreto ingiuntivo*".

Con riferimento, infine, all'eventuale fase di cognizione, il giudice dell'opposizione tardiva "*una volta investito dell'opposizione (solo ed esclusivamente sul profilo dell'abusività delle clausole contrattuali), avrà il potere di sospendere, ex art. 649 c.p.c., l'esecutorietà del decreto ingiuntivo, in tutto od in parte, a seconda degli effetti che l'accertamento sull'abusività delle clausole potrebbero comportare sul titolo giudiziale*".

3.1. Soluzioni alternative formatesi in dottrina ed in giurisprudenza

La soluzione prospettata dalla Corte di Cassazione, nella sentenza 9479/2023, va inquadrata nell'ottica di coordinamento tra i principi emanati dalla CGUE e la disciplina interna, anche superando le ipotesi di tutela del consumatore, prospettate nel tempo da dottrina e giurisprudenza, scegliendo di "*affidare "direttamente" al giudice dell'esecuzione il compito di accertare se il contratto tra professionista e consumatore (da cui origina il decreto ingiuntivo non opposto) presenti nullità di protezione*"[10].

Le ipotesi formulate in precedenza, basate esclusivamente sul diritto interno, permettono la tutela del consumatore attraverso l'applicazione degli artt. 615 e 617 c.p.c.

In particolare, a norma dell'art. 617 c.p.c., il giudice esecutivo avrebbe potuto accertare l'irregolarità del titolo esecutivo, formatosi su un negozio giuridico affetto da clausole abusive e, di conseguenza, invalide nei confronti della controparte debole.

Sebbene lo strumento dell'opposizione agli atti esecutivi permetta il rilievo di tutte le c.d. nullità formali presenti negli atti (compresi i c.d. atti prodromici), demandare al giudice dell'esecuzione, attraverso lo strumento dell'opposizione agli atti esecutivi e, soprattutto, sulla base di un mero potere d'ufficio, una valutazione di merito sulla validità delle clausole abusive presenti nel contratto alla base del titolo, sembrerebbe, a primo impatto, ampliare la *ratio* della norma ed, al contempo, non tutelare a pieno il diritto di difesa.

Al contrario, richiamando l'art. 615 c.p.c., l'opposizione all'esecuzione permetterebbe, a differenza dell'opposizione agli atti esecutivi, di entrare nel merito dell'esecuzione stessa, potendosi, in detta sede, accertare sia la fondatezza del decreto ingiuntivo (lamentando eventuali lacunosità della motivazione) che la validità delle clausole presenti nel contratto originariamente sottoscritto tra creditore e consumatore.

[10] SOLDI A.M. e CAPPONI B., *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, in www.judicium.it, 2023.

Un'ultima alternativa viene fornita proprio dalla Procura Generale della Corte di Cassazione, nelle conclusioni scritte[11], dove ha evidenziato che, ove il giudice dell'esecuzione dovesse rilevare il carattere vessatorio di alcune clausole contrattuali, il consumatore potrebbe proporre, nell'opportuna sede, l'*actio nullitatis* volta ad appurare la nullità (anche parziale) del contratto. La soluzione avanzata dalla Procura Generale della Corte di Cassazione, pur condivisibile in merito al profilo di aderenza dello strumento descritto, rispetto alla problematica evidenziata, non sarebbe priva di conseguenze, con particolare riferimento alle tempistiche procedurali. La procedura esecutiva, una volta promossa l'azione di nullità, subirebbe, senza dubbio, una vera e propria sospensione *sine die,* in attesa della definizione del pregiudiziale contenzioso di merito. In questo caso verrebbe compromesso notevolmente – e senza apparente motivazione – il diritto di tutela delle ragioni del creditore, soprattutto nel caso in cui, a seguito della proposizione dell'azione di nullità, dovesse essere egualmente confermata la validità delle clausole contrattuali e, per estensione, del titolo esecutivo.

3.2. Il potere del giudice e l'impatto della pronuncia sul processo monitorio e sulla fase esecutiva

Dalla lettura della sentenza di Cassazione, il giudice del procedimento monitorio dovrà svolgere un controllo sull'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto stipulato tra professionista e consumatore. In questo caso, lo strumento processuale, individuato dalla Corte di Cassazione, attraverso cui tutelare il diritto di difesa del consumatore, è proprio quello del rilievo istruttorio d'ufficio *ex* art. 640 c.p.c.

Il giudice del monitorio, inoltre, potrà (*rectius* dovrà) richiedere copia del contratto così da verificare l'esistenza di eventuali clausole abusive, nonché richiedere ulteriore documentazione, al fine di verificare, laddove lo ritenga opportuno, la qualifica di consumatore del debitore.

Da subito emerge un primo rilievo, ipotizzabile qualora il giudice – esaminata la documentazione richiesta e prodotta – ritenga la materia particolarmente complessa. In tale circostanza, difatti, potrebbe essere chiamato a dover rigettare il ricorso al fine di garantire il diritto di difesa di un soggetto debole (il consumatore), non potendosi, in quella sede, svolgere un'istruttoria completa, contraria alla funzione ed alle finalità del procedimento monitorio.

Sul controllo del giudice del monitorio si segnala, inoltre, una primissima pronuncia di merito[12], successiva a quella della Corte di Cassazione, da cui emerge subito un'ulteriore criticità. Infatti, come rilevato in dottrina[13], in caso di opposizione tempestiva a decreto ingiuntivo rimarrebbe, incredibilmente, preclusa la possibilità di agire attraverso lo strumento del rilievo d'ufficio in merito alla possibile abusività delle clausole contrattuali. Verrebbe meno, infatti, il presupposto di debolezza e carenza informativa del consumatore, data la tempestiva proposizione dell'opposizione. Ragionando in questi termini, si potrebbe, persino, giungere alla conclusione che la tutela offerta dall'ordinamento interno al consu-

[11] Procedimento per ricorso in Cassazione N.R.G. 24533/2021, udienza pubblica del 13 luglio 2021.

[12] Tribunale Civile di Como, 26 aprile 2023, n. 456.

[13] CAMMARATA R., *Sezioni Unite, Sentenza n. 9479/2023: Le ripercussioni sull'attività di recupero dei crediti bancari*, Commento pubblicato sul sito dell'Ordine degli Avvocati di Milano, 2023.

matore c.d. "dormiente" sia maggiore rispetto a quella offerta al consumatore che, come nel caso sopracitato, si attivi immediatamente e proponga opposizione in maniera tempestiva.

Tornando ai poteri del giudice, all'esito del controllo, dunque, questi potrebbe alternativamente (i) rilevare l'abusività della/e clausola/e, decretando l'accoglimento od il rigetto (anche parziale) del ricorso (ii) non riscontrare alcun vizio nel contratto posto alla base del decreto ingiuntivo, pronunciando, perciò, decreto motivato *ex* art. 641 c.p.c. contenente l'avvertimento che, in mancanza di opposizione, il consumatore non potrà più far valere l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto.

Il giudice dell'esecuzione, invece, in base a quanto statuito dalla Cassazione, dovrà, in caso di mancata o carente motivazione del decreto ingiuntivo, informare il debitore della possibilità di presentare opposizione avverso il decreto ingiuntivo, sia qualora riscontri, a proprio giudizio, la presenza di eventuali clausole abusive, che nei casi in cui lo ritenga valido.

Si osserva, inoltre, che l'onere informativo in capo al giudice esecutivo sembrerebbe racchiudere al proprio interno una prima, potenziale, problematica applicativa non di poco rilievo. Infatti, il giudice dell'esecuzione, anche laddove non riscontri nel titolo esecutivo la presenza di clausole particolarmente onerose per il consumatore e lo ritenga, perciò, valido, dovrà comunque informare il consumatore del "nuovo" rimedio *ex* art. 650 c.p.c., suggerendo l'interruzione di una procedura esecutiva – che, sulla base dei principi codicistici sottesi al nostro ordinamento, è posta a tutela del diritto di difesa del creditore – e rinviando al giudice del merito l'eventuale valutazione sul titolo esecutivo.

Si sottolinea, inoltre, il carattere non decisorio della valutazione effettuata dal giudice dell'esecuzione circa la validità del titolo esecutivo dedotto a fondamento del procedimento di esecuzione forzata.

Uno scenario ancora più paradossale, ma non improbabile, sarebbe quello in cui, a seguito di informativa del giudice esecutivo, derivante dalla valutazione preventiva effettuata circa la validità del titolo, ed a seguito della proposizione, da parte del consumatore, dell'opposizione tardiva atta a valutare l'esistenza di eventuali clausole abusive, il giudice del merito non dovesse riscontrare eventuali clausole abusive. In questo scenario, il giudice dell'esecuzione si ritroverebbe a dover autorizzare la prosecuzione di un procedimento di esecuzione forzata basandosi su un titolo che, sommariamente, era stato (da lui stesso) valutato come viziato ma che, successivamente, è stato ritenuto idoneo da un altro giudice. Verrebbe, quindi, a crearsi un ipotetico conflitto di giudizi tra giudice dell'esecuzione e giudice del merito, in cui il giudizio meramente prognostico del giudice dell'esecuzione sembrerebbe destinato a soccomberebbe.

