ANNO LXXI OTTOBRE-DICEMBRE 2023 NUMERO 4

# TEMI ROMANA

RIVISTA GIURIDICA

4

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. 4-2023**
Rivista giuridica
a cura dell'Ordine degli Avvocati di Roma

# *IN QUESTO NUMERO*

**DIRITTO PROCESSUALE CIVILE**
Il ruolo del c.t.u. a seguito della Riforma Cartabia
di *Giorgio Costantino* ..... 2

**CODICE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA**
Il protocollo sugli incarichi: riflessioni a margine dell'art. 356 del codice della crisi
di *Antonio Caiafa* ..... 11

La liquidazione giudiziale, prestazione d'opera intellettuale e prescrizione presuntiva
di *Antonio Caiafa* ..... 17

**DIRITTO DEL LAVORO**
Dipendenti licenziati ed investigatori privati
di *Andrea Pedicone* ..... 32

Cinquanta anni di esperienza del processo del lavoro
di *Bruno Cossu* ..... 34

**DEONTOLOGIA**
Il divieto del patto di quota lite, la differenza con il c.d. "Palmario" e l'interpretazione della "success fee" nelle convenzioni con gli enti pubblici
di *Marco Tocci* ..... 41

Sulle conseguenze discendenti dalla omessa riassunzione, a seguito della pronuncia della Corte di Cassazione, sull'illecito disciplinare
di *Carlo Arnulfo* ..... 44

**SOVRAINDEBITAMENTO**
Il compenso del professionista nominato per svolgere le funzioni di OCC e di liquidatore nell'ambito delle procedure di liquidazione del patrimonio e liquidazione controllata
di *Francesco Francavilla* ..... 51

**DIRITTO TRIBUTARIO**
Concordato preventivo biennale: benefici e criticità
di *Guerrino Petillo* e *Luigi Piccarozzi* ..... 63

# IL RUOLO DEL CTU A SEGUITO DELLA RIFORMA CARTABIA*

**SOMMARIO: 1.** La riforma della giustizia civile e il ruolo del c.t.u. – **2.** L'oggetto della consulenza tecnica nei processi di cognizione – **3.** I consulenti – **4.** Il ruolo e la funzione della consulenza tecnica nei processi di cognizione

### *1. La riforma della giustizia civile e il ruolo del c.t.u.*

La riforma «Cartabia» non ha apportato significative modificazioni al ruolo del consulente tecnico d'ufficio.

L'art. 1, commi 16, 17, lett. i), 22, lett. ee) e 23, della legge delega 26 novembre 2021, n. 206, ha dettato i principi ed i criteri direttivi.

Il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, con l'art. 3, comma 13, lett. n), ha modificato l'art. 191 c.p.c. ed ha sostituito il riferimento al comma settimo dell'art. 183 c.p.c., con quello al comma quarto; con il comma 14 dello stesso articolo, ha modificato l'art. 193 c.p.c., in sintonia con quanto già previsto dall'art. 221, comma 8, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. dalla l. 17 luglio 2020, n. 77; con il comma 33, sono stati aggiunti gli artt. 473 *bis* 25, 473 *bis* 26 e 473 *bis* 44 c.p.c., sulla nomina del consulente tecnico nel processo «unificato» in materia di persone, famiglia e minori. L'art. 4 dello stesso decreto legislativo ha modificato gli artt. 13, 15, 16, 18, 22, 23 disp. att. c.p.c. ed ha aggiunto l'art. 24 *bis*. Per quanto riguarda i custodi ed i delegati alle vendite nel processo esecutivo, sono stati modificati gli artt. 534 *ter*, 591 *bis* e 591 *ter* c.p.c., nonché l'art. 179 *ter* disp. att. c.p.c.

In attuazione di queste previsioni, è stato emanato il D.M. 4 agosto 2023, n. 109, intitolato «Regolamento concernente l'individuazione di ulteriori categorie dell'albo dei consulenti tecnici di ufficio e dei settori di specializzazione di ciascuna categoria, l'individuazione dei requisiti per l'iscrizione all'albo, nonché la formazione, la tenuta e l'aggiornamento dell'elenco nazionale».

L'attenzione prevalente del legislatore della riforma è stata orientata sui criteri di nomina e sulla gestione dell'albo.

In questa specifica materia, come in altre, non è stata presa in considerazione l'esigenza di fare pulizia della disciplina in attuazione dei compiti di coordinamento, pur previsti dalla legge delega. Non è stato abrogato, né è stato modificato l'art. 17 disp. att. c.p.c., per il quale «A cura del presidente del tribunale debbono essere assunte presso le autorità politiche e di polizia specifiche informazioni sulla condotta pubblica e privata dell'aspirante». È ragionevole ritenere che la disposizione non abbia alcuno spazio di applicazione, non soltanto perché oggi non esistono «autorità politiche» alle quali chiedere informazioni «sulla condotta pubblica e privata» degli aspiranti consulenti, ma soprattutto in relazione alle analitiche previsioni contenute nella disciplina relativa agli albi ed agli elenchi.

Il legislatore delegato non ha adempiuto i compiti di «modificare … le connesse disposizioni del codice di procedura civile», di «curare il coordinamento con le disposizioni vigenti, anche modificando la formulazione e la collocazione delle norme del codice di procedura civile, del codice civile e delle norme contenute in leggi speciali non direttamente investite dai principi e criteri direttivi di delega, … in modo da renderle ad essi conformi, operando le necessarie abrogazioni e adottando le opportune di-

* Relazione introduttiva al convegno della CONFPROFESSIONI «*Il ruolo del ctu a seguito della riforma Cartabia*», svoltosi a Bari il 1° dicembre 2023.

sposizioni transitorie», di «operare gli adattamenti delle disposizioni del codice di procedura civile, del codice civile e delle altre disposizioni legislative che si rendano necessari in seguito all'adozione delle norme attuative dei principi e criteri direttivi», di emanare «le norme necessarie al coordinamento delle disposizioni dei decreti legislativi adottati … con tutte le altre leggi dello Stato».

Questa inerzia si è accompagnata con il presappochismo manifestato con la disciplina transitoria. Alla data del 30 giugno 2023 inizialmente indicata per l'entrata in vigore della riforma, l'art. 1, comma 380, l. 29 dicembre 2022, n. 197, ha sostituito quella del 28 febbraio 2023; la medesima disposizione ha anticipato al 1° gennaio 2023, l'applicazione del novellato art. 193 c.p.c. sul giuramento del consulente tecnico. L'art. 8, comma 8, d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, conv. dalla l. 24 febbraio 2023, n. 14, tuttavia, ha prorogato al 30 giugno 2023, l'efficacia dell'art. 221, comma 8, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, che, pure, regolava il giuramento del consulente tecnico. Il conflitto tra l'art. 1, comma 380, l. 29 dicembre 2022, n. 197, e l'art. 8, comma 8, d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, sulle forme del giuramento del consulente, tuttavia, poteva essere aggirato con l'applicazione della norma generale di cui all'art. 127 *ter* c.p.c., che consente la sostituzione di ogni udienza con il deposito di note scritte.

Restano aperte le questioni relative al giuramento dell'interprete e del traduttore, perché il legislatore delegato, ancora inadempiente ai compiti di coordinamento, non ha modificato l'art. 122, comma 3, c.p.c., per il quale l'interprete «prima di esercitare le sue funzioni, presta giuramento davanti al giudice di adempiere fedelmente il suo ufficio», né l'art. 123 c.p.c., per il quale il traduttore «presta giuramento a norma dell'articolo precedente», né l'art. 124 c.p.c., per il quale il traduttore «presta giuramento a norma dell'articolo 122 ultimo comma». Anche tali questioni, tuttavia, si prestano ad essere risolte o in base all'art. 127 *ter* c.p.c. oppure attribuendo il valore di norma generale al novellato art. 193, comma 2, c.p.c., al fine di superare la previsione per la quale l'interprete ed il traduttore devono giurare «davanti al giudice».

Queste, e molte altre più impegnative questioni, tuttavia, avrebbero potuto essere evitate se fosse stata prestata adeguata attenzione non soltanto alla acquisizione dei fondi del PNRR, ma anche e soprattutto ai dichiarati obiettivi della riforma ovvero alla «semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile», ai sensi dell'art. 1, comma 1, della legge delega 26 novembre 2021, n. 206.

In relazione alla riforma, si sono manifestati diversi atteggiamenti: il primo manifesta entusiasmo per i provvedimenti legislativi; il secondo esprime un radicale dissenso per le modificazioni introdotte ed un rifiuto ad occuparsene ovvero ne prospetta una lettura che ne complica l'applicazione; il terzo prende atto della riforma sopravvenuta e tenta di operare per la sua ragionevole applicazione e per il funzionamento della giustizia civile. Per i professionisti, l'unico atteggiamento possibile è il terzo.

L'applicazione della nuova normativa impone di trastullarsi con giochi di pazienza, dai quali, anche in riferimento al «ruolo del ctu a seguito della riforma», sembra opportuno prescindere.

Qualunque interpretazione della disciplina deve fare i conti con la pratica applicazione, con il consenso che le soluzioni prospettate possono ricevere. La riforma ha segnato un rafforzamento degli Osservatori della giustizia civile, in funzione della elaborazione di protocolli e linee

guida per la gestione del processo. All'esito della Assemblea nazionale degli Osservatori sulla giustizia civile, svoltasi a Catania il 16-18 giugno 2023, sono state elaborate alcune **proposte operative**. Queste possono essere attuate in via interpretativa e in alcuni uffici giudiziari già lo sono. Potrebbero essere recepite dal Comitato istituito dal D.M. 29 settembre 2022 e dalla «*task force*» istituita con D.M. 7 marzo 2023.

L'attuazione della riforma della giustizia civile non sembra possa prescindere da queste iniziative, rispetto alle quali anche la CONFPROFESSIONI potrebbe assumere un ruolo attivo.

Il dibattito sulla riforma della giustizia civile evoca il confronto con il sistema sanitario. La durata della vita media è significativamente aumentata. È quasi scomparsa la mortalità infantile. Ma l'attenzione prevalente è orientata verso i casi di malasanità. Interpreti ed operatori sono impegnati nel funzionamento dei processi civili. L'impegno in questa direzione, anche se non fa notizia e non gratifica sul piano dell'immagine o della visibilità, appare, tuttavia, doveroso per tutti i professionisti.

Sebbene la riforma della giustizia civile non ha apportato significative modificazioni alla disciplina della consulenza tecnica, è stato profondamente modificato il contesto nell'ambito del quale la consulenza tecnica si svolge.

### *2. L'oggetto della consulenza tecnica nei processi di cognizione*

È cambiata la struttura dei processi di cognizione: al processo ordinario si affiancano il processo «semplificato» con le numerose varianti previste dal d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, il processo «del lavoro», applicabile anche ad altre controversie, tra loro eterogenee, il processo «unificato» in materia di persone, minori e famiglie, il processo «unitario» nelle procedure concorsuali.

Sembra, pertanto, opportuno orientare l'attenzione, in generale, sul ruolo e sulla funzione della consulenza tecnica nei processi di cognizione, mentre appare opportuno tralasciare ogni questione relativa al ruolo ed alla funzione degli ausiliari del giudice nei processi esecutivi e nelle procedure concorsuali, che sono oggetto di specifici corsi di formazione.

Si tratta di verificare quando e come il giudice possa utilizzare la consulenza tecnica in funzione del giudizio.

A tal fine, occorre prendere le mosse dall'art. 61, comma 1, c.p.c., per il quale «Quando è necessario, il giudice può farsi assistere, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, da uno o più consulenti di particolare competenza tecnica».

L'espressione «quando è necessario» è tradizionalmente letta in relazione alla «particolare competenza tecnica», al fine di escludere l'ammissibilità di una consulenza tecnica su questioni giuridiche.

Si è, infatti, affermato che «la consulenza tecnica d'ufficio, che non ha natura di mezzo istruttorio in senso proprio, è contemplata dai codici di rito al fine di fornire all'organo, istituzionalmente deputato alla qualificazione giuridica dei fatti e alla valutazione tecnico-giuridica, l'ausilio di accertamenti e giudizi che dipendono dall'applicazione di regole scientifiche e tecniche esulanti dal "sapere" della figura professionale cui l'ordinamento affida l'esercizio della giurisdizione»; e che «il livello minimo di professionalità richiesta ad un magistrato include necessariamente e precipuamente la consapevolezza della preclusione ad avvalersi dell'opera di un consulente tecnico per risolvere questioni di diritto, ancorché complesse e concernenti settori specialistici delle discipline giuridiche»: così Cass., sez. un., 6 maggio 2008, n. 11037.