Lo scenario ivi descritto permette di valutare dettagliatamente anche il compito che i giudici della Corte di Cassazione, attraverso l'enunciazione del principio di diritto, hanno demandato al giudice dell'esecuzione. Infatti, l'obbligo informativo a carico del giudice dell'esecuzione nei confronti del consumatore potrebbe, innanzitutto, inclinare il profilo di imparzialità e terzietà proprio del giudice, la cui oggettività subirebbe l'influenza del peso, attribuito dalla Corte di Cassazione, alla tutela del diritto di difesa del consumatore. Lo stesso paradosso, inoltre, potrebbe verificarsi nell'ipotesi in cui, a seguito della valutazione

del giudice e del successivo avvertimento circa la possibilità, per il consumatore, di presentare opposizione *ex* art. 650 c.p.c. data la presenza di clausole abusive, il consumatore non proponga opposizione. Anche in questo scenario, il giudice dell'esecuzione avrebbe l'onere di autorizzare la prosecuzione di una procedura esecutiva stante, invero, la presunzione circa l'invalidità del titolo esecutivo alla base della stessa.

Inoltre, all'interno della sfera di valutazione del giudice dell'esecuzione dovrebbe essere inclusa anche la verifica circa la qualifica di consumatore del debitore. Per rendere effettivo e concreto questo controllo, al giudice verrebbe attribuito un onere di acquisizione esplorativo, che accrescerebbe le problematiche già evidenziate, contribuendo a snaturare la funzione stessa del procedimento esecutivo.

Occorre, poi, segnalare che, nel caso sottoposto all'attenzione dei giudici della Corte di Cassazione, l'opposizione è stata proposta dal debitore in sede di distribuzione e assegnazione del bene. La Suprema Corte, pur soffermandosi sulle diverse fasi del procedimento di esecuzione forzata, ha tralasciato la fase di distribuzione e vendita, suscitando qualche perplessità applicativa in tutti quei procedimenti che sono già in una fase avanzata.

Infine, è opportuno evidenziare che, sulla base dei principi di diritto enunciati dalla Corte di Cassazione, il giudice dell'esecuzione è chiamato a compiere le valutazioni sull'abusività delle clausole e potrebbe essere tenuto ad interrompere l'esecuzione, anche qualora nella procedura siano presenti più creditori, di fatto impedendo la tutela di coloro che sono titolari di crediti (e titoli esecutivi) non afflitti da alcun vizio. Questa sospensione si giustificherebbe, nell'ottica della pronuncia *de quo*, sempre con la volontà di tutelare, forse in "pendenza", il diritto di difesa del consumatore. Questo preciso obiettivo del legislatore (rimarcato dalla Corte di Cassazione) sembrerebbe incompatibile, tuttavia, con i principi che sottostanno alla logica del procedimento esecutivo, che invece è posto a tutela del diritto di soddisfazione del creditore, già munito di titolo esecutivo e che ha agito in giudizio proprio per farlo valere. Permettere, dunque, al giudice dell'esecuzione di sospendere la procedura esecutiva in cui siano intervenuti più creditori, per la presenza di un titolo esecutivo invalido, potrebbe, anche, essere interpretato, come una vera e propria violazione del diritto di difesa del creditore.

3.3. Applicabilità retroattiva ai procedimenti in essere

La portata delle statuizioni dalla Corte di Cassazione impone un cenno all'applicabilità retroattiva dei principi di diritto enunciati sui procedimenti attualmente pendenti. Quanto appena anticipato non è di poco conto, se si ragiona, con particolare riferimento ai Tribunali di grandi dimensioni con una rilevante mole di titoli esecutivi attualmente circolanti e, potenzialmente, invalidabili, poiché fondati su contratti contenenti clausole abusive per il debitore. In tutti questi casi, difatti, il giudice e, quindi, la cancelleria sarà chiamata a comunicare a tutti i debitori, laddove potenzialmente definibili come consumatori, il provvedimento attraverso cui viene richiesta la documentazione a supporto del titolo esecutivo e l'avvertimento, per il debitore, della possibilità di esperire l'impugnazione tardiva dello stesso.

Sul punto si segnalano, invero, alcune pronunce di Tribunali che riprendono (anche anticipano) i principi ed i moniti della Corte di Cassazione, contenuti nella sentenza n. 9479/2023.

In data 23 febbraio 2023, il Tribunale di Napoli Nord, Terza Sezione Civile, R.G. n. 258/2023, nell'ambito di una procedura esecutiva immobiliare, ha anticipato la sentenza della Corte di Cassazione, richiamando l'imminenza della pronuncia nelle motivazioni del provvedimento, rinviando ad una successiva udienza la trattazione e l'analisi di un reclamo *ex* art. 624 e 669 *terdecies* c.p.c. avverso un provvedimento emesso dal giudice dell'esecuzione, proprio per la presenza di alcune clausole vessatorie nella fideiussione sottoscritta dalla debitrice[14].

In senso totalmente opposto, il Tribunale di Como, con la sentenza già richiamata nel paragrafo precedente, ha riscontrato l'inapplicabilità dei principi richiamati dalla sentenza della Corte di Cassazione, stante un'opposizione tempestivamente presentata dal consumatore.

Il Tribunale di Grosseto, con la pronuncia del 14 maggio 2023, n. 438/2022, ha accolto il ricorso in opposizione tardiva *ex* art. 650 c.p.c., proposto avverso un'esecuzione mobiliare, fondata su un decreto ingiuntivo non opposto ed emesso dal medesimo Tribunale, presentata da due soggetti rientranti nella sfera della definizione di consumatore, *ex* art. 3 del Codice del Consumo[15].

Il Tribunale di Prato, Sezione Esecuzioni mobiliari, nel corso di un'udienza di assegnazione del credito pignorato, svoltasi il 5 maggio 2023, ha assegnato al debitore (*rectius* al consumatore) un termine per produrre un'adeguata memoria difensiva, rilevando, inoltre, una carenza nella motivazione del decreto ingiuntivo posto alla base del procedimento di esecuzione forzata. Il Tribunale ha, inoltre, rilevato la possibile presenza di clausole vessatorie nello stesso contratto.

Si sottolinea, infine, che risulta emanata la circolare del Tribunale Ordinario di Milano, emessa dalla Presidente della Terza Sezione Civile, Dott.ssa Marianna Galioto, in cui, visti i principi di diritto e le soluzioni ipotizzate dalla Corte di Cassazione nella sentenza 9479/2023, viene espressamente chiesto ai delegati alle vendite di eseguire un controllo preliminare sui seguenti elementi "*che il debitore sia persona fisica; che il titolo esecutivo su cui si basa il credito vantato dal creditore procedente, o da un creditore intervenuto, sia un decreto ingiuntivo*"[16].

4. Il rapporto tra giudicato ed art. 650 c.p.c.

I giudici della S.C., come già dettagliatamente illustrato, hanno individuato nell'opposizione tardiva *ex* art. 650 c.p.c. lo strumento idoneo ad assicurare la tutela del diritto del consumatore, tale da permettere al giudice dell'esecuzione di effettuare uno specifico controllo circa la nullità delle clausole vessatorie, eventualmente presenti nel contratto alla base del titolo esecutivo. Una primissima considerazione da farsi riguarda il ruolo dell'istituto dell'opposizione tardiva, individuato dalla Corte di Cassazione quale strumento idoneo alla tutela del diritto di difesa del contraente debole, che verrebbe, quindi, snaturata dalla sua funzione originaria. Infatti, da strumento (*i.e.* rimedio) processuale di carattere puramente residuale, diverrebbe l'ordinario strumento di tutela, attraverso cui denunciare gli eventuali

[14] V. Reclamo Tribunale Napoli Nord disponibile su www.avvocatobiagioriccio.com, 2023.

[15] d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (suppl. ord. G.U. 8 ottobre 2005, n. 235).

[16] Circolare del Tribunale di Milano intitolata "*esecuzioni immobiliari, decreti ingiuntivi ed eventuali clausole abusive*", Terza Sezione Civile, disponibile sul sito www.ordineavvocatidimilano.it, emessa in data 19 maggio 2023.

vizi del titolo esecutivo su cui poggia il procedimento di esecuzione.

L'opposizione tardiva, a norma del dettato codicistico, permette all'esecutato di potersi opporre alla procedura esecutiva nonostante il superamento dei termini fissati nel decreto di cui ai commi 1 e 2, *ex* art. 641 c.p.c., purché questi provi di non aver avuto tempestiva conoscenza del titolo esecutivo (i) per irregolarità della notifica (ii) per caso fortuito o forza maggiore.