Non è dunque possibile, come nel Mercante di Venezia di William Shakespeare, affidare ad un consulente la valutazione della legittimità della penale consistente in una libbra di carne del fideiussore. In quella occasione, Porzia, nella veste di ausiliare del giudice, afferma: «Una libbra della carne di quel mercante è tua, la corte l'aggiudica, e la legge l'assegna»; ma aggiunge: «questa obbligazione non ti concede neanche una goccia di sangue; le parole dicono espressamente "una libbra di carne". Prendi dunque la tua penale, prendi la tua libbra di carne, ma se, nel tagliarla, versi una goccia di sangue cristiano, le tue terre e i tuoi averi sono, per le leggi di Venezia, confiscati dallo stato di Venezia»; e prosegue: «È stabilito nelle leggi di Venezia che se è provato contro uno straniero che, con mezzi diretti o indiretti, egli attenta alla vita di un cittadino, la persona contro cui egli ha tramato entrerà in possesso di metà dei suoi beni, l'altra metà va alle casse dello stato, e la vita del reo è alla mercé del doge soltanto, escluso ogni altro appello. In questa situazione io dichiaro che tu ti trovi, perché risulta manifesto dalla tua azione che, indirettamente, e direttamente anche, tu hai tramato contro la vita stessa del convenuto e sei incorso nel danneggiamento sopra da me recitato. Giù, dunque, e supplica clemenza al doge».

Nell'ordinamento positivo vigente in Italia, la valutazione della legittimità della penale, come ogni altra valutazione giuridica, è rimessa esclusivamente al giudice. Questi non può farsi assistere, per il giudizio, da uno o più consulenti di particolare competenza giuridica, né può affidare al consulente tecnico valutazioni giuridiche. Il consulente tecnico, d'altro canto, non può compiere valutazioni giuridiche. Il perimetro della sua attività, circoscritto alla sua «particolare competenza tecnica», deve essere segnato dal provvedimento di nomina.

Ai sensi dell'art. 17 delle «Norme integrative per i giudizi davanti alla corte costituzionale», tuttavia, «La Corte, ove ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline, dispone con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite. Con l'autorizzazione del Presidente, le parti possono formulare domande agli esperti» e «può altresì disporre l'acquisizione da parte degli esperti ascoltati di documenti o di una relazione scritta, del cui deposito con modalità telematica viene data comunicazione alle parti costituite».

Ai sensi dell'art. 14, comma 1, l. 31 maggio 1995, n. 218, «L'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice. A tal fine questi può avvalersi, oltre che degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, di informazioni acquisite per il tramite del Ministero di grazia e giustizia; può altresì interpellare esperti o istituzioni specializzate». In base alla Convenzione di Londra del 7 giugno 1968, alla quale è stata data esecuzione con il D.P.R. 2 febbraio 1970, n. 1510, ogni giudice può rivolgersi **all'Ufficio I – Affari civili internazionali – della Direzione generale della giustizia civile** (*ufficio2.dgcivile.dag@giustizia.it*), individuato quale «organo di ricezione» ai sensi della Convenzione, per informazioni sul diritto straniero.

Nel processo civile, ai sensi dell'art. 213 c.p.c., il giudice può «richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa, che è necessario acquisire al processo».

Nelle controversie di lavoro, ai sensi dell'art. 425 c.p.c., «Su istanza di parte, l'associazione sindacale indicata dalla stessa ha facoltà di rendere in giudizio, tramite un suo rappresentante, informazioni e osservazioni

orali o scritte»; e «Il giudice può richiedere alle associazioni sindacali il testo dei contratti e accordi collettivi di lavoro, anche aziendali, da applicare nella causa».

Al di fuori di queste ipotesi, ogni valutazione giuridica è affidata esclusivamente al giudice ed è esclusa l'ammissibilità di una consulenza tecnica su questioni giuridiche.

La consulenza tecnica può essere disposta, ai sensi dell'art. 61, comma 1, c.p.c., «quando è necessario» e tale necessità si manifesta quando sia richiesta una «particolare competenza tecnica».

Nel processo «unificato» in materia di persone, minori e famiglie, ai sensi dell'art. 473 *bis* 25, comma 2, c.p.c., «Nella consulenza psicologica le indagini e le valutazioni su caratteristiche e profili di personalità delle parti sono consentite nei limiti in cui hanno ad oggetto aspetti tali da incidere direttamente sulle capacità genitoriali, e sono fondate su metodologie e protocolli riconosciuti dalla comunità scientifica»; ai sensi dell'art. 473 *bis* 26, comma 1, c.p.c. «Il giudice, su istanza congiunta delle parti, può nominare ai sensi dell'articolo 68 uno o più ausiliari, … per intervenire sul nucleo familiare al fine di superare i conflitti tra le parti, fornire ausilio per i minori e agevolare la ripresa o il miglioramento delle relazioni tra genitori e figli»; ai sensi della prima parte dell'art. 473 *bis* 44, comma 1, c.p.c. «Il giudice procede all'interrogatorio libero delle parti sui fatti allegati, avvalendosi se necessario di esperti o di altri ausiliari dotati di competenze specifiche in materia».

Nelle controversie di lavoro, ai sensi dell'art. 424, comma 1, c.p.c. «se la natura della controversia lo richiede, il giudice, in qualsiasi momento, nomina uno o più consulenti tecnici». Ai sensi dell'art. 445 c.p.c. «Nei processi … relativi a domande di prestazioni previdenziali o assistenziali che richiedano accertamenti tecnici, il giudice nomina uno o più consulenti tecnici». L'art. 424 c.p.c. è richiamato dall'art. 447 *bis* c.p.c. e si applica anche nelle controversie in materia di locazione, di comodato e di affitto. Non è, tuttavia menzionato dall'art. 2 d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, cosicché non si applica alle opposizioni ad ordinanza ingiunzione già previste dall'art. 22 l. 24 novembre 1981, n. 689, a quelle regolate dal codice della strada, a quelle in materia di stupefacenti, a quelle ai provvedimenti di recupero degli aiuti di Stato, alle controversie in materia di protezione dei dati personali, alle impugnazioni dei provvedimenti in materia di registro dei protesti e all'opposizione ai provvedimenti in materia di riabilitazione del debitore protestato, nonché alle controversie agrarie. Sennonché la portata precettiva dell'art. 424 c.p.c., nonché delle altre disposizioni che attribuiscono al giudice il potere di disporre una consulenza tecnica, coincide con quella dell'art. 61 c.p.c., applicabile, quale norma generale, anche alle controversie di cui al capo II del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150.

Le formule legislative adoperate nelle diverse disposizioni si equivalgono: il giudice civile può farsi assistere da uno o più consulenti, «quando è necessario», ovvero «se la natura della controversia lo richiede», ovvero ancora se «le indagini e le valutazioni su caratteristiche e profili di personalità … hanno ad oggetto aspetti tali da incidere direttamente sulle capacità genitoriali», ovvero nelle controversie «che richiedano accertamenti tecnici» e «se necessario». Queste espressioni costituiscono un'inutile ripetizione di quanto previsto, in generale, dall'art. 61 c.p.c.

La Corte costituzionale può invocare l'aiuto di esperti «ove ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline».

I giudici civili possono chiedere informazioni ed osservazioni alla pubblica amministrazione; per la conoscenza del diritto straniero, pos-

sono rivolgersi all'«organo di ricezione» e possono «interpellare esperti o istituzioni specializzate». I giudici del lavoro possono chiedere il testo dei contratti collettivi alle associazioni sindacali; queste, su istanza di parte, possono esprimere «osservazioni».

In ogni caso, il potere di giudicare spetta unicamente al giudice, che, nel provvedimento di nomina del consulente, dovrebbe segnare i confini del giudizio di fatto, affidato al consulente e quello di diritto, a lui riservato.

Il consulente tecnico è un «ausiliare del giudice». Non è né un *amicus curiae*, né un testimone esperto, un *expert witness*, come nei sistemi di *common law*. Ha il compito di aiutare il giudice a valutare i fatti, che devono essere allegati dalle parti.

### *3. I consulenti*

Ai sensi dell'art. 61, comma 2, c.p.c., possono «normalmente» essere nominati consulenti tecnici le persone iscritte in albi speciali. La disposizione è richiamata dall'art. 424, comma 1, c.p.c., che si riferisce ai «consulenti tecnici, scelti in albi speciali». Nel processo «unificato», ai sensi dell'art. 473 *bis* 25, comma 1, c.p.c., il consulente è scelto tra quelli dotati «di specifica competenza in relazione all'accertamento e alle valutazioni da compiere»; ai sensi dell'art. 473 *bis* 44, comma 1, c.p.c., gli «esperti» e gli «altri ausiliari» devono essere «dotati di competenze specifiche in materia»; ai sensi dell'art. 473 *bis* 26, comma 1, c.p.c., gli ausiliari sono scelti «tra gli iscritti all'albo dei consulenti tecnici d'ufficio, o al di fuori dell'albo se vi è accordo delle parti».

L'art. 23 disp. att. c.p.c. stabilisce «che a nessuno dei consulenti iscritti possano essere conferiti incarichi in misura superiore al 10 per cento di quelli affidati dal rispettivo ufficio» ed impone che «sia assicurata l'adeguata trasparenza del conferimento degli incarichi anche a mezzo di strumenti informatici». A tal fine, la disposizione specifica che, «per l'attuazione di tale vigilanza gli incarichi affidati e i compensi liquidati dal giudice agli iscritti nell'albo sono annotati nei sistemi informatici regolamentati secondo le regole tecniche per l'adozione nel processo civile delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Gli incarichi e i compensi sono altresì pubblicati sul sito dell'ufficio giudiziario». Sulla applicazione della norma si è espresso il C.S.M. con la **deliberazione del 2 maggio 2007**.

L'art. 13 disp. att. c.p.c., novellato dalla riforma, ha, quindi, stabilito: «Presso ogni tribunale è istituito un albo dei consulenti tecnici. L'albo è diviso in categorie. Debbono essere sempre comprese nell'albo le categorie: 1) medico-chirurgica; 2) industriale; 3) commerciale; 4) agricola; 5) bancaria; 6) assicurativa; 7) della neuropsichiatria infantile, della psicologia dell'età evolutiva e della psicologia giuridica o forense. Con decreto del Ministro della giustizia, adottato di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e dello sviluppo economico, sono stabilite le ulteriori categorie dell'albo e i settori di specializzazione di ciascuna categoria. Con lo stesso decreto sono indicati i requisiti per l'iscrizione all'albo nonché i contenuti e le modalità della comunicazione ai fini della formazione, della tenuta e dell'aggiornamento dell'elenco nazionale di cui all'articolo 24 *bis*».

L'art. 24 *bis* disp. att. c.p.c., aggiunto dalla riforma, dispone: «Presso il Ministero della giustizia è istituito un elenco nazionale dei consulenti tecnici, suddiviso per categorie e contenente l'indicazione dei settori di specializzazione di ciascuna categoria, nel quale, tramite i sistemi informatici di cui all'articolo 23, secondo comma, confluiscono le annotazioni dei provvedimenti di nomina. L'elenco è tenuto con modali-

tà informatiche ed è accessibile al pubblico attraverso il portale dei servizi telematici del Ministero della giustizia».

Con il D.M. 4 agosto 2023, n. 109, è stato approvato il «Regolamento concernente l'individuazione di ulteriori categorie dell'albo dei consulenti tecnici di ufficio e dei settori di specializzazione di ciascuna categoria, l'individuazione dei requisiti per l'iscrizione all'albo, nonché la formazione, la tenuta e l'aggiornamento dell'elenco nazionale».

Sennonché, l'art. 23 disp. att. c.p.c. ha trovato limitata attuazione negli uffici giudiziari. Non sono pubblicati nei siti di molti uffici giudiziari, come prevede la norma, «gli incarichi affidati e i compensi liquidati dal giudice».

In attuazione dell'ultima riforma, nel sito del Ministero della giustizia, si trova soltanto una pagina con generiche indicazioni sul ruolo del consulente tecnico. Si trova **l'elenco dei consulenti e degli esperti per l'amministrazione penitenziaria**. Non c'è ancora l'elenco nazionale dei consulenti tecnici previsto dall'art. 24 *bis* disp. att. c.p.c. e regolato dal menzionato decreto ministeriale.

Nei siti di ciascun tribunale, sono reperibili gli elenchi dei consulenti che operano nel circondario. L'**elenco del Tribunale di Bari** risulta aggiornato al 16 giugno 2023, prima della emanazione del decreto ministeriale.

Questa disciplina, che comprende anche il sopravvissuto art. 17 disp. att. c.p.c., prima menzionato, si affianca a quanto previsto dall'art. 179 *ter* disp. att. c.p.c., per il quale «presso ogni tribunale è istituito l'elenco dei professionisti che provvedono alle operazioni di vendita ai sensi degli articoli 534 *bis* e 591 *bis* del codice». Nel **sito del Tribunale di Roma**, il 28 luglio 2023, sono state aperte le operazioni per il «popolamento» dell'elenco dei professionisti.

Questa normativa si affianca anche al D.M. 3 marzo 2022, n. 75, avente ad oggetto il «Regolamento recante disposizioni sul funzionamento dell'albo dei soggetti incaricati dall'autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e di controllo nelle procedure di cui all'articolo 356 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, recante codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza», al D.M. 9 giugno 2023, che ha istituito l'elenco dei mediatori esperti in giustizia riparativa, al D.M. 9 giugno 2023, che contiene la «Disciplina delle forme e dei tempi della formazione finalizzata a conseguire la qualificazione di mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa nonché delle modalità di svolgimento e valutazione della prova di ammissione alla formazione ed altresì della prova conclusiva della stessa», al D.M. 24 ottobre 2023, n. 150, che contiene il «Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco degli enti di formazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 e l'istituzione dell'elenco degli organismi ADR deputati a gestire le controversie nazionali e transfrontaliere, nonché il procedimento per l'iscrizione degli organismi ADR», al D.M. 27 ottobre 2023, n. 151, che contiene il «Regolamento sulla disciplina professionale del mediatore familiare».

Merita di essere menzionato anche l'art. 13 c.c.i. che ha istituito «una piattaforma telematica nazionale accessibile agli imprenditori iscritti nel registro delle imprese attraverso il sito istituzionale di ciascuna camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura».

Sennonché l'iscrizione agli albi o gli elenchi, la partecipazione ai corsi di formazione per

l'attribuzione delle qualifiche previste dai regolamenti non garantiscono affatto la nomina quale consulente tecnico, quale custode o delegato alle vendite, quale gestore della crisi, quale curatore, quale mediatore.

L'utile svolgimento di queste attività, inoltre, presuppone che gli incarichi non siano diluiti nel tempo: affinché il compito possa essere realizzato con professionalità e diligenza, l'incarico non può essere occasionale. L'esigenza di rotazione degli incarichi, oggetto prevalente della attenzione del legislatore, dovrebbe essere contemperata con quella di un utile svolgimento della prestazione.

Quest'ultimo implica che ciascun consulente nominato possa considerare l'incarico quale componente significativa della propria attività professionale e non un evento meramente accidentale. Se si confronta il numero degli iscritti in ciascun elenco ovvero degli aspiranti con quello degli incarichi accessibili, ci si può rendere conto delle difficoltà di conciliare una completa rotazione degli incarichi con l'affidabilità della prestazione del consulente; il Sole24Ore del 20 novembre 2023 ha dato notizia che gli iscritti all'albo dei gestori della crisi sono 12.000.

Né può essere pretermesso che la nomina di un ausiliare iscritto negli albi o negli elenchi, in base alla norma fondamentale, in materia è prevista «normalmente». Il che consente eccezioni. Queste dovrebbero essere motivate; ma, se si prescinde dalla eventuale responsabilità disciplinare, non sono previsti strumenti di controllo sui provvedimenti di nomina.

Le esigenze alla base della distribuzione degli incarichi potrebbero, ed avrebbero già potuto, essere soddisfatte con la trasparenza e con la pubblicità della attribuzione dei medesimi.

Alla pubblicità degli elenchi degli aspiranti ausiliari del giudice, imposta dall'ultima riforma, dovrebbe affiancarsi, in base all'art. 23 disp. att. c.p.c., la pubblicità degli incarichi conferiti, con l'indicazione non soltanto del professionista nominato, ma anche dell'oggetto dell'incarico, del compenso liquidato e di chi lo ha conferito. Ma la disposizione, sebbene fonte di responsabilità disciplinare per i capi degli uffici, trova una ridotta applicazione.

Il complesso apparato per la iscrizione negli albi e negli elenchi e per l'attribuzione delle relative qualifiche, introdotto dalla riforma del 2022, si manifesta fonte di illusioni, analoghe a quelle che spingono ad affrontare enormi rischi per arrivare in Europa. Esso, pertanto, suscita un meccanismo di rimozione analogo a quello relativo al dolore per le vittime delle illusioni.

È una questione che merita attenzione, ma dalla quale, per il disagio che essa suscita, si può essere indotti a prescindere.

### *4. Il ruolo e la funzione della consulenza tecnica nei processi di cognizione*

Altre e più serie sono le questioni relative al ruolo e alla funzione della consulenza tecnica nei processi di cognizione, mentre autonoma e distinta considerazione meritano le consulenze tecniche preventive di cui all'art. 696 *bis* c.p.c. e all'art. 445 *bis* c.p.c.

In primo luogo, si tratta di riempire di contenuti specifici l'espressione «quando è necessario», di cui all'art. 61 c.p.c., ed i suoi, inutili, equivalenti, di individuare il significato delle «particolari competenze tecniche» estranee al sapere giuridico. Si tratta anche di definire il contesto nell'ambito del quale possa essere disposta la consulenza tecnica: se questo comprenda soltanto i processi a cognizione piena o se si estenda a quelli a cognizione sommaria, compreso il procedimento cautelare. Occorre determinare il contenuto ed i presupposti del provvedimento di nomina, anche in riferimento

alla attuazione del contraddittorio in relazione alla formulazione dei quesiti ed alla, eventuale, opportunità di fornire istruzioni al consulente nominato.

In secondo luogo, occorre delineare il procedimento per lo svolgimento della consulenza, determinare i poteri, i doveri, gli obblighi e le facoltà del consulente d'ufficio, dei consulenti di parte e delle parti. In questo ambito, assume particolare rilevanza la modifica dell'art. 195 c.p.c., introdotta dall'art. 46, comma 5, l. 18 giugno 2009, n. 69. La coincidenza del termine per il deposito della consulenza con una udienza rendeva quest'ultima inutile; diversi protocolli d'udienza concordati dagli Osservatori della giustizia civile erano già nel senso di prevedere che il deposito fosse fissato in un termine anteriore all'udienza, affinché, in quella occasione, le parti potessero discutere delle consulenza già nota. Il legislatore del 2009 ha recepito l'esigenza avvertita nella pratica ed ha procedimentalizzato il deposito della relazione. In sintonia con tale previsione l'art. 473 *bis* 26, comma 3, c.p.c., ha stabilito che, nel processo «unificato», «se sorgono questioni sui poteri o sui limiti dell'incarico conferito, l'ausiliario o le parti informano il giudice il quale, sentite le parti, dà i provvedimenti opportuni». Appare, inoltre, legittimo chiedersi se la consulenza tecnica possa essere disposta con il decreto di cui all'art. 171 *ter* c.p.c., interrompendo il ping-pong dello scambio di memorie anteriore all'udienza, al fine di arrivare a quest'ultima dopo l'acquisizione della relazione e riaprire, in quella occasione in base ai risultati della consulenza, il confronto tra le parti. Per quanto riguarda il contenuto della consulenza, occorre verificare l'incidenza dei protocolli e delle linee guida: basti ricordare il **Test pratico per la valutazione della perseguibilità del risanamento** di cui al D.M. 21 marzo 2023 o lo Schema di «**piano genitoriale**» del **Consiglio Nazionale Forense**, ovvero le **Linee Guida** dell'Associazione Bancaria Italiana per la valutazione degli immobili pignorati. Si tratta di verificare se e in che misura il consulente debba seguire tali direttive e se, qualora se ne discosti, ciò incida sul risultato della consulenza o sia fonte di responsabilità professionale.

In terzo luogo, sulla traccia segnata da Cass., sez. un., 1° febbraio 2022, n. 3086, e 28 febbraio 2022, n. 6500, occorre esaminare i rapporti tra i risultati della consulenza tecnica e la decisione giudiziale, vuoi in riferimento all'obbligo di motivazione sancito dall'art. 111, comma 6, Cost., nonché dagli artt. 132, comma 2, n. 4, 134, comma 1, 135, comma 4, 281 *sexies*, comma 1, 350 *bis*, comma 3, c.p.c., 118 disp. att. c.p.c., vuoi in relazione al sindacato dei giudici delle impugnazioni sulla consulenza tecnica e sulla decisione giudiziale. Si tratta di distinguere le censure relative allo svolgimento del procedimento da quelle relative ai confini della consulenza tecnica, all'oggetto determinato dal provvedimento di nomina del consulente tecnico, ai rapporti tra valutazione dei fatti, l'allegazione di questi ultimi e l'onere della prova quale regola di giudizio.

Giorgio Costantino
*Emerito di diritto processuale civile*

# IL PROTOCOLLO SUGLI INCARICHI: RIFLESSIONI A MARGINE DELL'ART. 356 DEL CODICE DELLA CRISI

**SOMMARIO: 1.** Osservazioni preliminari – **2.** Le linee guida del CSM – **3.** Considerazioni di sistema e non solo

## *1. Osservazioni preliminari*

È utile premettere, al fine di poter attentamente valutare il contenuto del protocollo sugli incarichi, di cui all'art. 5, comma terzo, CCI, adottato dalla Sezione XIV del Tribunale di Roma, che il termine previsto per il primo popolamento dell'Albo dei Gestori è scaduto il **31 marzo 2023** e, pertanto, da tale data nessun incarico può essere conferito se non a quanti risultino iscritti nel relativo Albo.

Nel protocollo si precisa essere "*in corso l'iscrizione di numerosi professionisti…previa partecipazione ai corsi propedeutici*" e si precisa che "*l'aggiornamento dell'elenco dei curatori sarà effettuato nel prossimo settembre 2023, momento in cui è plausibile che tutti gli interessati avranno potuto regolarizzare la propria posizione*", dimenticando la previsione normativa relativa al primo popolamento e soprattutto sua efficacia a far data del 1° aprile 2024.

La premessa lascia, dunque, perplessi, perché non è dato comprendere – ma ciò potrà essere ovviamente accertato allorché sarà trasmesso l'elenco degli incarichi conferiti dal **1° aprile 2023** – quale criterio la sezione intenda seguire per le nomine, che saranno effettuate prima che potrà andare a regime ciò che si è inteso realizzare con il protocollo.

Nel procedere all'analisi del documento va osservato che in esso si precisa essere stato redatto al fine di adempiere all'obbligo, previsto dall'art. 5, comma terzo, CCI, che, però, dispone la trasmissione, annualmente, al presidente della corte di appello dei dati relativi al numero ed alla durata dei procedimenti, con indicazione delle disposizioni adottate per assicurarne la celere trattazione, affinché se ne possa dare atto nella relazione sull'amministrazione della giustizia, sì da lasciar ritenere essere improprio il richiamo operato nei confronti della detta norma.

Il protocollo si precisa essere condiviso dai giudici della sezione e, nella premessa, richiama disposizioni normative, relative al conferimento degli incarichi di coloro che risultano essere iscritti nell'Albo dei Gestori della Crisi ed Insolvenza delle Imprese, istituito presso il Ministero della Giustizia, disciplinato dall'art. 356 CCI, che individua, per l'appunto, coloro che possono ottenere l'iscrizione, con i relativi requisiti di onorabilità per la nomina.

Sempre nella premessa viene ricordato che le nomine devono essere effettuate assicurando il rispetto di criteri di ***trasparenza, rotazione ed efficienza*** e dover essere i provvedimenti riportati nel registro nazionale, già istituto presso il Ministero della Giustizia, da attuarsi mediante l'adozione di "*protocolli condivisi con i giudici*".

Prosegue la nota precisando essere essa diretta a regolare il conferimento degli incarichi, previsti dal codice della crisi, ai sensi dell'art. 356, di cui opera la relativa elencazione, e mediante riferimento all'art. 358 – che stabilisce una disciplina unificata per le nomine a ***curatore***, ***commissario giudiziale***, ***liquidatore*** – richiamando due decisioni della Suprema Corte[1]

[1] Cass., 13 marzo 2015, n. 5094, in *Codice dell'udienza fallimentare*, a cura di CAIAFA A., Sub art. 37, 172 che, peraltro, nel richiamare il d.lgs. n. 5 del 2006 fa riferimento all'incarico assunto prima della riforma proprio in ragione della circostanza

che hanno ribadito poter essere emesso il provvedimento di revoca, in ragione della natura ordinatoria ed amministrativa, priva di portata decisoria su posizioni di diritto soggettivo, al fine di ribadire la non configurabilità di una posizione giuridicamente rilevante del curatore, in termini di mantenimento dell'incarico, decisioni queste, tuttavia, che hanno riguardato la ***legge ante riforma*** e, dunque, l'art. 37, l.f., che disciplinava la revoca del curatore, norma questa che, al contrario, in virtù della sostituzione operata dall'art. 34 del d.lgs. n. 5 del 2006, con decorrenza dal **16 luglio 2006**, ha previsto poter avvenire esclusivamente "*con decreto motivato, sentiti il curatore e il comitato dei creditori*", ed assicurata la tutela mediante reclamo da proporre alla corte di appello che, in un precedente che ha riguardato il tribunale di Latina, richiamando la **sentenza n. 5094 del 2015**, nel pronunciare sulla inesistenza dei dedotti motivi, ha ritenuto non essere gli stessi giustificati, tanto da aver disposto la reintegrazione dei curatori revocati nelle pregresse funzioni[2].