Rapportando quanto statuito dai giudici delle Sezioni Unite nella sentenza n. 9479/2023 al puro dettato codicistico, emerge, da subito, come l'utilizzo dello strumento dell'opposizione tardiva nella situazione descritta, risulti in apparente contrasto con la stessa disciplina *ex* art. 650 c.p.c., con particolare riferimento al terzo comma. Invero il legislatore, pur volendo assicurare al debitore la possibilità di potersi opporre all'esecuzione forzata, anche laddove superati i termini stabiliti nel decreto ingiuntivo per la contestazione dello stesso, ha posto, in ogni caso, nel terzo comma un limite temporale inderogabile, volto alla tutela della fondatezza del titolo esecutivo vantato dal creditore e del giudicato stesso, impedendo l'esperimento dell'opposizione tardiva superati i 10 giorni dal compimento del primo atto di esecuzione.

La prima conseguenza, se così è possibile declinarla, della sentenza n. 9479/2023 è proprio quella di modificare la disciplina contenuta all'interno dell'art. 650 c.p.c., abrogando parzialmente il terzo comma ed introducendo, invero, la possibilità – qualora, nella fase sommaria del procedimento per ingiunzione, la nullità del contratto non sia stata considerata e l'avvertimento al debitore ingiunto non contenga alcuna menzione della possibilità di dedurre l'eventuale carattere vessatorio delle clausole contrattuali – di proporre entro 40 giorni opposizione a decreto ingiuntivo, per far accertare esclusivamente la nullità delle clausole vessatorie. Termine che comincerà a decorrere dal rilievo effettuato dal giudice circa la presenza di clausole vessatorie nel contratto e che, inoltre, potrà essere comunicato al consumatore, sino alla data fissata per l'assegnazione o la vendita del bene oggetto della procedura[17].

Come evidenziato da autorevole dottrina[18], l'esigenza di sottoporre ad un termine di decadenza la contestazione relativa al carattere vessatorio delle clausole del contratto di finanziamento e, quindi, la nullità di questo, ha indotto la Corte di Cassazione ad escludere l'ammissibilità di una autonoma azione di accertamento.

Come sottolineato sempre in dottrina[19], stante il rimedio individuato nell'art. 650 c.p.c., l'impostazione dei giudici della Corte di Cassazione non è stata quella di demandare, in maniera pressoché esclusiva, l'ulteriore controllo al giudice dell'esecuzione, quanto piuttosto di prevedere una tutela effettiva del diritto del consumatore, attraverso una tutela piena, che ribalta quasi totalmente uno dei cardini giuridici della fase di esecuzione forzata, ovvero quello della cognizione deformalizzata.

Pur rilevando che la Corte di Cassazione ha inteso limitare l'analisi del giudice dell'esecuzione alla mera validità delle clau-

[17] V. PAOLINI M., *La sentenza n. 9479/2023 delle S.U. della Corte di Cassazione e la tutela del consumatore*, 2023.

[18] COSTANTINO G., *Clausole vessatorie e stabilità dei rapporti giuridici. Prima lettura della sentenza delle Sezioni Unite 6 aprile 2023, n. 9479*, in www.inexecutivis.it, 2023.

[19] D'ADDARIO F., *Sul giudicato del decreto ingiuntivo non opposto Corte di Cassazione S.U. n. 9479/2023*, in www.SLGMagazine.it, 2023.

sole abusive eventualmente presenti nel contratto, è indubbio che, accertata la loro presenza, il titolo esecutivo fondato sul contratto subirà gli effetti dell'eventuale pronuncia di invalidità delle clausole stesse. Pertanto, sin dalla pubblicazione della pronuncia della Corte di Cassazione, si è evidenziato in dottrina il profilarsi di un contrasto tra la "nuova" disciplina dell'opposizione tardiva (per come ivi descritta) ed il valore del giudicato.

Sul punto, proprio gli stessi giudici della Corte di Cassazione, nell'analizzare i possibili effetti sul giudicato dell'innovativo rimedio *ex* art. 650 c.p.c. – in caso di mancato controllo da parte del giudice del monitorio delle clausole abusive presenti nel contratto – hanno evidenziato che "[il titolo esecutivo] *è insuscettibile di dar luogo alla formazione, stabile e intangibile, di un giudicato, così da consentire anche nella contigua sede esecutiva, dove si procede per l'attuazione del diritto accertato, una riattivazione del contraddittorio*". Si vuole evitare, in altri termini, la formazione della c.d. preclusione da giudicato o *impositio silentii*[20].

Un ulteriore interrogativo da porsi sulla scia di quanto emerso dalla sentenza n. 9479/2023 era sorto attorno al *dies a quo* per la proposizione dell'opposizione tardiva per denunciare l'abusività delle clausole. Sembrerebbe, sul punto, sostenibile quanto sottolineato da autorevole dottrina, secondo cui dalla lettura delle Sezioni Unite "Il debitore esecutato, che non ha proposto opposizione al decreto ingiuntivo, è rimesso in termini per la proposizione dell'opposizione tardiva *ex* art. 650 c.p.c. dall'avviso del giudice dell'esecuzione"[21].

5. Ripercussioni sul nuovo codice della crisi e dell'insolvenza d'impresa, con particolare riferimento all'accordo di ristrutturazione dei debiti del consumatore ex art. 67

L'impatto della sentenza n. 9479/2023 delle Sezioni Unite ha carattere trasversale, incidendo non soltanto sui giudizi di esecuzione individuale, ma anche sul nuovo codice della crisi e dell'insolvenza d'impresa, con particolare riferimento, ad esempio, all'accordo di ristrutturazione dei debiti del consumatore *ex* artt. 67 e seguenti.

In breve, l'istituto cui si fa riferimento permette, al debitore in stato di sovraindebitamento, di formulare una proposta, da sottoporre al vaglio del Tribunale per la concessione dell'omologa, che preveda il pagamento (la soddisfazione) dei debiti accumulati. Data la natura premiale dell'istituto, il legislatore ha previsto determinati requisiti di acceso alla procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore, tra cui requisiti oggettivi (es. mancanza di colpa grave o dolo nella genesi della situazione di sovraindebitamento) e requisiti soggettivi (debitore qualificabile come consumatore).

A norma dell'art. 68 CCI, il debitore deve necessariamente avvalersi dell'ausilio dell'Organismo di Composizione della Crisi (OCC), le cui funzioni sono spesso delegate ad un professionista, il gestore della crisi, nominato dall'OCC su istanza del debitore. Il gestore ha il compito di attestare la veridicità dei dati comunicati dal debitore e di effettua-

[20] V. LUPOI M.A., *Di decreti ingiuntivi e clausole abusive nei contratti dei consumatori: così parlarono le Sezioni Unite della Cassazione (6 aprile 2023, n. 9479)*, 2023.

[21] COSTANTINO G., *Clausole vessatorie e stabilità dei rapporti giuridici. Prima lettura della sentenza delle Sezioni Unite 6 aprile 2023, n. 9479*, in www.inexecutivis.it, 2023.

re, quale soggetto terzo ed indipendente, verifiche riguardo allo stato di sovraindebitamento. A conferma di quanto evidenziato depone, ad esempio, il comma 4 dell'art. 68 CCI, che impone al gestore, entro 7 giorni dalla accettazione della nomina, di darne notizia all'agente della riscossione e agli uffici fiscali, anche degli enti locali, competenti sulla base dell'ultimo domicilio fiscale dell'istante, i quali entro 15 giorni devono comunicare il debito tributario accertato e gli eventuali accertamenti pendenti.

Non essendo specificatamente prevista e necessaria, con riferimento agli accordi di ristrutturazione dei debiti del consumatore, la presenza di un legale che affianchi il debitore, la figura del gestore della Crisi acquisisce, sempre nel rispetto dei requisiti di imparzialità e terzietà rispetto al debitore, anche un potere di indirizzo ed informazione nei confronti del soggetto sovraindebitato, che ha deciso di adire il Tribunale per superare la crisi. Cercando di interpretare, in questa sede, quanto statuito dai giudici della Corte di Cassazione e di capire gli eventuali effetti sulla procedura *ex* artt. 67 e ss., dovrebbe ritenersi, dunque, possibile anche per il gestore, una volta nominato, effettuare un controllo sulla validità e sul carattere abusivo delle clausole presenti nei contratti che, nel tempo, il sovraindebitato ha sottoscritto. In presenza di tali clausole, anche il gestore, in qualità di esperto, dovrebbe essere tenuto ad informare l'*advisor* del sovraindebitato, ove presente, della possibilità di tutelare il proprio cliente nelle procedure esecutive pendenti, anche attraverso il rimedio dell'opposizione tardiva *ex* art. 650 c.p.c.

Tale avvertimento non è di poco conto, perché avrebbe un impatto immediato sull'instauranda procedura, in primo luogo tramutando il credito oggetto del titolo esecutivo in una pretesa *sub iudice* o, addirittura, in caso di accoglimento dell'opposizione, presumibilmente riducendo l'ammontare dei debiti concorsuali.

Infine, la previsione di un'opposizione tardiva *ex* art. 650 c.p.c., sino alla fase di vendita, ha un effetto deflagrante su tutte quelle procedure che, sino ad oggi, erano state ritenute "tardive" perché iniziate quando l'esecuzione individuale si trovava già in uno stato troppo avanzato, incompatibile con le tempistiche dell'istruttoria demandata al gestore. Difatti, l'opposizione tardiva potrebbe permettere, nelle more della pronuncia, uno studio approfondito della situazione di sovraindebitamento e, quindi, l'accesso ad una procedura concorsuale a tutela di tutti i creditori e non solo di colui che ha promosso l'azione individuale.

Francesco Francavilla
Avvocato del Foro di Roma
Componente Commissione Crisi di Impresa

MOBBING, STRAINING E DEMANSIONAMENTO

SOMMARIO: 1. Premessa – **2.** Le fonti – **3.** Mobbing e straining: per una definizione – **4.** Demansionamento – **5.** Conclusioni

1. Premessa

Il *mobbing* (dal verbo inglese *to mob*, «attaccare, assalire, circondare») è un fenomeno trasversale che colpisce lavoratori di ogni tipo, di ogni fascia sociale, di ogni zona geografica. I più colpiti sono i soggetti dai 45 anni in poi, dal momento che un lavoratore anziano è un costo maggiore per l'azienda e più facilmente sarà oggetto di *mobbing* con finalità espulsive; vittime frequenti sono poi le donne, anche in ragione dei legami tra *mobbing*, discriminazioni e molestie sessuali.

In Italia, allo stato, non esiste una definizione giuridica del *mobbing*, tantomeno dello *straining*, perciò si ricorre alle scienze sociali e in particolar modo alla medicina e alla psicologia del lavoro. Si tratta di una situazione di aggressione, di esclusione e di emarginazione di un lavoratore da parte dei suoi colleghi o dei superiori, che causa al soggetto vessato malessere, disagio e *stress*, fino a cagionare vere e proprie malattie fisiche.

Dal punto di vista fisico, la vittima può accusare problemi respiratori, dell'apparato digerente, intestinali, cardiaci, dermatologici, dolori alla schiena, vertigini, cefalee, calo delle difese immunitarie. Dal punto di vista psicologico, invece, possono verificarsi disturbi del sonno, d'ansia, dell'attenzione e della concentrazione, apatia, aggressività, insicurezza, modificazioni dell'alimentazione, disturbi della sfera sessuale, depressione.

Il mobbizzato, nei casi gravi, subirà un drammatico peggioramento della qualità di vita, dal momento che tali disturbi si ripercuoteranno nella sfera privata, logorando le relazioni familiari, di amicizia, e persino il rapporto con il *partner*. La vittima talvolta finisce per abusare di alcool, tabacco, psicofarmaci, droghe, peggiorando ulteriormente la propria situazione. Vere e proprie malattie nervose che sortiscono pesanti ricadute negative in primo luogo sul nucleo familiare, in secondo luogo sul servizio sanitario pubblico e, in terzo luogo, sulla stessa struttura produttiva, privata o pubblica, che deve sopportare il calo o la mancanza di rendimento[1].

Il cambiamento che ha attraversato il mercato del lavoro in Italia negli ultimi anni, con la ricerca del massimo profitto possibile e la competizione esterna e interna, con la precarizzazione e con l'alto tasso di disoccupazione, ha fatto crescere vertiginosamente i numeri del *mobbing*, che da alcuni anni ha assunto i contorni di un'emergenza sociale.

Una ricerca dell'ISPESL (Istituto superiore per la prevenzione e la sicurezza del lavoro) ha verificato che nel nostro Paese sono almeno 1.500.000 i lavoratori dipendenti vittime del *mobbing*, e che, tenendosi conto del numero medio dei componenti della famiglia italiana, si debba stimare in circa 4.000.000 il numero delle persone raggiunte annualmente, direttamente o indirettamente, dalle conseguenze dannose di queste pratiche[2].

Né in ambito civile, né tantomeno in quello penale esiste infatti una norma *ad hoc* che sanzioni il fenomeno. Il diritto civile, però, si

---

[1] Cfr. la relazione di accompagnamento del disegno di legge n. 1785 presentato al Senato della Repubblica il 26 febbraio 2015, XVII legislatura, in: https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DDLPRES/0/910759/index.html?part=ddlpres_ddlpres1

[2] Istituto Superiore per la Prevenzione e la Sicurezza del Lavoro (ISPESL), Dipartimento Medicina del Lavoro, Roma.

occupa da più di venti anni del *mobbing* – e, più recentemente, dello *straining* – avendo maturato un efficace profilo repressivo con l'applicazione dell'articolo 2087 cod. civ., fondamentale norma di riferimento.

2. Le fonti

Il *mobbing* e lo *straining* sono dunque, allo stato, *figurae juris* elaborate dalla giurisprudenza [3], mentre il demansionamento trova la propria disciplina specifica nell'art. 2103 cod. civ.

Quanto a *mobbing* e *straining*, la fonte da cui occorre partire nella disamina del tema è l'art. 2087 cod. civ. che obbliga l'imprenditore "*ad adottare nell'esercizio dell'impresa tutte le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro*".

L'art. 2087 cod. civ. è considerato pacificamente "norma di chiusura del sistema antinfortunistico"[4], passibile di interpretazione estensiva alla luce del rilievo costituzionale del diritto alla salute e dei principi di correttezza e buona fede ai quali deve ispirarsi anche lo svolgimento del rapporto di lavoro. In proposito la Corte di Cassazione è costante nell'affermare che l'obbligo datoriale di "*tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro*" va inteso nel senso di includere l'obbligo di adozione di ogni misura, anche atipica, diretta alla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, come ad esempio: le misure da adottare in concreto nella organizzazione tecnico-operativa del lavoro allo scopo di prevenire ogni possibile evento dannoso, comprese le aggressioni da parte di terzi; l'obbligo di astenersi da iniziative, scelte o comportamenti che possano ledere, di per sé, la personalità morale del lavoratore, come l'adozione di condizioni di lavoro stressogene, non rispettose dei principi ergonomici, oltre ovviamente a comportamenti più gravi come mobbing, straining, molestie, stalking e burn out.

Fra le fonti in tema, occorre poi tener conto dell'art. 28 del d.lgs. n. 81/2008 il quale specifica gli obblighi che scaturiscono dall'art. 2087 cod. civ. a carico del datore di lavoro, indica quali rischi devono essere valutati dal datore di lavoro e quali misure devono essere attuate.

A livello euro-unitario le fonti più rilevanti sono l'Accordo Europeo dell'8 ottobre 2004 e gli articoli 20, 21 e 23 della Carta di Nizza, ora Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE, che stabiliscono i principi europei su uguaglianza davanti alla legge, non discriminazione, parità uomo-donna e azioni positive.

3. Mobbing e straining: per una definizione

A partire dalla prima sentenza italiana che ha affrontato in modo approfondito un caso di mobbing[5], le nozioni medico-legali di mobbing e straining sono servite per identificare, sotto la luce giuridica, quei comportamenti che si pongono in contrasto con l'art. 2087 cod. civ. e con la normativa in materia di tute-

[3] In dottrina, sul mobbing, cfr. F. CARINCI, *Il mobbing: un fantasma che si aggira per le aule giudiziarie*, LG, 2003, 1097 ss.; R. DEL PUNTA, *Il mobbing: l'illecito e il danno*, LD, 2003, 539 ss.; A. VALLEBONA, *Mobbing: qualificazione, oneri probatori e rimedi*, MGL, 2006, 1-2, 8 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *A proposito del mobbing*, RIDL, 2004, II, 4, spec. 492.

[4] Così *ex multis* Cass. sentenza 19 febbraio 2016, n. 3291, in https://www.rivistalabor.it/wp-content/uploads/2016/07/Cass.-19-febbraio-2016-n.-3291.pdf

[5] Trattasi della sentenza del Tribunale di Torino del 16 novembre 1999, pubblicata, fra le altre, in RIDL, 2000, II, 102 ss., con nota di G. PERA, *La responsabilità dell'impresa per il danno psicologico subìto dalla lavoratrice perseguitata dal preposto (a proposito del c.d. mobbing)*.

la della salute negli ambienti di lavoro.