Procede la nota nel sottolineare la necessità di dover essere garantito "***l'interesse pubblicistico al regolare svolgimento e al buon esito della procedura***", ed essere giustificata la individuazione del professionista "***tenendo conto dell'estrema specializzazione della materia***" ed avere, per tale ragione, la designazione "***carattere giuridisdizionale… e connotati di piena discrezionalità***", rinvenienti nelle statuizioni della Camera di Consiglio non ostensibili. Precisazione questa inutile, in quanto ovvia.

Prosegue la nota precisando che la scelta del professionista deve avvenire sulla base di una valutazione di carattere complessivo e che deve essere assicurata efficienza e celerità, al fine della migliore conduzione delle procedure e del perseguimento degli interessi dei creditori, e che, pertanto, questi "...***debba rispondere ad alcune precise ed indefettibili caratteristiche***", sicché, comportando la specializzazione "***costi ed investimenti di notevole entità***", si rende necessario assicurare "…***una certa stabilizzazione e un numero di incarichi idonei a garantire una adeguata remunerazione***", mediante richiamo delle linee emanate dal CSM, in data **21 luglio 2022**, e che, seppur ciò non deve comportare "***la cristallizzazione dei professionisti nominabili***", tuttavia, giustifica la decisione di mantenere un elenco che non determini "***il blocco di nuove assegnazioni***", dovendo esso favorire il rinnovamento e l'inserimento di giovani professionisti, precisando che l'assegnazione di nuovi incarichi non può avvenire in favore di coloro che abbiano superato il limite di **settanta anni**, **disposizione questa non prevista dalla legge**.

Con il protocollo si afferma il ***principio di territorialità***, in favore dei professionisti iscritti agli ordini locali e, in asserita osservanza delle ***linee guida***, emanate dal Consiglio Superiore della Magistratura, con delibera del **21 luglio 2022**, la necessaria previsione di un registro presso gli uffici territoriali nel quale annotare: **i)** il nominativo del professionista e la data della nomina, al fine di evitare il conferimento di incarichi eccessivamente ravvicinati, "***per consentire un'efficace gestione delle nomine ed evitare la loro concentrazione***"; **ii)** la individuazione di un numero approssimativo di incarichi da assegnare, per assicurare una ***adeguata turnazione***, con possibilità per gli uffici di delimitare l'elenco dei professionisti nominabili.

---

che successivamente è stato al legislatore previsto un obbligo di motivazione ed essere esercitabile la revoca solo per giustificati motivi.

[2] Corte appello, 8 ottobre 2020, n. 6891.

La nota conclude precisando che le nomine non devono generare "***un rapporto di fidelizzazione tra curatore e singolo giudice***", al fine di consentire "***che la valutazione delle attitudini professionali sia espressione corale della sezione***" e che, essendo la scelta effettuata nella camera di consiglio, se si facesse riferimento alla collocazione dei professionisti in apposite fasce, si verrebbe a violare "***il segreto della camera di consiglio***", con conseguente condizionamento dell'esercizio della giurisdizione: tema sul quale si ritornerà nel prosieguo.

Le considerazioni sin qui svolte permetterebbero la predisposizione di un elenco all'interno della sezione "***necessariamente riservato***", precisandosi non risultare "***che alcun tribunale utilizzi elenchi dei curatori ostensibili all'esterno***", circostanza questa non vera.

Si precisa nella nota che il quadro normativo consentirebbe, invero, la previsione di un elenco interno alla sezione riservato, reso opportuno nell'interesse del buon andamento dell'ufficio e, nell'operare una illustrazione della struttura dell'elenco, si precisa, ancora, essere esso diviso in fasce, con l'indicazione della rilevanza delle procedure e che le nomine saranno attuate tenendo conto del presumibile attivo e che, per fini perequativi, esse saranno attribuite "***a tutte le fasce secondo il criterio di rotazione***", attesa la necessità di consentire la turnazione in un elenco che preveda **300 unità** e sia in grado di consentire di attribuire ogni anno "*a ciascun Professionista 3/4 incarichi di cui almeno uno remunerativo*".

***2. Le linee guida del C.S.M.***

Prima di entrare nel dettaglio del protocollo, è opportuno sottolineare che non sono state rinvenute le ***linee guida*** del **21 luglio 2022** del CSM, mentre, con circolare del medesimo organo del **24 settembre 2020** – ben prima dell'entrata in vigore del codice – "*...nell'ottica di individuare buone prassi e linee guida che consentano il miglior governo possibile sotto il profilo organizzativo delle nuove sfide che l'entrata in vigore del codice della crisi inevitabilmente porrà agli uffici*", per dare attuazione agli obiettivi, è stato istituito un gruppo di lavoro che ha effettuato una ricognizione delle prassi esistenti, con la collaborazione degli uffici giudiziari, e che ha predisposto delle ***linee guida***, frutto dell'analisi e della rielaborazione delle migliori prassi operative, in relazione agli aspetti organizzativi, gestionali e di vigilanza delle procedure.

La predetta circolare, al capitolo terzo, si occupa della: **i)** ***indipendenza*** del curatore e dell'indefettibile presupposto della professionalità di questi; **ii)** ***turnazione, rotazione*** e ***trasparenza*** nel conferimento degli incarichi; **iii)** ***nomina dei coadiutori***, ***delegati***, ***difensori*** ed ***ausiliari*** della procedura.

A tal riguardo, con riferimento alla ***turnazione, rotazione*** e ***trasparenza*** nel conferimento degli incarichi, si evidenzia la necessità che il curatore disponga, oltre che della professionalità, anche del tempo necessario per la cura di tutti gli aspetti della procedura, "*...essendo evidente che* ***incarichi troppo ravvicinati nel tempo*** *non consentono di dedicare alla procedura l'attenzione richiesta dalla legge*", e richiama una propria risoluzione, in temi di poteri di vigilanza dei dirigenti degli uffici, del **12 ottobre 2016**, diretta alla tenuta di un registro in cui annotare, oltre che il nominativo del professionista, la data della nomina, "*...****di modo da evitare il conferimento di incarichi eccessivamente ravvicinati***". Il Registro è previsto debba riportare il

nome del professionista affidatario, il giudice delegato, "*...le prime informazioni relative alla complessità dell'incarico ed ai presumibili valori dell'attivo e* ***passivo da aggiornare periodicamente***".

La circolare, al fine di consentire "***un efficace gestione delle nomine ed evitare la loro concentrazione***", precisa essere opportuna la individuazione di un "*numero approssimativo di incarichi da assegnare in un dato periodo ai professionisti iscritti negli elenchi tenuti dall'ufficio, coordinando tali necessità con quella di attribuirne ai medesimi un numero tale da garantire il conseguimento di una adeguata professionalità e remunerazione*", aggiungendo, con riferimento alla valutazione della capacità remunerativa o meno della procedura, dovere detta disamina essere condotta non solo nel momento della nomina, ma anche nel prosieguo, "*aggiornando le annotazioni del registro*" e dover essere assicurata la ***rotazione dei professionisti tra i magistrati***.

Si sottolinea nella stessa dover essere individuato "*un numero massimo di incarichi conferibili in un dato tempo, garantire attraverso la* ***rotazione*** *la possibilità per ciascun curatore di acquisire adeguata professionalità ed affidare l'incarico a chi può assicurare l'****esercizio diretto, personale*** *e* ***tempestivo*** *dell'ufficio, tenendo conto della* ***trasparenza****,* ***correttezza****, e* ***deontologia manifestata*** *al cospetto di tutti gli organi*", il tutto assicurato mediante pubblicazione sul sito del tribunale, o con modalità ugualmente potenzialmente diffusive in ossequio al principio della ***trasparenza***.

### *3. Considerazioni di sistema e non solo*

Ai fini della valutazione, stupisce il richiamo operato dal protocollo al necessario "***possesso di una adeguata struttura professionale***", cui in precedenza aveva fatto riferimento la **legge 6 agosto 2015, n. 132**[3], che al quarto comma aveva previsto che il curatore dovesse essere in possesso "***di una struttura organizzativa e di risorse… adeguate al fine del rispetto dei tempi previsti***" nel programma di liquidazione, disposizione poi espunta, non potendo un sistema di nomina essere basato sull'adeguatezza della struttura organizzativa, atteso che essa avrebbe potuto compromettere l'accesso agli incarichi da parte di coloro che, vantando minore anzianità di iscrizione, ovvero che non essendo dotati di sufficienti risorse economiche, non avrebbero potuto assumere l'incarico stesso, pur avendo acquisito una specializzazione nell'ambito della specifica materia, seguendo corsi di formazione ma, prima ancora, quelli previsti per la iscrizione nell'Albo dei gestori che, come si è già in precedenza accennato, intende assicurare una ***turnazione*** negli incarichi, indipendentemente dalla età di quanti sono iscritti nell'Albo.

Il principio, tuttavia, della ***trasparenza*** e ***rotazione*** è richiamato dalla disciplina normativa pregressa e dal codice della crisi, al fine di evitare il fenomeno della ***sclerotizzazione degli incarichi***, che impone la conoscenza dell'elenco dei professionisti individuati, di cui non può essere negata la ostensione che, al contrario di quanto si precisa nel protocollo, gli altri tribunali rendono pubblico.

È sufficiente osservare che, allorché un tribunale ha la necessità di comunicare un provvedimento della sezione, esso perviene al professionista mediante pec, trasmessa dalla can-

[3] LAMANNA, *La mini riforma (anche) nel diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento*, in *Il fallimentarista*, 29 giugno 2015; CAIAFA A., *La legge fallimentare. Prime riflessioni su una riforma non annunciata*, commento alla legge 6 agosto 2015, n. 132, Roma, 2015, 17.

celleria, che riporta i nominativi di tutti gli altri destinatari, mentre nel caso del tribunale capitolino è singola per ciascun professionista, con la conseguenza che gli altri uffici giudiziari, oltre a rendere ostensibile l'elenco, ciò fanno anche implicitamente attraverso le comunicazioni.

Ora, è evidente che il criterio ***numerico-temporale*** indicato dal protocollo, ovvero della previsione dell'assegnazione di 3/4 incarichi l'anno, di cui almeno uno positivo, tende ad escludere dalle nomine i professionisti non ancora compiutamente formati, ai quali vengono all'inizio assegnate unicamente procedure liquidatorie di scarso rilievo e, normalmente, prive di attivo, che, comunque, richiedono anch'esse professionalità, atteso che talvolta, proprio per le conoscenze di chi è chiamato a gestirle, possono rilevarsi positive in ragione delle iniziative da intraprendere (***azioni recuperatorie***, ***revocatorie***, di ***responsabilità***). A ciò si aggiunga che l'incarico negativo è, comunque, remunerato dall'Erario con riconoscimento di una somma non inferiore ad **€ 800,00**, che per un giovane può essere, comunque, significativa.

Prova evidente risiede nella volontà dichiarata di escludere dalla nomina i professionisti che hanno compiuto ***settanta anni***, limite non previsto dalla legge e che contrasta con i principi di coerenza e sistema, se si considera che per essere iscritti nell'Albo gli esclusi hanno anche pagato il contributo.

Non vi è nella nota nessun riferimento al criterio di affidamento degli incarichi, per quel che concerne il soggetto che vi si procede (***curatore***, ***commissario liquidatore***), il conferitario (***avvocato***, ***coadiutore***, ***delegato*** e ***stimatore***), la data della nomina, per gli avvocati il tipo di giudizio, per i dottori commercialisti e consulenti del lavoro il tipo di attività delegata e, per gli stimatori, la consistenza dei beni mobili, mobili registrati, immobili, aziende etc., in ragione di dover assicurare la ***rotazione*** anche per tali incarichi e di evitare, in particolare, quelli ***reciproci***. È lo stesso CSM, nella circolare richiamata, che ha fatto espresso riferimento alla necessità di acquisire un preventivo di spesa e di concordare il compenso, di escludere la nomina di uno stesso avvocato per più giudizi, essendo ciò consentito in ipotesi di ***cause c.d. seriali***, ed ancora di escludere che un medesimo professionista (***avvocato***, ***dottore commercialista***, ***consulente del lavoro***, ***coadiutore***, ***stimatore***) possa essere nominato per più di ***tre*** volte con riferimento a ***tutte*** le procedure gestite da un unico professionista.