Per comodità di sintesi espressiva la Suprema Corte parla da anni di "mobbing lavorativo" i cui tratti caratterizzanti, oramai definiti dalla Corte di Cassazione in termini costanti e ricorrenti nel tempo, sono (con onere della prova tutto a carico del lavoratore):

a) una serie di comportamenti di carattere persecutorio – di per sé illeciti oppure leciti, se considerati singolarmente – che, con intento vessatorio, vengano posti in essere contro la vittima in maniera sistematica e per almeno sei mesi continuativi, direttamente da parte del datore di lavoro (c.d. mobbing verticale), da parte di un suo preposto di pari grado della vittima (c.d. mobbing orizzontale) o addirittura, in rari casi, da parte di dipendenti in posizione gerarchica subordinata rispetto alla vittima (c.d. mobbing ascendente);
b) l'evento lesivo della salute, della professionalità o della dignità del dipendente;
c) il nesso eziologico fra le condotte e il pregiudizio subito dalla vittima nella propria integrità psico-fisica e/o nella propria dignità e/o professionalità;
d) l'elemento soggettivo, ovvero l'intento persecutorio che unifica i comportamenti lesivi, il più difficile da provare.

La Suprema Corte afferma costantemente che l'elemento qualificante della fattispecie mobbing è l'intento soggettivo persecutorio, che avvince la pluralità delle condotte pregiudizievoli attuate nei confronti della vittima, a prescindere dalla legittimità o illegittimità dei singoli atti, in quanto "*la concreta connotazione intenzionale colora in senso illecito anche condotte altrimenti astrattamente legittime*"[6].

Anche lo straining è una nozione emersa nell'ambito della psicologia del lavoro, che agli inizi degli anni duemila lo ha individuato in quella "*situazione di stress forzato sul posto di lavoro, in cui la vittima subisce almeno un'azione che ha come conseguenza un effetto negativo nell'ambiente lavorativo, azione che oltre ad essere stressante, è caratterizzata da una durata costante. La vittima è rispetto alla persona che attua lo straining in persistente inferiorità. Lo straining viene attuato appositamente contro una o più persone, ma sempre in maniera discriminante*"[7].

Secondo la Suprema Corte, lo straining può essere definito come una forma attenuata di mobbing[8]. A differenza del mobbing, lo straining si può realizzare anche con una sola azione vessatoria, o con più azioni prive di continuità, che determinino con efficienza causale una situazione di stress lavorativo causa di gravi disturbi psico-somatici, psicofisici o anche solo psichici.

In sostanza la differenza fra mobbing e straining, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, sta nel fatto che nello straining manca l'elemento della continuità e/o della pluralità delle azioni vessatorie. Nello straining la condotta antigiuridica si realizza con un'azione unica e isolata, oppure con più azioni prive di continuità, purché caratterizza-

[6] Così Cass. ordinanza 7 febbraio 2023 n. 3692; Cass. ordinanza 30 novembre 2022 n. 35235 in https://www.giuslavoristi.it/articolo/1284/mobbing-sul-lavoro-cassazione-ordinanza-35235-2022; Cass. sentenza 15 novembre 2022 n. 33639; Cass. ordinanza 23 maggio 2022 n. 16580.

[7] EGE, *Oltre il mobbing. Straining, Stalking e altre forme di conflittualità lavorativa*, Milano, 2005, 70.

[8] La Suprema Corte si è occupata per la prima volta di straining nella sentenza 19 febbraio 2016, n. 3291, cit.; la Corte illustra la differenza fra i due istituti nella successiva ordinanza 10 luglio 2018 n. 18164 (in https://www.iusinitinere.it/condizioni-lavorative-stressogene-il-c-d-fenomeno-dello-straining-alla-luce-del-recente-approdo-della-suprema-corte-di-cassazione-datato-11-11-2022-43805).

te da intento persecutorio e tali da provocare una situazione di stress lavoro-correlata. In ogni caso lo straining deve provocare un danno all'integrità psico-fisica del lavoratore, eventualmente insieme ad un danno alla professionalità e alla dignità.

La Suprema Corte è anche costante nel precisare che, dal punto di vista processuale, la prospettazione nel ricorso introduttivo del solo mobbing non impedisce al giudice di valutare la condotta datoriale in termini di straining, poiché non sussiste alcuna novità della questione, trattandosi soltanto di adoperare differenti qualificazioni di tipo medico-legale[9]. Ciò che conta sono le allegazioni contenute nel ricorso del lavoratore: i fatti (condotte vessatorie e persecutorie), l'evento di danno, il nesso causale, l'elemento soggettivo dell'intento persecutorio. Sarà poi il giudice, nell'esercizio dei suoi poteri, a valutare i fatti e a dare loro una configurazione giuridica in termini di mobbing o di straining; in altre parole, secondo la Corte di Cassazione siamo di fronte ad un semplice problema di qualificazione della domanda.

Veniamo ora al lato pratico del tema e andiamo ad esemplificare alcuni comportamenti che – di per sé leciti ovvero intrinsecamente vessatori, reiterati nel tempo e combinati fra loro, uniti dall'intento persecutorio – possono configurare il mobbing:

- escludere il lavoratore dalle riunioni e dai nuovi progetti;
- scavalcare il lavoratore nelle decisioni aziendali (ricordiamo che spesso il mobbing colpisce i dirigenti o i quadri e non è solo appannaggio dei profili inferiori in azienda);
- aggredire il lavoratore con parole offensive o denigratorie;
- irrogare sanzioni disciplinari (che di per sé possono essere lecite, ma se vengono reiterate nel tempo a distanza ravvicinata possono costituire un elemento della condotta di mobbing o di straining);
- molestare sessualmente il dipendente;
- trasferire il lavoratore;
- demansionare e isolare il dipendente (il demansionamento è un tassello "classico" del mobbing);
- licenziare il dipendente o costringerlo alle dimissioni.

È stato invece configurato lo straining nel caso del primario ospedaliero che durante la visita di reparto, davanti al paziente, strappa di mano e getta a terra il referto specialistico del proprio aiuto primario, pronunciando parole offensive con tono aggressivo, e successivamente non consegna alla direzione sanitaria le note di valutazione[10].

Ad avviso di chi scrive è configurabile lo straining anche nel caso del datore di lavoro che costringe la vittima a lavorare in un ambiente disagevole, per incuria e disinteresse nei confronti del benessere lavorativo, come nel caso di un ambiente di lavoro privo di condizionatore d'aria ed in presenza di temperature elevate per buona parte dell'anno. In questa ipotesi, se vi è intento persecutorio nei confronti della singola persona si può configurare lo straining; se invece non vi è intento persecutorio (o se non è possibile darne prova), si può configurare una ipotesi di stress lavoro-correlato[11].

[9] Così Cass. sentenza 15 novembre 2022 n. 33639 cit., Cass. ordinanza 10 luglio 2018 n. 18164 cit., Cass. ordinanza 29 marzo 2018 n. 7844.

[10] È il caso trattato da Cass. sentenza 19 febbraio 2016, n. 3291 cit.

[11] Come, forse, pare potersi desumere in Cass. ordinanza 28 febbraio 2018 n. 16256, in RIDL, 2018, IV, 793 ss., con nota di F. LAMBERTI, *Il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno patito anche se non risulta provato il mobbing*.

Veniamo ora ai casi in cui, sempre secondo la giurisprudenza, non è possibile configurare il mobbing né lo straining:

- situazioni di amarezza causate dal cambio di posizione lavorativa per processi di riorganizzazione che hanno investito l'intera azienda[12];
- situazioni di divergenza interpersonale sul luogo di lavoro, tali da non configurare un ambiente di lavoro nocivo[13];
- più in generale, siamo al di fuori della responsabilità datoriale laddove i pregiudizi derivino dalla qualità intrinsecamente e inevitabilmente usurante e defatigante della prestazione lavorativa, e più in generale laddove tutto si riduca a meri e disagi o a lesioni di interessi privi di qualsiasi consistenza e gravità, come tali non risarcibili[14].

4. Demansionamento

Infine, veniamo al demansionamento che, a differenza del mobbing e dello straining, ha un suo inquadramento civilistico, precisamente nell'art. 2103 cod. civ. che non dà una definizione del demansionamento ma indica al datore di lavoro che cosa può, e che cosa non può fare, rispetto alle mansioni del lavoratore.

La risposta alla domanda su quale condotta configuri il demansionamento è piuttosto semplice: la giurisprudenza ce ne dà esempi da decenni.

Certamente è demansionato il lavoratore al quale vengano tolte tutte le mansioni e venga collocato nella classica stanza priva di finestre, in totale inattività. È demansionato il lavoratore al quale vengano ridotte quantitativamente le attribuzioni e i campi di intervento. Ancora, è demansionato il lavoratore al quale vengano sottratte le funzioni di direzione e coordinamento di una divisione funzionale (ad es. start-up e smart working), con assegnazione di mansioni operative, e che debba riportare ad un dirigente in una precedente posizione pari ordinata.

A questo proposito, il Tribunale di Roma è intervenuto di recente con una sentenza pronunciata in un caso molto complesso[15], che vedeva coinvolta la dipendente di una società in house di un ente pubblico territoriale. La lavoratrice rivendicava, da un lato, il riconoscimento della qualifica superiore per un determinato periodo lavorativo e, dall'altro lato, lamentava mobbing, straining o demansionamento per il periodo successivo. All'esito di una lunga istruttoria testimoniale nonché della copiosa corrispondenza prodotta in atti, il Tribunale di Roma ha ritenuto che nella condotta del datore lavoro era configurabile un'ipotesi di mobbing o "*quantomeno di straining*". Nei fatti era accaduto anzitutto che la lavoratrice avesse svolto per ben tre anni funzioni di direzione di un'unità funzionale, con coordinamento di quattro risorse. Con il cambio del presidente della società la dipendente veniva demansionata e fatta oggetto di offese e denigrazioni dai suoi stessi sottoposti, che chiedevano il trasferimento per incompatibilità ambientale.

Ebbene, il Tribunale di Roma riconosce lo straining e condanna la società al risarcimento del danno alla salute, accertato tramite CTU medico-legale, mentre non riconosce il danno alla professionalità, ritenendo che l'avere spo-

[12] È il caso trattato da Cass. ordinanza 4 febbraio 2021 n. 2676 che ha financo escluso lo straining.

[13] Cass. ordinanza 5 agosto 2022 n. 24339 in https://www.rivistalabor.it/stress-lavoro-correlato-e-straining-la-fusione-in-atto-tra-materiale-legislativo-e-nuovo-formante-giurisprudenziale

[14] Vedi Cass. ordinanza 23 maggio 2022 n. 16580 cit., Cass. ordinanza 4 giugno 2019 n. 15159.

[15] Si tratta della sentenza del Tribunale di Roma 20 giugno 2023 n. 6413.

stato la lavoratrice da una mansione direttiva-organizzativa ad una mansione meramente operativa, per di più sotto le direttive di chi in precedenza era collocato allo stesso livello della ricorrente, non avrebbe comportato una perdita di bagaglio professionale.

La pronuncia è interessante, *in primis* perché riconosce un'ipotesi di mobbing "*o quantomeno di straining*" nella condotta commissiva ed omissiva del datore di lavoro, che mortifica la dipendente, non impedisce ai colleghi sottordinati di denigrarla e offenderla, e demansiona la lavoratrice. Inoltre questa sentenza ci conferma che il demansionamento, per sé solo, costituisce una forma di inadempimento datoriale agli obblighi derivanti dagli articoli 2087 e 2103 cod. civ. laddove cagioni un danno all'integrità fisica e/o alla personalità morale del prestatore, ma può essere parte di una più ampia condotta di mobbing o straining, di cui deve sussistere l'elemento soggettivo dell'intento persecutorio.

Occorre però tener conto che l'attuale testo dell'art. 2103 cod. civ., così come modificato dal Jobs Act (d.lgs. 81/2015), rende più facile la difesa datoriale. Il datore di lavoro, infatti, oggi può difendersi sostenendo che le nuove mansioni assegnate al dipendente, pur non essendo equivalenti, siano riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte. Tanto per fare un esempio, il ristoratore che adibisce il pizzaiolo a mansioni e qualifica di cameriere di sala esercita legittimamente lo *ius variandi* opponendo che entrambe le qualifiche (pizzaiolo e cameriere di ristorante) sono inquadrate al quarto livello del CCNL Pubblici Esercizi FIPE. Prima del 25 giugno 2015 il nostro ristoratore avrebbe violato l'art. 2103 cod. civ. perché il lavoratore non sarebbe stato assegnato a mansioni equivalenti, tali da consentirgli di mantenere e implementare il proprio bagaglio professionale. Certamente anche oggi il datore di lavoro commetterebbe un illecito civile laddove privasse il nostro pizzaiolo dell'esempio di tutte le mansioni, o se lo riducesse a preparare i condimenti per la pizza.

Il demansionamento, una volta accertato giudizialmente, può comportare:

- la condanna del datore di lavoro alla reintegra del lavoratore nelle mansioni in precedenza svolte;
- la condanna al risarcimento del danno biologico, del danno alla professionalità e del danno patrimoniale laddove si provi, ad esempio, che il demansionamento ha impedito uno scatto di carriera o ha fatto perdere la chance di trovare un posto di lavoro con una retribuzione migliore.

Il parametro di riferimento per la liquidazione equitativa del danno alla professionalità è costituito, secondo la giurisprudenza prevalente[16], dalla retribuzione del periodo oggetto di demansionamento.

Occorre segnalare un'interessante pronuncia della Corte d'Appello di Catanzaro[17], la quale ritiene che il criterio di liquidazione ancorato alla retribuzione sia foriero di discriminazioni fra lavoratori, e ritiene invece che il risarcimento del danno debba essere agganciato alla liquidazione del danno biologico da inabilità temporanea assoluta secondo il Codice delle Assicurazioni. In sostanza la Corte di Catanzaro ritiene che la disparità di retribu-

[16] Fra le tante vedasi Cass. 7 luglio 2001 n. 9228.

[17] Corte di Appello di Catanzaro sentenza 16 settembre 2021 n. 922, in RIDL, 2022, I, 26 ss., con nota di D. CHAPELLU, *Criteri di quantificazione del danno non patrimoniale per demansionamento: il parametro della retribuzione può essere superato da nuovi indici?*

zione fra lavoratori porti inevitabilmente una disparità di risarcimento del danno.

5. Conclusioni

È auspicabile che il mobbing e lo straining vengano tipizzati al più presto.

Ad oggi queste fattispecie, che hanno solamente una identità medico-legale, psichiatrica e nella medicina del lavoro, non hanno identità giuridica; i giudici del lavoro – stante la disciplina sull'onere della prova a carico del lavoratore-ricorrente – sono spesso costretti a riconoscere il solo demansionamento, senza poter andare oltre. Il problema è ancor più evidente nel settore penale, dove vige il principio di tipicità dei reati e il divieto di analogia.

Andrea Marsili
Avvocato del Foro di Roma
Componente Commissione Diritto del Lavoro

LA PREDEDUCIBILITÀ DEI CREDITI DELL'OCC

1. Prededucibilità dei crediti relativi a spese e compensi per le prestazioni rese dall'Occ

L'art. 6 d.lgs. n. 14/2019 intitolato "Prededucibilità dei crediti", elenca quali sono i crediti che – oltre a quelli così espressamente qualificati dalla legge – sono considerati prededucibili. Nel primo comma della lettera a) di detto articolo, i compensi del gestore Occ (o professionista facente funzione) sono posti "in automatico" in prededuzione assoluta.

La norma di riferimento per la determinazione dei compensi spettanti all'Occ è il D.M. 24 settembre 2014 n. 202 artt. 14 e ss. Non può sottacersi che il compenso versato dal debitore all'Occ viene in parte trattenuto dallo stesso organismo e solamente il residuo è versato al singolo "gestore della crisi" da intendersi quale professionista nominato dal suo stesso Occ di appartenenza, su istanza del debitore. Non è mai stato in discussione in dottrina il fatto che il compenso spettante all'Occ vada soddisfatto in prededuzione e non pare sostenibile affermare che il legislatore, proprio perseguendo lo scopo di rendere meno gravose le procedure concorsuali dal punto di vista economico, abbia scientemente inteso limitare la prededuzione al solo Occ o postergarne il pagamento, trattandosi di organismo espressamente previsto dalla legge per ausiliare i consumatori e gli imprenditori più piccoli ad affrontare la propria situazione di sovraindebitamento. Infatti, proprio l'art. 6 co 1 lett. a) CCII qualifica prededucibili i "*crediti relativi a spese e compensi per le prestazioni rese dall'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento*", senza porre la condizione – presente nelle successive lettere b) e c) – che la procedura sia stata aperta o abbia avuto buon fine.

La legge non essendo pienamente intelligibile sul punto, sta determinando pronunce di merito in cui, pur ritenendo corretta l'appostazione del compenso dell'Occ tra i prededucibili, viene disposto che lo stesso debba essere posposto e liquidato solamente al termine del piano, dando così una rigida lettura alla previsione contenuta nell'art. 71 comma 4 ed art. 81 comma 4 CCII.

In un recente decreto di apertura di una procedura di Ristrutturazione dei debiti del consumatore ex art. 67 CCII, il tribunale di Forlì[1] ha ritenuto inammissibile che il compenso autodeterminato tra debitore e l'Occ sia corrisposto integralmente, senza la liquidazione del giudice, nel corso della procedura. Ed ancora in una sentenza di apertura di una procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore, il tribunale di Roma[2] ha ritenuto che le rate convenute per il pagamento del saldo del compenso dell'Occ siano accantonare a cura dell'Occ su un conto corrente dedicato, senza nulla dire sulla modalità e tempi di liquidazione. Piccola apertura, si è avuta nel tribunale di Napoli Nord[3] dove il giudice delegato ha dato la possibilità all'Occ di ottenere acconti periodici su specifica e documentata richiesta.