Di tutto ciò non vi è cenno alcuno nel protocollo che, peraltro, per le ragioni individuate nell'art. 5, terzo comma, non risulta essere in linea con quanto stabilito dall'entrata in vigore del codice della crisi e, in particolare, dalla pubblicazione degli iscritti all'Albo dei gestori, ai fini del primo popolamento, avvenuta nel termine fissato del **31 marzo 2023**. Non solo, la previsione che l'Albo subirà aggiornamenti, in ragione della partecipazione prevista ai corsi propedeutici, e la correlata creazione di un elenco da effettuare "*...nel prossimo settembre 2023*" – momento ritenuto plausibile perché tutti gli interessati avranno potuto regolarizzare la propria posizione – dal quale attingere i nominativi dei professionisti da nominare, prevedendo la non ostensione di esso, in contrasto con i principi di ***trasparenza***, assicurati dall'art. 356, attraverso la prevista pubblicità, evidenzia l'intento di volere agire in controtendenza, nonostante la chiarezza della normativa.

Stupisce anche la circostanza di essere assente qualsiasi riferimento, nel protocollo, per

quel che concerne i requisiti di iscrizione richiedenti una specifica formazione, acquisita tramite la partecipazione a corsi di perfezionamento, istituiti a norma dell'art. 16 del decreto del Presidente della Repubblica 10 marzo 1982, n. 162, di durata non inferiore a ***duecento*** ore, sui settori disciplinari e specificamente indicati (***diritto civile*** e ***commerciale***, ***diritto fallimentare*** e dell'***esecuzione civile***, ***economia aziendale***, ***diritto tributario*** e ***previdenziale***), previsti per i soggetti indicati nella lettera c), ovvero "*coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società di capitali o società cooperative*", che abbiano dato prova "*di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale*".

Le stesse linea guida generali, per la definizione dei programmi dei corsi di formazione e di aggiornamento, nella materia della crisi di impresa e dell'insolvenza della Scuola Superiore della Magistratura, del 1 febbraio 2023, richiamano l'introduzione avvenuta nel nostro sistema della istituzione volta a formare i magistrati, in collegamento con la formazione degli altri ordini professionali, in adempimento delle indicazioni contenute nella legislazione eurounitaria, riguardante i quadri di ***ristrutturazione preventiva***, di cui alla direttiva 2012/30/UE, e successiva 2019/1023/UE del 20 giugno 2019 (***c.d. insolvency***) che, nel modificare la direttiva 2017/1132/UE, ha previsto agli artt. 25 e 26 obblighi formativi specifici a carico degli Stati membri, con riferimento non solo ai professionisti, ma anche agli stessi magistrati, in ragione di quanto stabilito nel d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito in legge 29 dicembre 2021, n. 233, che all'art. 35 *ter* ha previsto un obbligo di frequenza annuale ai corsi di formazione per i magistrati che svolgano, anche in misura non prevalente, le funzioni di giudice delegato alle procedure concorsuali, da non più di otto anni, al fine di dare piena attuazione al disposto eurounitario.

Ebbene, in presenza di disposizioni così precise ed analitiche, declinate nelle stesse linea guida della Scuola Superiore della Magistratura, che hanno individuato il possesso dei requisiti necessari per l'adempimento del compito assegnato agli esperti formatori, riesce difficile comprendere, sulla base di quali criteri, il protocollo ha inteso fornire una interpretazione inappropriata dell'art. 356 CCI, ipotizzando di estrarre nomi dall'Albo, veicolando gli stessi in un elenco ***non ostensibile***, ***nonostante la pubblicità dell'Albo***.

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*

# LA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE, PRESTAZIONE D'OPERA INTELLETTUALE E PRESCRIZIONE PRESUNTIVA

***Cass. Sez. Un., 29 agosto 2023, n. 25442***
***Pres. Cirillo, Est. Federici***

*In tema di accertamento del passivo, qualora in sede di rigetto della ammissione di un credito maturato in forza di un rapporto riconducibile e conseguente ad una prestazione d'opera professionale, in quanto tale regolato dall'art. 2956, comma primo, n. 2, ove venga eccepita dal curatore la prescrizione presuntiva del credito ed il creditore deferisca giuramento decisorio la dichiarazione del curatore di ignorare se il pagamento sia avvenuto o meno produce gli effetti del mancato giuramento, con le correlate conseguenze.*

Le Sezioni Unite della Suprema Corte, in realtà, pur non essendovi un contrasto al riguardo, hanno affrontato e risolto il tema della opponibilità al curatore del giuramento decisorio quante volte sia stata da questi sollevata eccezione di prescrizione presuntiva triennale, ai sensi dell'art. 2956, secondo comma, cod. civ.[1].

In precedenza, con altra ordinanza interlocutoria[2], in ragione della rilevanza nomofilattica delle questioni in relazione all'ammissibilità, in generale, del giuramento decisorio, da parte del curatore, e della correlata facoltà per questi di sollevare l'eccezione di prescrizione presuntiva, anche alla luce della qualificazione di tale eccezione, che determina una limitazione nei mezzi di prova contraria, era stato considerato poter essere, tuttavia, superata la dimostrazione e fornita la prova del diritto, da parte del professionista, unicamente deferendo il giuramento decisorio che, tuttavia, non era in grado di per sé di produrre gli effetti voluti, nel senso che il curatore, in quanto terzo rispetto al fallito e privo della capacità di disporre del diritto controverso, o non avrebbe potuto essere sollecitato a pronunciarsi con riferimento a vicende solutorie attinenti all'obbligazione dedotta in giudizio, ovvero, qualora lo si fosse ritenuto possibile, avrebbe riguardato il solo giuramento ***de scientia*** o ***de notitia*** e non anche quello ***de veritate***, sicché la dichiarazione resa nel senso di non essere a conoscenza se il pagamento fosse o meno avvenuto avrebbe costituito mancato giuramento e, dunque, il rifiuto di giurare si sarebbe risolto in senso favorevole al giurante.

La questione si è posta in ragione della circostanza che la estraneità del curatore al rapporto determina, in modo evidente, l'impossibilità di eccepire la prescrizione presuntiva per essere egli estraneo ai fatti costitutivi del diritto, determinando essa, in modo evidente, l'impossibilità di eccepire la prescrizione presuntiva, anche perché il superamento di una tale eccezione non può derivare da un mero giuramento ***de notitia***, poiché questo investe la conoscenza eventuale di una determinata circostanza (*pagamento* o *mancato pagamento*) e, quindi, una prova certa che il curatore potrebbe e dovrebbe acquisire attraverso la **verifica della contabilità deducendo il fatto impeditivo**.

Al riguardo, la Suprema Corte ha ritenuto ed affermato che "***la prescrizione estintiva e la prescrizione presuntiva sono ontologicamente differenti, logicamente incompatibili e fondate su fatti diversi***", dal momento che elementi costitutivi della **prima** sono il decorso del tempo e l'inerzia del titolare del diritto,

[1] Ordinanza interlocutoria del 16 ottobre 2022, n. 33400.
[2] Cass., 1° giugno 2022, n. 17821.

mentre la **seconda** è fondata su una ***presunzione iuris tantum***, ovvero mista, di avvenuto pagamento del debito[3].

La ***prescrizione presuntiva*** può, pertanto, essere vinta solo attraverso il deferimento del giuramento decisorio, con la conseguenza che ove si ritenga legittimato il curatore ad eccepire la stessa, esso non potrebbe che essere ***de scientia***.

Il tema è stato oggetto di attenta considerazione da parte dei giudici di legittimità, ciò in quanto, qualora il creditore intenda superare la ***prescrizione presuntiva***, deve riconoscersi a questi la possibilità di deferire al curatore il giuramento decisorio, ai sensi dell'art. 2960 cod. civ.

Ha ritenuto la Suprema Corte[4] che, una volta ammessa la possibilità per il curatore di eccepire la prescrizione, "*...la correlazione tra l'eccezione di prescrizione presuntiva e la conseguente facoltà di deferire il giuramento decisorio sarebbe talmente stretta che la negazione della possibilità della delazione almeno del giuramento* ***de scientia*** *priverebbe la parte, contro la quale l'eccezione è stata sollevata,* ***dell'unico mezzo istruttorio previsto a sua difesa****, non essendo ritenuto possibile esperire altri mezzi di prova per superare l'eccezione*".

La prescrizione presuntiva triennale del diritto del professionista, del compenso per l'opera prestata e del rimborso delle spese correlative, trova la sua giustificazione nella particolare natura del rapporto dal quale, secondo la valutazione del legislatore, derivano obbligazioni il cui adempimento può avvenire senza dilazione o, comunque, in tempi brevi.

La dimostrazione del contrario può ricavarsi unicamente ed esclusivamente dalla esistenza di un contratto scritto che, però, non può essere individuato nella procura *ad litem*, la quale, essendo negozio unilaterale di investimento della rappresentanza processuale, va necessariamente tenuta distinta dal rapporto di mandato, attinente questo al rapporto interno tra cliente e professionista[5].

L'eccezione, poi, non può essere inutilmente sollevata quante volte il debitore abbia ammesso che l'obbligazione non sia stata estinta, dovendosi ritenere che tale situazione ricorre allorché questi abbia negato l'esistenza in tutto o in parte del credito, oggetto della domanda, ovvero abbia eccepito di averlo estinto, risultando una siffatta affermazione incompatibile con l'eccezione di prescrizione del credito.

Il tema, dunque, della ammissibilità, all'interno della fase di accertamento del passivo, del deferimento del giuramento al curatore che avesse sollevato, in relazione alla proposta domanda, l'eccezione di prescrizione presuntiva, aveva da tempo interessato la giurisprudenza di merito e di legittimità in relazione alle conseguenze discendenti, in particolare, dalla dichiarazione che fosse resa dall'organo della procedura di non sapere[6].

Se da un lato si è ritenuto non poter essere inibito al curatore il diritto di eccepire la prescrizione presuntiva, dall'altro si era posto il problema se nei confronti di questi fosse deferibile il giuramento decisorio, proprio in ragione della circostanza di essere egli estraneo ai fatti estintivi della prescrizione e, conse-

[3] Cass., 5 luglio 2017, n. 16486; Cass., 14 dicembre 2017, n. 30058; Cass., 26 agosto 2013, n. 19545; Cass., 31 ottobre 2011, n. 22649.
[4] Cass., 24 luglio 2015, n. 15570.
[5] Cass., 4 luglio 2012, n. 11145.
[6] BARONCINI, *La deferibilità del giuramento decisorio del curatore fallimentare*, in *Il fallimento*, 2022, 1041, in nota a Cass., 27 giugno 2022, n. 20602.

guentemente, privo della capacità di disporre dei relativi diritti, con la conseguenza della possibilità di riferire il solo giuramento ***de scientia*** ma non anche ***de veritate***, con l'ulteriore correlato effetto che, nel primo caso, qualora questi avesse dichiarato di non conoscere i fatti, la relativa dichiarazione avrebbe prodotto effetti positivi per lui.

Tale conclusione è, però, apparsa contrastare con la diversa posizione che ha assunto il curatore nell'ambito del procedimento di verificazione del passivo, essendo a questi riconosciuta la posizione di vera e propria parte processuale, dal momento che il legislatore gli ha riconosciuto l'obbligo di "*eccepire i fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fattuale*", nonché l'inefficacia di esso[7].

Tuttavia, come si è già accennato, la posizione del curatore, terzo rispetto al fallito, privando della capacità di disporre del diritto controverso, aveva lasciato ritenere ed affermare non poter essere sollecitato nei confronti di questi l'interrogatorio formale, con riferimento a vicende solutorie attinenti alle obbligazioni dedotte in giudizio, al fine di conseguire gli effetti derivanti dalla confessione sui fatti da accertare[8].

Tuttavia, vi erano state manifestazioni di dissenso al riguardo, nel senso di ritenere deferibile il giuramento decisorio al curatore attraverso una formulazione adattata al ruolo da questi ricoperto e suscettibile di consentire il raggiungimento del risultato cui il giuramento stesso è diretto, quando deferito, anche perché diversamente il creditore sarebbe risultato privo di ogni mezzo di prova contraria[9].

La singolarità è rappresentata dalla circostanza che – come già sottolineato – le Sezioni Unite sono state investite della questione attraverso l'ordinanza interlocutoria con la quale, tuttavia, con riferimento ai motivi proposti, la parte ricorrente aveva lamentato che il tribunale avesse dato rilievo al mancato deferimento del giuramento decisorio, indicato nella motivazione come "*unico strumento processuale*", che sarebbe stato idoneo a vincere l'eccezione di prescrizione presuntiva, sì da apparire davvero singolare che attraverso l'ordinanza le Sezioni Unite siano state investite della decisione e di dover dare risposta alla possibilità o meno del deferimento del giuramento decisorio al curatore, quale soggetto estraneo al fatto estintivo dell'obbligazione e, pertanto, privo del potere di disporre del relativo diritto e, al tempo stesso, della individuazione delle conseguenze derivanti dall'esito stesso del giuramento, potendo la eccezione di prescrizione presuntiva, in ragio-

[7] CONCA, *Sub art. 95* in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di CAIAFA A., Roma, 2017, 433, ove precisa essere il principio dispositivo manifestamente immanente alla fase processuale di cognizione, di istruzione nel momento di accertamento dei crediti, ed essere il giudice delegato tenuto a decidere nei limiti delle conclusioni formulate "*avuto riguardo all'eccezione del curatore, a quelle rilevabili d'ufficio ed a quelle formulate dagli altri interessati*" in ragione del contraddittorio aperto che caratterizza la relativa fase; BOZZA, *La formazione del progetto di stato passivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da JORIO A.-SASSANI, II, Milano, 2014, 813.