2. Attività richieste dal CCII all'Occ

Proviamo a fare chiarezza sulla delicatissima questione che potrebbe determinare il "collasso" delle procedure di sovraindebita-

[1] Tribunale Ordinario di Forlì, Sez. Civ., Procedure Concorsuali, G.D. Dott. Branca Decreto R.G. N. 56-1//2023 del 13 luglio 2023, in IlCaso.it

[2] Tribunale Ordinario di Roma, Sez. XIV Civile, G.D. Dott. Genna, Sent. n. 487/2023 pubblicata il 30/08/2023.

[3] Tribunale di Napoli Nord, Sez. III, G.D. Dott. Di Giorgio, Sent. n. 66/2023 pubblicata il 13/06/2023 in IlCaso.it

mento in Italia tenuto conto del "maltrattamento" dei gestori della crisi Occ che sono chiamati a svolgere un lungo, gravoso, e spesso poco remunerato, lavoro funzionale all'ottenimento dell'esdebitazione di quei "piccoli" debitori che si sono indebitati senza colpa grave, malafede o frode.

Una non attenta, ponderata e superficiale lettura del comma 4 dei rispettivi artt. 71 e 81 CCII, potrebbe far rischiare ai gestori della crisi di non essere remunerati per il "servizio pubblico" che svolgono e che è stato fortemente voluto dall'Unione Europea, trasfuso nella Direttiva EU 2019/1023 (Insolvency) del Consiglio e del Parlamento EU, recepita dal nostro legislatore nel CCII, ed improntata ad offrire una seconda possibilità ai soggetti privati ed a quelli giuridici che si trovino in stato di crisi o di insolvenza reversibile evitando la cancellazione dal mercato qualora sia possibile ripristinare l'equilibrio economico e finanziario.

L'Organismo di composizione della crisi recita un ruolo cruciale in tutte le fasi delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento: dalla predisposizione della proposta o del ricorso, allorquando il debitore non sia assistito da un difensore, alla redazione della relazione "particolareggiata" da porre all'attenzione dell'organo giudicante; dalle comunicazioni ai soggetti istituzionali e ai creditori oltre ai depositi presso il tribunale adito; dalla trascrizione del decreto di apertura della procedura presso gli uffici competenti ai compiti di vigilanza nella fase esecutiva.

È presumibilmente verosimile che il legislatore abbia voluto suddividere in due fasi le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento di cui al Capo II, Sez. II, del Titolo IV CCII.

Gli artt. 67-70 (ristrutturazione dei debiti del consumatore) ed artt. 74-80 (concordato minore) CCII disciplinano verosimilmente la prima fase, che ricomprende *ex multis* l'istanza presentata dal debitore all'Occ costituito nel circondario del tribunale competente contenente la richiesta di nomina del gestore, l'elaborazione ad opera del gestore della crisi nominato della relazione atta al deposito della proposta in tribunale, l'attività demandata dal giudice delegato all'Occ che va a confluire, verificati i presupposti di ammissibilità, nella sentenza di omologa della proposta. Per detta attività l'Occ redige un preventivo ex artt. 16-17 del D.M. 202/2014 che, solitamente, viene sottoscritto dal sovraindebitato per accettazione ed allegato alla relazione di cui agli art. 68 comma 2 (ristrutturazione dei debiti del consumatore) ed art. 76 comma 2 (concordato minore) CCII. L'importo del preventivo, essendo indubitabilmente un credito prededucibile non può non essere incluso nella summenzionata classe, deve essere quindi inserito nel piano fra le poste di pagamento rateale interamente in prededuzione e pagato prima di qualunque credito ammesso al concorso.

L'attività demandata all'Occ troverà pertanto la sua conclusione con la sentenza di omologa del piano che definisce, appunto, la prima fase della procedura presentata in tribunale. Sono chiare in tal senso le norme. Gli artt. 70 comma 7 ultimo capoverso (ristrutturazione dei debiti del consumatore) e 80 comma 2 (concordato minore) CCII recitano, per entrambe le procedure, che con la stessa sentenza con cui il giudice omologa il piano viene altresì dichiarata "*chiusa la procedura*". Merita segnalare che nella previgente l. 3/2012 il decreto con cui il Giudice omologava l'accordo di composizione della crisi (art. 12) o il piano del consumatore (art. 12 bis), non prevedeva la chiusura della procedura, la cui esecuzione veniva disciplinata dal succes-

sivo art. 13. Ma mai, la giurisprudenza di merito ha ritenuto dover subordinare il pagamento dei compensi dell'Occ al termine della procedura.

Per cui appare una logica conseguenza che, essendo stato proprio il legislatore a prevedere che il giudice omologhi la procedura con un provvedimento (sentenza) definitivo con cui la stessa viene chiusa, l'Occ riceva i compensi quantificati *ex* art. 16 D.M. n. 202/2014 per l'attività già prestata, di ausilio, in favore del soggetto sovraindebitato, di cui agli artt. 67-70 (ristrutturazione dei debiti del consumatore) ed artt. 74-81 (concordato minore), prima dei creditori concorsuali.

La seconda fase delle procedure, da qualificarsi quale momento successivo all'omologa, attiene esclusivamente all'esecuzione del piano e viene disciplinata nell'art. 71 (ristrutturazione dei debiti del consumatore) ed art. 81 (concordato minore) CCII. Il legislatore ha impartito all'Occ operazioni di verifica specifiche. Gli viene infatti chiesto di vigilare sull'esatto adempimento del piano, di risolvere eventuali difficoltà sottoponendole al giudice se necessario, di collaborare con il debitore a tutte le operazioni che lo stesso deve compiere per dare esecuzione al piano omologato. Deve altresì riferire al giudice per iscritto a cadenza semestrale sullo stato dell'esecuzione.

Ed ancora, il comma 4 degli artt. 71 e 81, comma gemello in entrambe le procedure, dispone che terminata l'esecuzione, l'Occ, sentito il debitore, presenta una relazione finale al giudice che "*se il piano è stato integralmente e correttamente eseguito procede alla liquidazione del compenso dell'OCC*" tenendo conto della "*diligenza*" dello stesso. È ragionevole ritenere, non potendo non tenersi conto di quanto disciplinato nel comma 6 degli artt. 71 (ristrutturazione dei debiti del consumatore)[4] ed 81 (concordato minore)[5] CCII – comma gemello –, che la "diligenza dell'OCC" da dover essere valutata dal giudice delegato ai fini della determinazione del *quantum* del compenso debba attenere unicamente alla fase dell'esecuzione del piano. Infatti, esaminando gli articoli del codice sopra richiamati è facile comprendere che l'attività che deve svolgere l'Occ nella fase di esecuzione della procedura è totalmente avulsa da quella disciplinata dagli artt. 67-70 (ristrutturazione dei debiti del consumatore) e 74-80 (concordato minore) CCII e già interamente svolta dal gestore della crisi che ha permesso l'omologazione della procedura presentata dal sovraindebitato in tribunale. Si potrebbe obiettare che anche in vigenza della l. 3/2012 l'Occ si occupava della fase dell'esecuzione[6] ma è ragionevole ritenere che il legislatore del CCII abbia voluto nettamente distinguere le fasi. Invero l'attività che ha già svolto l'Occ e che ha determinato l'apertura della procedura con la sentenza di omologa, deve intendersi propedeutica alla fase dell'esecuzione regolamentata dal codice in modo specifico ed in cui l'Occ assolve un ruolo che potrebbe essere assimilato al curatore e/o commissario e/o liquidatore, professionisti che, infatti, per l'attività che svolgono, vengono liquidati dal giudice delegato al termine dell'esecuzione della procedura per cui sono stati nominati.

---

[4] Art. 71, co. 6, CCII "*Nella liquidazione del compenso il giudice tiene conto della diligenza dell'OCC*".

[5] Art. 81, co. 6, CCII "*Nella liquidazione del compenso il giudice tiene conto della diligenza dell'OCC*".

[6] Art. 13, co. 2, capoverso I, l. 3/12 "*L'organismo di composizione della crisi risolve le eventuali difficoltà insorte nell'esecuzione dell'accordo e vigila sull'esatto adempimento dello stesso, comunicando ai creditori ogni eventuale irregolarità*".