[8] Cass., 3 agosto 2017, n. 19418, in *Il fallimento*, 2018, 170 con nota di ROLFI, *Curamento giuramento decisorio: una decisione che è un'occasione perduta*; Cass., 24 luglio 2015, n. 15570 e Cass., 14 febbraio 2011, n. 3573 che hanno ritenuto non essere deferibile il giuramento al fallito per il fatto di perdere questi la capacità processuale e, al tempo stesso, al curatore in quanto terzo rispetto ai rapporti tra creditore e fallito.

[9] Trib. Roma, 8 marzo 2022, in *Il fallimento*, 2022, 1043; Trib. Milano, 16 febbraio 2017, ivi, 2018, 222 con nota di CONTE, *Prescrizioni presuntive e giuramento decisorio de scentia del curatore fallimentare*; Trib. Agrigento, 14 giugno 2004, in *Giur. It.*, 2004, 1426.

ne di quanto previsto dall'art. 2959 cod. civ., ritenersi superata unicamente dalla ammissione del non essere stata l'obbligazione estinta, ovvero anche quando il curatore avesse dichiarato di non conoscere se il pagamento fosse avvenuto o meno[10].

L'art. 2739, secondo comma, cod. civ., espressamente, prevede che il giuramento può essere deferito esclusivamente su un fatto proprio della parte destinataria di esso, in relazione alla conoscenza che essa "*ha di un fatto altrui*", mentre non può essere riferito quante volte "*...il fatto che ne è l'oggetto non sia comune a entrambe le parti*". Dalla interpretazione di tale norma le Sezioni Unite hanno escluso, richiamando a tal riguardo i precedenti, la possibilità che sia deferito al curatore, in ragione della sua qualità di terzo rispetto all'imprenditore, il giuramento ***de veritate***, e si sono tuttavia interrogate su quali fossero le conseguenze da ricollegare alla dichiarazione che fosse resa da tale organo di non conoscere i fatti oggetto del giuramento deferito.

Escludere che il curatore possa essere chiamato a giurare su un fatto personale e, dunque, rendere un giuramento ***de veritate***, ammettendosi al contrario che questi possa essere chiamato a giurare su un fatto altrui, di cui abbia conoscenza (c.d. giuramento *de scentia o di notizia*) determinerebbe una evidente limitazione del contenuto e dell'esito stesso del giuramento, dal momento che questo non potrebbe che avere ad oggetto esclusivamente i fatti di cui il curatore sia direttamente a conoscenza, ed allora riguardare solo le circostanze inerenti la gestione del patrimonio del fallito e non già vicende risalenti ad un momento anteriore[11].

Va, però, considerato che la ***prescrizione presuntiva*** non opera sul piano del diritto sostanziale, come quella ***estintiva*** – che una volta sollevata è causa di estinzione del diritto – mentre spiega i suoi effetti sul piano processuale e, dunque, probatorio, nel senso che una volta trascorso il periodo di tempo previsto dalla legge l'obbligazione si presume estinta.

Tale presunzione può essere superata dal creditore solo deferendo il giuramento decisorio per accertare se vi sia stato, o meno, l'assolvimento dell'obbligazione, ragione per la quale differenti sono le conseguenze che discendono a seconda che il giuramento sia "***de veritate***", o "***de scientia***", dal momento che la dichiarazione del giurante di ignorare i fatti equivale a rifiuto del giuramento "***de veritate***", mentre si traduce in una prestazione favorevole al giurante nel caso del giuramento ***de scientia***[12].

Ed allora, evidenti sono le conseguenze, dal momento che nel caso del giuramento ***de veritate*** l'affermazione si traduce in un rifiuto di giurare, mentre ove il giuramento sia ***de scientia*** la non conoscenza dei fatti non comporta rifiuto di giurare e, pertanto, da ciò consegue la validità della eccezione sollevata.

La soluzione delle Sezioni Unite, al fine di comporre il dibattito esistente in relazione alle conseguenze discendenti dalla dichiarazione del curatore di "*non conoscere*" se il pagamento sia avvenuto o meno, non può che essere interpretata nel senso che produce gli effetti del mancato giuramento e, dunque, il formarsi di una ***dichiarazione non favorevole al giurante***.

[10] Cass., 11 luglio 2023, n. 19649.
[11] Cass., 14 febbraio 2011, n. 3573.
[12] Cass., 14 febbraio 1983, n. 1148; Cass., 13 febbraio 1980, n. 1033.

Seppur la decisione in commento è stata ritenuta poco coerente dal punto di vista sistematico, per la circostanza di essere state identificate le conseguenze discendenti dalla dichiarazione del curatore di "*non conoscere*", con gli effetti derivanti dal mancato giuramento, con applicazione, quindi, del regime giuridico proprio di quello ***de veritate*** e non l'altro ***de scientia*** o ***de notizia***[13], tuttavia, essa appare essere al contrario condivisibile in ragione del rapporto che deve intercorrere, necessariamente, tra le parti del procedimento, dovendosi, per l'appunto, ritenere che il curatore può eccepire la ***prescrizione presuntiva*** solo quando sia in grado di fornire la dimostrazione del fatto estintivo dell'obbligazione. In tal caso, peraltro, l'eccezione stessa risulterebbe essere, invero, ultronea perché la deduzione del fatto impeditivo e, nel caso di specie, estintivo dell'obbligazione, sarebbe di per sé sufficiente per contestare la richiesta di ammissione al passivo e, pertanto, la conclusione è in linea con quell'orientamento volto a garantire un rapporto equilibrato tra le parti.

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*

* * *

**NOTA A SENTENZA CSU 25442-2023**

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg. Magistrati:

dott. Adelaide AMENDOLA
Primo Presidente f.f.

dott. Ettore CIRILLO
Presidente Sezione

dott. Adriano Piergiovanni PATTI
Consigliere

dott. Alberto GIUSTI
Consigliere

dott. Giulia IOFRIDA
Consigliere

dott. Antonella PAGETTA
Consigliere

dott. Francesco Maria CIRILLO
Consigliere

dott. Antonio Pietro LAMORGESE
Consigliere

dott. Francesco FEDERICI
Consigliere est.

Ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

Sul ricorso n. 25305-2015, proposto da:
**BRUNELLI Michele**,
c.f. BRNMHL65C31E897Y, elettivamente domiciliato in Roma, P.le delle Medaglie d'Oro n. 72, presso lo studio dell'avv. Claudio Ciufo, dal quale è rappresentato e difeso -

[13] BARONCINI, *Sulla deferibilità al curatore del giuramento decisorio: la parola delle Sezioni Unite*, in *Il fallimento*, 2023, 1352.

Ricorrente

**CONTRO**

**FALLIMENTO CRONO s.r.l.,** c.f. 01555970175, in persona del curatore fallimentare p.t., elettivamente domiciliato in Roma, via M. Prestinari, n. 13, presso lo studio dell'avv. Paola Ramadori, dalla quale, unitamente agli avv. Aurora Romerio e Laura Cristini, è rappresentato e difeso -

Controricorrente Avverso il Decreto del Tribunale di Brescia n. 7551/2015, depositato il 21.09.2015;

udita la relazione della causa svolta dal Consigliere dott. Francesco Federici nell'udienza pubblica del 18 aprile 2023, celebrata ai sensi dell'art. 23, comma 8, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni in l. 18 dicembre 2020, n. 176;

lette le conclusioni del Sostituto Procuratore Generale dott. Giovanni Battista Nardecchia, il quale ha chiesto il rigetto del ricorso.

**FATTO**

Brunelli Michele propose domanda di ammissione al passivo del fallimento CRONO s.r.l. dei crediti da lui vantati a titolo di corrispettivi per prestazioni professionali svolte nella qualità di avvocato in favore della società *in bonis*. Il giudice delegato rigettò in parte la domanda, accogliendo l'eccezione di prescrizione presuntiva triennale, sollevata dal curatore in riferimento all'art. 2956, n. 2, cod. civ.

Il Tribunale di Brescia, decidendo sull'opposizione del Brunelli, avanzata ai sensi dell'art. 98 della L.F., ribadì il rigetto della domanda *in parte qua*, condannando l'opponente alla rifusione delle spese di lite.

Contro il decreto del tribunale il professionista ha proposto ricorso per cassazione, articolato in cinque motivi, cui ha replicato il fallimento con controricorso.

Con ordinanza interlocutoria n. 17821 del 1° giugno 2022 la Corte ha rimesso la causa a nuovo ruolo per la discussione in pubblica udienza, attesa la rilevanza nomofilattica delle questioni sollevate, ed in particolare la deferibilità del giuramento decisorio al curatore, che abbia eccepito la prescrizione presuntiva dei crediti, e la correlata facoltà del curatore di sollevare l'eccezione di prescrizione.

All'esito dell'udienza pubblica, celebratasi l'11 novembre 2022, la Corte, anche su sollecitazione della Procura Generale, ha ritenuto di rimettere il ricorso al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite, ai sensi dell'art. 374, secondo comma, cod. proc. civ.

Nello specifico, ribadendo la rilevanza nomofilattica delle questioni poste con i primi quattro motivi di ricorso, ha avvertito che, con riguardo alla ricorribilità del curatore fallimentare all'eccezione di prescrizione presuntiva, nonché, soprattutto, alla deferibilità al medesimo curatore del giuramento decisorio, quanto meno nella forma del giuramento *de scientia (o de notitia)*, sono emersi orientamenti non univoci. Da ultimo, nella recente ordinanza n. 20602 del 2022, in consapevole contrasto con le precedenti interpretazioni, si è ritenuto che la dichiarazione, con la quale il curatore, all'esito del deferito giuramento, affermi di non essere a conoscenza se il pagamento sia avvenuto o meno, ha gli effetti del mancato giuramento. Il collegio rimettente ha pertanto proposto le seguenti questioni:

«i) se, nell'ambito del giudizio di accertamento del passivo fallimentare, il curatore fallimentare sia legittimato a opporre la prescrizione presuntiva (nel caso di specie ex art. 2956, n. 2, c.p.c.), in quanto parte processuale, ai sensi

dell'art. 95, comma 1, L. Fall., o comunque in quanto terzo interessato, ai sensi dell'art. 2939 c.c., tenuto conto della correlazione posta tra tale eccezione e la possibilità per la controparte di deferire giuramento "per accertare se si è verificata l'estinzione del debito" (art. 2960, comma 1, c.p.c.);

ii) se l'art. 2739 c.c. e l'art. 2737 c.c. (che per la capacità di deferire o riferire il giuramento rinvia all'art. 2731 c.c. in tema di confessione) ostino alla prestazione del giuramento decisorio da parte del curatore fallimentare, in quanto terzo privo della capacità di disporre del diritto (Cass. 1916/1972, 1314/1975, 723/1978, 9881/1997, 4474/1998, 3573/2011, 25286/2013, 15570/2015, 23427/ 2016, 19418/2017, 12044/2020), oppure ostino solo al suo potere di deferire e riferire il giuramento, ma non di prestarlo, anche in relazione all'inquadramento della prescrizione presuntiva come presunzione legale relativa, con limitazione dei mezzi di prova contraria (Cass. 11195/2017, 17071/2021), ovvero come ipotesi speciale di prescrizione (Cass. 2437/1969, 7527/2012, 15570/2012), superabile solo dall'ammissione in giudizio che l'obbligazione non è stata estinta (art. 2959 c.c.), o dal particolare valore attribuito dalla legge al giuramento decisorio;

iii) se, in particolare, ove si escluda la deferibilità del giuramento su fatto non "proprio", ma del fallito (c.d. giuramento de veritate), al curatore fallimentare possa essere comunque deferito il giuramento sulla conoscenza che egli ne abbia – tenuto conto delle interlocuzioni tra curatore e fallito imposte dagli art. 16, comma 1, n. 3), e art. 49 L. Fall., la cui inosservanza è penalmente sanzionata (art. 220 L. Fall.) – e se, in tal caso, si tratti del c.d. giuramento de scientia, ex art. 2739 c.c., comma 2, (Cass. 20602/2022), ovvero del c.d. giuramento de notitia, ex art. 2960, comma 2, c.c., norma espressamente riferita al coniuge superstite o agli eredi del debitore e ai loro rappresentanti legali, ma in tesi applicabile analogicamente (Cass. 13298/2018);

iv) se, una volta ammesso il giuramento de scientia o de notitia, la dichiarazione del curatore di non essere a conoscenza dell'avvenuta estinzione del debito equivalga a prestazione favorevole al giurante, lasciando in vita la presunzione di pagamento (Corte Cost. 162/1973; Cass. 3353/1968, 3621/1969, 1424/1973, 315/1978, 1033/1980, 1148/1983, 7713/1990, 5163/1993, 6940/2010; in tema di fallimento, Cass. 647/2008, 15570/2015, 13298/2018), o assuma invece gli effetti del rifiuto del giuramento, favorevole al creditore (Cass. 20622/2022) – come avviene nel giuramento *de veritate* – e se tale conclusione debba valere per tutti i soggetti che prestino giuramento *de scientia* o *de notitia*, ovvero solo per il curatore fallimentare».