Tornando ad esaminare il quarto comma degli artt. 71 e 81 CCII, il giudice se il piano è stato integralmente e correttamente eseguito procede alla liquidazione del compenso dell'Occ "*tenuto conto di quanto eventualmente convenuto tra l'organismo ed il debitore*". È ragionevole ritenere che il giudice andrà a liquidare detto compenso valutando se nel preventivo redatto dall'Occ *ex* art. 16, D.M. n. 202/2014 siano stati già determinati i compensi per l'attività che l'Occ andrà a svolgere per l'esecuzione della procedura. E proprio nell'ipotesi in cui il debitore e l'organismo non abbiano pattuito alcunché, la dottrina si è posta la questione dei criteri da seguire per la liquidazione del compenso dell'Occ per detta fase. Soccorre il D.M. 202/2014 a far luce sulla modalità di liquidazione di detto compenso, nel comma 2 dell'articolo 16 "*nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento …… spetta all'organismo un compenso, anche per l'opera prestata successivamente all'omologazione, determinato con le medesime percentuali di cui al predetto comma, sull'ammontare dell'attivo e del passivo risultanti dall'accordo o dal piano del consumatore omologati*". Il decreto ministeriale richiamato prevede che il compenso dell'Occ, in difetto di accordo tra il debitore e l'organismo, sia determinato facendo riferimento al D.M. 25.01.2012 n. 30 in tema di compensi dei curatori fallimentari e degli altri organi delle procedure concorsuali, diminuiti dal 15% al 10%. Pertanto, il riferimento ai decreti ministeriali, e ai loro parametri, vale soltanto "in difetto di accordo con il debitore" (art. 14, co. 1, D.M. 29.04.2014 n. 202) conformemente alla regola generale in tema di compensi per l'attività del prestatore d'opera intellettuale (art. 2233, co. 1, c.c.) secondo cui è l'accordo tra le parti che regola la misura del corrispettivo delle prestazioni professionali e soltanto in assenza di tale pattuizione valgono le regole sussidiarie e, in particolare, i decreti ministeriali in tema di parametri.

3. Conclusioni

E per concludere, si permetta una riflessione.

Sovente accade che l'Occ non riceva acconti dai sovraindebitati perché la loro situazione debitoria è talmente "grave" che gli stessi non sono nella capacità economica di versare nulla. In tali casi, sottoscritto il preventivo redatto *ex* art. 16 D.M. n. 202/2014, l'importo viene totalmente allocato in procedura tra i crediti prededucibili. I gestori della crisi, professionisti nominati dall'Occ, sono chiamati a lavorare con abnegazione; glielo chiede la Direttiva (UE) 2019/1023 sulla ristrutturazione e sull'insolvenza, c.d. *Direttiva Insolvency*. Non è infrequente che l'attività che svolgono, avente inizio con la loro nomina e che si conclude con la sentenza di omologa o con il decreto di diniego dell'omologazione, da intendersi per l'appunto quale prima fase della procedura, venga pertanto svolta gratuitamente o quasi. I gestori della crisi senza ricevere acconti o percependone di importo generalmente esiguo, per traghettare i debitori, e conseguentemente il loro nucleo famigliare, in acque calme, rimandano il pagamento dei compensi a loro spettanti dopo l'omologa, prima dei creditori concorsuali, al solo fine di consentire ai sovraindebitati l'accesso alla procedura.

Ricordo a me stessa, che i soggetti che richiedono l'accesso alle procedure di sovraindebitamento sono soggetti deboli, spesso impauriti e disorientati. Sarebbe pertanto una contraddizione in termini qualificare prededucibile il credito spettante all'Occ, funzionale

alla procedura, e posticiparne il pagamento al termine del piano.

In cosa consisterebbe, quindi, la prededuzione?

L'inserimento del compenso dell'Occ per l'attività dallo stesso svolta fino alla sentenza di omologa tra i creditori prededucibili ex art. 6, comma 1, lett. a), CCII ed il suo integrale pagamento non deve essere ritenuto in contrasto con il dettato dell'art. 71, comma 4 (ristrutturazione dei debiti del consumatore) ed art. 81, comma 4 (concordato minore) CCII in quanto attiene all'esclusivo pagamento di attività già interamente svolta dall'Occ, nella persona del gestore della crisi nominato, e che ha permesso l'apertura della procedura che viene chiusa, giustappunto, con la medesima sentenza[7].

Non si può che concludere ritenendo che, verosimilmente, il legislatore del codice abbia voluto riconoscere un ulteriore compenso per l'attività che l'Occ andrà a svolgere per l'esecuzione del piano, dettagliatamente descritta negli artt. 71 e 81 CCII, e che sarà – terminata l'esecuzione – liquidato dal giudice tenendo conto sia della diligenza prestata dall'Occ sia di quanto eventualmente convenuto dall'organismo con il debitore.

Francesca Romana Capezzuto
Avvocato del Foro di Roma
Componente Commissione Crisi di Impresa

[7] Cfr. art. 70, comma 7, ultimo capoverso (Ristrutturazione dei debiti del consumatore) e art. 80, co. 2 (Concordato Minore) CCII.

ASSOCIAZIONE ALBESE
STUDI DI DIRITTO COMMERCIALE

Crisi, imprenditori e responsabilità: il codice della crisi tra vecchi e nuovi problemi

24-25 Novembre 2023
Auditorium Ferrero
Via Pietro Ferrero, 19 - Alba (CN)
Convegno in presenza e in diretta streaming

PROGRAMMA

Venerdì 24 Novembre 2023

Ore 16.30
I 30 anni del Convegno di Alba
Dott. Luciano Panzani, Avv. Teodoro Bubbio, Avv. Prof. Antonio Caiafa

Ore 16.45
Presentazione del volume degli Scritti in onore dell'Avv. Prof. Gino Cavalli
Avv. Prof. Oreste Cagnasso

Ore 17.15
La copertura assicurativa delle spese professionali per il rischio insolvenza
Avv. Prof. Lorenzo Stanghellini
Avv. Monica Marcucci

Ore 17.45
Concerto
Maestro Michele Campanella

Sabato 25 Novembre 2023

Ore 9.00
Messaggi di saluto
Dott. Carlo Bo, Sindaco di Alba
Avv. Alberto Cirio, Presidente Regione Piemonte
Prof. Dott. Elbano De Nuccio, Presidente CNDCEC
Dott.ssa Elisabetta Pagnini, Group General Councel Direzione Legale e contenzioso
Intesa San Paolo
Avv. Francesco Greco, Presidente CNF

Ore 9.15
Apertura dei lavori
Avv. Prof. Gino Cavalli

Ore 9.30
Relazione introduttiva
Dott. Luciano Panzani, già Presidente Corte di Appello di Roma

Ore 10.00
Tavola rotonda
MERCATO E FINANZIAMENTO DELL'IMPRESA IN CRISI
Prof. Marcello Messori
Dott. Gregorio De Felice
Dott. Giacomo Rodano

Ore 11.00
CROSS CLASS CRAM DOWN:
esperienze europee ed italiane a confronto
Avv. Giorgio Corno
Prof. Dott. Stephan Madaus
Avv. Robert Van Galen

Ore 11.45
PERCORSI DI RISANAMENTO:
LE ALTERNATIVE DEL CODICE E LE ESIGENZE DEL MERCATO
Coordina Avv. Prof. Niccolò Abriani
Avv. Antonio Matonti
Dott.ssa Laura De Simone
Avv. Prof.ssa Ilaria Pagni
Dott. Lucia De Bernardin
Avv. Giovanna Callegari
Avv. Prof. Oreste Cagnasso

Ore 12.45
CODICE DELLA CRISI E SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA
Dott. Davide Di Russo
Prof. Bernardo Giorgio Mattarella

Ore 13.30
Conclusioni della mattina
Prof. Dott. Elbano De Nuccio, Presidente CNDCEC
Sen. Francesco Paolo Sisto, Viceministro Giustizia

Servizio di credenza

Presiede e coordina i lavori del pomeriggio
Avv. Aldo Bulgarelli

Ore 15.00
IL VERSANTE PENALE
Avv. Prof. Renato Bricchetti
Sen. Francesco Paolo Sisto

Ore 16.30
EFFICIENZA E MERCATO: I TEMPI DELLA GIUSTIZIA
Coordina Avv. Prof.ssa Stefania Pacchi
La composizione negoziata - Dott. Sandro Pettinato
Liquidazioni e vendite - Avv. Giovanni Colmayer
L'andamento delle procedure concorsuali - Dott. Paolo Rinaldi

CONCLUSIONE LAVORI

Con il sostegno di
INTESA SANPAOLO
FERRERO

Co-organizzatore
Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili

Con la collaborazione di
COMUNE DI ALBA

Ordine dei Dottori Commercialisti e degli esperti contabili di Torino, Ivrea, Pinerolo, della provincia di Asti e della provincia di Cuneo

ISCRIZIONI

L'evento è gratuito e si potrà seguire in presenza oppure on line in diretta streaming. Le iscrizioni al convegno in presenza e on line dovranno essere effettuate sul sito
www.associazionealbesestudidirittocommerciale.it
Coloro che non necessitano di crediti formativi e vorranno partecipare on line, potranno seguire l'evento in diretta sul sito
Coloro che necessitano di crediti formativi e vorranno seguire in diretta streaming i lavori, riceveranno via e-mail il link di accesso alcuni giorni prima del Convegno

Segreteria organizzativa **WELL COM**
Via Gardini, 1 - 12051 Alba (CN) - Tel. 328 0584036 - 335 6268376
convegno@associazionealbesestudidirittocommerciale.it