All'esito dell'udienza pubblica, celebrata con le formalità cartolari previste dall'art. 23, comma 8, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni in l. 18 dicembre 2020, n. 176, la causa è stata riservata e decisa.

Il ricorrente ha depositato tempestivamente e ritualmente memoria illustrativa ai sensi dell'art. 380 *bis*1, cod. proc. civ.

## RAGIONI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo, rubricato «*violazione di legge e in particolare degli artt. 2956 c.c. e 2959 c.c. in relazione al capo afferente l'ammissione circa la non estinzione dell'obbligazione (art. 360 n. 3 c.p.c.)*», il ricorrente sostiene che il Tribunale di Brescia abbia erroneamente applicato l'art. 2956 cod. civ., trattando la prescrizione presuntiva alla stregua di quella ordinaria, ritenendo sufficiente il decorso del tempo e l'assenza di atti interruttivi e non dando adeguato valore alle conclusioni del curatore fallimentare nel progetto di stato passivo

("*Non compete l'ammissione per l'attività erogata anteriormente al biennio della sentenza dichiarativa di fallimento; attività prescritta ex art. 2596 c.c. non risultando validi atti interruttivi della prescrizione. Escluse spese generali del 12,50% per euro 4.409,51= ex art. 14 D.M. 124/04 non dovute in riferimento alle nuove disposizioni tariffarie vigenti. Credito non risultante dalla contabilità*").

Con il secondo, rubricato «*violazione di legge e in particolare dell'art. 2944 c.c. in relazione al capo afferente l'ammissione circa la mancata interruzione della prescrizione (art. 360 n. 3 c.p.c.)*», si sostiene che la dichiarazione del curatore, per cui il credito non risultava dalla contabilità, equivalendo all'affermazione del mancato pagamento, avrebbe dovuto intendersi quantomeno come atto idoneo a interrompere la prescrizione, poiché il riconoscimento dell'altrui diritto è atto di natura non negoziale, non eccedente l'ordinaria amministrazione, che non richiede la piena capacità di agire.

Con il terzo motivo, rubricato «*violazione di legge e in particolare dell'art. 2956 c.c. in relazione agli artt. 2959 e 2960 c.c. quanto all'applicabilità dell'istituto della prescrizione presuntiva nelle ipotesi in cui il creditore non sia legittimato a deferire giuramento all'altra parte (art. 360 n. 3 c.p.c.)*», si denuncia che il tribunale abbia dato rilievo al mancato deferimento del giuramento decisorio – indicato come «unico strumento processuale» che sarebbe stato idoneo a vincere l'eccezione di prescrizione presuntiva – nonostante la consolidata giurisprudenza di legittimità ne escluda la deferibilità al curatore fallimentare, in quanto soggetto estraneo al fatto estintivo dell'obbligazione e privo del potere di disporre del diritto; rileva inoltre la contraddittorietà della motivazione laddove, per un verso, si nega l'ammissione dell'interpello formale del curatore in quanto privo della conoscenza diretta del fatto estintivo e del potere di disporre del diritto, ma, per altro verso, si indica il giuramento decisorio del curatore quale strumento processuale di cui il creditore avrebbe dovuto avvalersi per superare l'eccezione di prescrizione.

Con il quarto motivo, rubricato «*violazione di legge e in particolare dell'art. 2956 c.c. in relazione agli artt. 2959 e 2960 c.c. quanto alla mancata ammissione della prova per testi (art. 360 n. 3 c.p.c.)*», si assume che, ove si ritenga applicabile la prescrizione presuntiva, il creditore non dovrebbe essere privato della possibilità di prova contraria, con conseguente illegittimità del diniego di ammissione dell'articolata prova per interrogatorio formale e testi.

Con il quinto motivo, rubricato «*violazione di legge e in particolare dell'art. 14 D.M. 124/04 in relazione all'esclusione delle spese generali (art. 360 n. 3 c.p.c.)*», è censurato il capo di decisione relativo alle «spese generali della previgente tariffa», nel senso che, trattandosi di attività difensiva svolta *ante* riforma, spetterebbe *ex lege* il rimborso forfettario quantomeno del 12,50%.

Sui primi quattro motivi, che per le censure proposte possono essere trattati congiuntamente, il collegio della prima sezione civile ha rimesso la decisione a queste sezioni unite, rilevando il contrasto interpretativo emerso nella giurisprudenza, unitamente al vivace dibattito dottrinale, e pertanto la rilevanza nomofilattica delle questioni sottoposte al vaglio della Corte di legittimità.

Oggetto del contrasto è l'annosa questione del se, ed in che termini, il curatore fallimentare si ponga dinanzi alla possibilità di eccepire la prescrizione presuntiva prevista per i crediti relativi ai rapporti giuridici richiamati negli artt. 2954, 2955, 2956 cod. civ. (nel caso di specie quello afferente i crediti professionali di cui

all'art. 2956, n. 2, cod. civ.), istituto a cui fa da contraltare la possibilità di deferire il giuramento decisorio, che peraltro costituisce l'unico strumento a tutela del creditore, a cui la prescrizione sia opposta. Questione complessa sul piano della ricerca di una soluzione giuridica soddisfacente, coinvolgendo istituti antichi o antichissimi, quali appunto la prescrizione presuntiva e il giuramento, nei cui confronti non è peraltro casuale che vengano mosse, soprattutto dalla dottrina, critiche severe che dubitano della loro persistente attualità.

Le questioni su cui il collegio remittente sollecita il pronunciamento delle sezioni unite – per le risposte non univoche rese dalle sezioni semplici, o all'interno di una stessa sezione, in merito all'utilizzabilità degli istituti ed alla natura dei medesimi – possono trovare soluzioni che, come l'ordinanza stessa evidenzia, spaziano dalla esclusione del curatore fallimentare dalla facoltà di eccepire la prescrizione presuntiva al riconoscimento in capo al fallito della capacità di prestare il giuramento. Nel mezzo si pone il diritto del curatore ad eccepire la prescrizione, senza che tuttavia nei suoi confronti sia deferibile il giuramento decisorio, *tout court*, per essere soggetto estraneo ai fatti estintivi dell'obbligazione e privo di capacità di disporre dei diritti, al pari della confessione (ex artt. 2737 e 2731 c.c.), oppure il riconoscimento della deferibilità del solo giuramento decisorio *de scientia* (art. 2739, secondo comma, seconda parte, cod. civ.) o *de notitia* (art. 2960, secondo comma, cod. civ.), non anche di quello *de veritate* (art. 2739, secondo comma, prima parte, cod. civ.).

Quando peraltro riconosciuta la deferibilità del giuramento de scientia, o de notitia, si pone soprattutto l'ulteriore problema della sua efficacia, qualora, all'esito della formula pronunciata dal giurante, questi dichiari di non conoscere i fatti. In tale ipotesi, alle conclusioni, cui perviene parte rilevante della dottrina e parte della giurisprudenza – quando se ne riconosce l'ammissibilità –, secondo cui la dichiarazione di mancata conoscenza ha gli effetti del giuramento affermativo, favorevole dunque al giurante, si contrappone l'altro orientamento dottrinale, e una recente pronuncia della Corte di legittimità (Cass., 27 giugno 2022, n. 20602), che ritiene di attribuirne gli effetti del giuramento negativo, favorevole dunque al creditore delante.

Alla prima questione – legittimazione del curatore fallimentare ad opporre la prescrizione presuntiva – deve rispondersi affermativamente. Si tratta di istituto di antica applicazione, prenapoleonica, con riscontri sin dal XVI secolo, che nonostante l'evoluzione dei meccanismi commerciali e l'utilizzo di strumenti di tracciabilità delle operazioni economiche, sempre più pervasivi, mantiene la sua vitalità rispetto a pratiche in cui l'insorgenza e la gestione del rapporto professionale è improntata a rapidità ed informalità, tanto più nell'area dei rapporti economici. L'esistenza di obblighi contabili nella gestione di attività economiche o professionali, quand'anche finalizzate al controllo fiscale sul reddito dell'operatore, non possono escludere, ai fini civilistici, rapporti gestiti in via informale, così che la diffusione di strumenti di tracciabilità delle operazioni risulta ininfluente sulle ragioni e sull'esigenza di sopravvivenza della prescrizione presuntiva e sul conseguente utilizzo da parte di qualunque soggetto giuridico.

D'altronde, in termini generali, il ricorso alla prescrizione presuntiva è stato già escluso per quei rapporti di credito regolati per iscritto, che presuppone una disciplina più complessa del contratto (cfr. Cass., 7 aprile 2006, n. 8200; 4 luglio 2102, n. 11145; 22 maggio 2019, n. 13707; 30 aprile 2018, n. 10379; 16 novembre 2021, n. 34639; 12 gennaio 2022, n. 789).

Per i rapporti che si sviluppano invece senza formalità, ed i cui pagamenti avvengono senza dilazione, né rilascio di quietanza, l'applicazione dell'istituto è fuori discussione. Inibirne l'utilizzo al solo curatore fallimentare rappresenterebbe dunque una privazione ingiustificata, come riconosciuto in giurisprudenza e dottrina, di uno strumento nella disponibilità invece di qualunque altro debitore, svantaggiando la massa dei creditori coinvolti nel fallimento, il cui patrimonio è affidato alla sua attività gestoria.

Le conclusioni sono tanto più opportune, laddove si consideri la più ampia autonomia operativa attribuita al curatore a partire dal d.lgs. n. 5 del 2006, e sino alla attuale disciplina regolatrice della crisi d'impresa.

Esaminando quindi le altre questioni, poiché l'eccezione di prescrizione presuntiva ha forza di presunzione legale relativa e poiché il Legislatore, per il suo superamento, ha inteso limitare i mezzi di prova contrari, ex artt. 2959 cod. civ. e 2960, primo comma, cod. civ., questo collegio esclude che al curatore, che eccepisca la prescrizione presuntiva, non possa essere deferito il giuramento decisorio *tout court*.

Se, per evitare che il curatore soffra una condizione di svantaggio rispetto a ciascun altro debitore, gli si riconosce il diritto di eccepire la prescrizione presuntiva, non può privarsi il creditore dell'unico strumento, con cui, ove assenti ammissioni di mancato adempimento dell'obbligazione, ha ancora possibilità di contrapporsi al debitore, tutelando il suo credito. Dove c'è la prescrizione presuntiva deve esserci il diritto a deferire il giuramento, nel rispetto dei principi della difesa, ex art. 24 Cost.

Né può ipotizzarsi che il giuramento possa essere deferito al fallito, certamente privo della capacità di prestarlo (sulla questione cfr. Cass., 24 luglio 2015, n. 15570; 14 febbraio 2011, n. 3573; 16 agosto 2006, n. 18175).

In realtà le pronunce che escludono la deferibilità del giuramento al curatore (ad es., Cass., 3573 del 2011, cit.; 24 luglio 2015, n. 15570; 18 ottobre 2016, n. 23427; 3 agosto 2017, n. 19418; 22 giugno 2020, n. 12044), invocando la sua terzietà e denunciando che sia privo di capacità di disporre del diritto, quando non si limitano a rinviare a precedenti, richiamano il giuramento decisorio c.d. *de veritate*, atto a provocare una confessione piena, non anche quello *de scientia*. Peraltro, proprio una delle pronunce che affermano tale principio (la 15570/2015 cit.), pur negando il deferimento del giuramento decisorio (ed in tal senso è massimata), in realtà sviluppa argomentazioni, esposte come *obiter* per non essere applicabili al caso nel concreto esaminato, che esplorano la deferibilità del giuramento c.d. *de notitia* (ex art. 2960, secondo comma, cod. civ.) o nella forma c.d. *de scientia* (ex art. 2739, secondo comma, cod. civ.).

La dottrina è in gran parte favorevole alla deferibilità del giuramento. Pur generalmente escludendo quello *de veritate* – ma con l'eccezione di alcuni autori, secondo i quali andrebbe riconosciuta la deferibilità anche di quest'ultimo –, la dottrina richiama pacificamente quello *de scientia* o *de notitia*, riconoscendo che i limiti che potrebbero emergere dalla combinata lettura degli artt. 2737 e 2731 cod. civ., sulla capacità di disporre del diritto, in realtà si pongono per il deferimento e riferimento del giuramento, non invece per l'ipotesi in cui sia il curatore ad essere chiamato a prestarlo.

Non può d'altronde ignorarsi che al curatore sia pacificamente riconosciuta la qualità di parte processuale, che può eccepire fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere dal creditore nel giudizio di accertamento dello stato passivo. A fronte di uno strumento atto a paralizzare la pretesa del creditore, rappresenterebbe un vero e proprio corto circuito del pro-

cesso non riconoscere alcuno strumento processuale in capo al creditore a tutela dell'asserito diritto.

Quanto poi alla individuazione della norma da porre a fondamento della deferibilità del giuramento al curatore, taluni interpreti ritengono che l'art. 2960, secondo comma, cod. civ., non richiami un elenco tassativo di soggetti, ma sia analogicamente estensibile, così che risulterebbe pertinente il ricorso a tale norma.

Altri valorizzano invece l'art. 2939 cod. civ. – così inquadrando il curatore tra coloro interessati ad eccepire la prescrizione, per impossibilità del debitore, ormai fallito –, in combinazione con l'art. 2739, secondo comma, seconda parte, cod. civ., con cui il Legislatore ha disposto che il giuramento può essere deferito sulla "conoscenza" che il delato abbia "di un fatto altrui". In questa ipotesi ricostruttiva, una volta riconosciuto in capo al curatore il potere di avvalersi della prescrizione presuntiva, ad esso il creditore potrebbe deferire quanto meno il giuramento *de scientia*.

Qualunque sia il parametro normativo ritenuto più idoneo, la copertura giuridica della deferibilità del giuramento, nella forma *de notitia* o *de scientia*, è comunque assicurata.

E tuttavia questo collegio reputa più lineare il richiamo agli artt. 2939 e 2739 cod. civ., tenendo conto della limitata perimetrazione dei soggetti richiamati dall'art. 2960 cod. civ. e soprattutto in ragione di una non scontata sovrapponibilità delle due fattispecie normative, con riferimento agli effetti di una dichiarazione di non conoscenza dell'avvenuto pagamento del debito, come sarà meglio chiarito nel prosieguo.

Le questioni cui si è fatto sinora cenno sono state già sostanzialmente dibattute dalla giurisprudenza come dalla dottrina. Il riconoscimento del potere del curatore di avvalersi della prescrizione presuntiva, la deferibilità al medesimo del giuramento decisorio, quanto meno nella forma del giuramento *de scientia* (o *de notitia*), con il superamento delle perplessità pur nel passato emerse, costituirebbero una messa a punto degli istituti ancora poco utile, soprattutto sul piano pratico.

Invece, la questione più delicata, che questo collegio è chiamato ad esaminare, posto che al curatore, terzo rispetto all'imprenditore fallito, non può deferirsi il giuramento *de veritate*, è indicare quali effetti siano riconducibili alla pronuncia della formula di giuramento, qualora il delato dichiari di non conoscere i fatti.

Se la risposta resta quella timidamente elaborata sinora, cioè che la dichiarazione di non conoscenza equivale a dichiarazione favorevole al giurante, le perplessità evidenziate dalla parte più attenta della dottrina e, in giurisprudenza, dalla recente pronuncia n. 20602/2022, resteranno inappagate. È certo infatti che, qualora non si ritenga di riconoscere un'interpretazione diversa, il curatore potrà agevolmente eccepire la prescrizione presuntiva e poi, in sede di giuramento, trincerarsi dietro la non conoscenza dei fatti, così rendendo del tutto inutile l'unico strumento accordato al creditore per contrastare l'eccezione.

Si tratterebbe nel concreto di svuotare un rapporto d'equilibrio, già precario, tra diritti del curatore e diritti del credito, la cui difesa è fortemente limitata in sede processuale, come ormai da tempo ampiamente evidenzia la dottrina.

La valenza restrittiva delle conseguenze della dichiarazione di non conoscenza dei fatti, con vittoria della curatela fallimentare, è certamente riconducibile ad una prospettazione della natura degli istituti della prescrizione presuntiva e del giuramento, rivolta a riconoscerne carattere e natura sostanziale. Ciò induce a restringere i limiti di utilizzo, quando ne è coinvolto il curatore, che non dispone dei diritti.

Sennonché, quanto alla natura della prescrizione presuntiva, può anche concordarsi con l'opinione secondo cui essa, al pari della prescrizione estintiva, non è un mezzo di prova, ma incide direttamente sul diritto sostanziale, limitandone la protezione giuridica (secondo la classica ricostruzione resa da Cass., 15 maggio 2012, n. 7527). Tuttavia va tenuto conto che, ancorché di natura sostanziale, la prescrizione presuntiva è istituto regolante una fattispecie ben distinta dalla prescrizione estintiva (cfr. già Cass., 31 ottobre 2011, n. 22649, che ne rileva la diversità ontologica; inoltre cfr. Cass., 26 agosto 2013, n. 19545; 18 gennaio 2017, n. 1203; 5 luglio 2017, n. 16486; 18 novembre 2019, n. 29822).

Questa è conformata da due elementi obiettivi, l'inutile decorso del tempo e l'inerzia del titolare del diritto (di credito, per stare al caso di specie). Si tratta di elementi che esistono o non esistono, ontologicamente, e che, una volta consacrati nel processo, segnano l'estinzione del diritto.

La prescrizione presuntiva si fonda sull'esatto contrario, cioè sulla "presunzione" che il creditore si sia attivato celermente ed abbia già soddisfatto il proprio diritto di credito. Non c'è nulla di obiettivo, ma addirittura una presunzione, costruita per "facilitare" il debitore nella prova dell'estinzione dell'obbligazione, consacrata dall'istituto elaborato nella realtà socio-economica del commercio o di determinati rapporti giuridici. L'istituto allora inciderà senz'altro sul diritto sostanziale, ma la valenza probatoria dei suoi presupposti, l'essere cioè solo fondato sulla presunzione che il debitore abbia già adempiuto l'obbligazione, ne colora fortemente la struttura (si parla anche di prescrizione che ha effetti processuali ma natura sostanziale). E quanto ciò sia ben diverso dalla prescrizione ordinaria (e quanto a volte lontano dalla realtà, proprio se si tiene conto dei rapporti tra professionista e cliente in difficoltà economica, che poi diventa insolvente e fallisce), è un dato non trascurabile, almeno ai fini di una più corretta perimetrazione delle conseguenze riconducibili alla concreta risposta resa dal giurante.

È per questo diverso ruolo e diversa "struttura" che si afferma, a proposito delle prescrizioni presuntive di cui agli artt. 2954 e segg. cod. civ., che, a differenza della prescrizione ordinaria, esse sono fenomeni di natura probatoria, sostanziandosi in presunzioni di "avvenuto pagamento" (Cass., 14 giugno 2019, n. 16123; 22 giugno 2020, n. 12044; cfr. anche 16 giugno 2021, n. 17071).

Parimenti va chiarito che sulla natura del giuramento, riportato, secondo teorie emerse nell'evoluzione interpretativa dell'istituto, nell'alveo della natura negoziale, negandone quella processuale, possono formularsi dubbi. Anche a voler trascurare la diversa ricostruzione dell'istituto, emergente in parte della più autorevole dottrina, non può ignorarsi che gli esiti del giuramento siano decisivi per la definizione del processo, ma da questo ad affermare che il giuramento sia privo di valenza probatoria e che l'esito del giudizio sia nella disponibilità negoziale delle parti in causa e non invece riconducibile, anche per la valenza di prova legale del giuramento, alla sentenza pronunciata dal giudice, si rischia di provare troppo. Se non altro si rischia di ignorare, come sottolinea attenta dottrina, che gli effetti del giuramento non hanno per fondamento un "accordo" tra le parti, ma l'efficacia probatoria predeterminata dalla legge. Ciò spiega i limiti soggettivi dell'accesso al giuramento, e giustifica il riconoscimento della delazione del giuramento al curatore fallimentare nei limiti del giuramento *de scientia*, ma non svilisce la rilevanza processuale e l'incidenza

probatoria dell'istituto, che pertanto non può esulare dalle regole di equilibrio e parità processuale delle parti.

Prescindendo comunque dagli aspetti più complessi della natura giuridica degli istituti della prescrizione presuntiva e del giuramento, risulta allora utile soffermarsi sulla valenza probatoria dei medesimi ed a tal fine è opportuno valorizzare il rapporto "eccezione di prescrizione presuntiva/deferimento del giuramento/effetti della dichiarazione del giurante", che si prospetta come peculiare quando l'attenzione sia rivolta alla fattispecie del giuramento pronunciato dal curatore fallimentare.

Rispetto alla presunzione di "adempimento" il deferito è "provocato" con l'unica arma che il legislatore riconosce al creditore, il deferimento del giuramento, appunto.

D'altronde ci si aspetta che il curatore/terzo, nel momento in cui eccepisce la prescrizione presuntiva, che "presuppone" il verificarsi del fatto estintivo dell'obbligazione, deve pur essere stato in grado, rispetto all'eccezione stessa, di affermare che quel fatto, il pagamento, si è verificato. E poiché non ne ha conoscenza diretta, deve pur aver preventivamente acquisito elementi da cui trarre la conoscenza. Non la percezione diretta, ma la "conoscenza sull'adempimento di quella obbligazione".

In tale attività non vi è disposizione del diritto da parte del curatore, ma solo l'ordinario dovere di controllo, tra gli elementi disponibili al "gestore" della massa fallimentare, di quali riscontri abbia potuto acquisire, a fondamento di quella conoscenza di fatti, che hanno permesso di sollevare la prescrizione presuntiva. Si tratta di un'attività addirittura doverosa, collocabile nelle dovute interlocuzioni con il fallito e più in generale nell'esame della documentazione dell'impresa, nella disponibilità del curatore fallimentare ai fini della attività gestoria.

Ebbene, se il curatore è soggetto terzo, tenuto però ad acquisire informazioni sui pregressi rapporti commerciali ed economici in senso lato, non può pretendere di eccepire la prescrizione presuntiva, così come se si tratti di una prescrizione estintiva (fondata su elementi obiettivi), se non dopo aver acquisito elementi per affermare che quell'obbligazione si sia estinta. Egli è d'altronde consapevole che il creditore può deferirgli il giuramento, quanto meno nella forma *de scientia*, ed alla formula del giuramento, cui è obbligato a rispondere, deve "prepararsi".

Nell'esplicazione del proprio ufficio si tratta di un soggetto ancora più coinvolto, atecnicamente potrebbe affermarsi che è ancora più "prossimo", negli affari del debitore, rispetto al coniuge o agli eredi richiamati dall'art. 2960, secondo comma, cod. civ.

Nei confronti di questi ultimi opportunamente il Legislatore ha infatti previsto il deferimento del giuramento in ordine a "notizie" sull'estinzione del debito, e che pertanto ben possono ignorare qualunque fatto, senza che tale ignoranza si rivolti a proprio danno.

Diverso invece è il ruolo del curatore fallimentare, come di un qualunque terzo interessato, la cui posizione è infatti più idoneamente riconducibile nella fattispecie evincibile dal combinato disposto degli artt. 2739, secondo comma e 2939, cod. civ.

E allora la dichiarazione di non conoscere il fatto estintivo dell'obbligazione non può ritenersi equivalente al giuramento affermativo, favorevole al giurante. Al contrario essa deve equivalere agli esiti di un giuramento negativo o al rifiuto di giurare, favorevole al deferente-creditore. Diversamente opinando, e cioè ponendo sul medesimo piano una esplicita dichiarazione di adempimento ed una manifestazione di ignoranza del medesimo, di cui con il ricorso alla prescrizione presuntiva si eccepisce il suo

effettivo avveramento, vi sarebbe un "salto logico", e con esso non solo un mancato rispetto dell'art. 24 Cost., ma anche degli artt. 111 Cost. e 6 CEDU, come già evidenziato da questa Corte nella sent. n. 20602/2022.

L'accoglimento di questo recente e più consapevole orientamento, certo minoritario nella giurisprudenza di legittimità, garantisce un rapporto più equilibrato tra le parti, in una chiave interpretativa che restituisce modernità ad istituti per molti aspetti ampiamente criticati.

Va dunque affermato il principio di diritto, secondo cui «**in tema di accertamento del passivo fallimentare, qualora, in sede di controversia insorta per il rigetto della ammissione di un credito, maturato in forza di un rapporto riconducibile alla previsione dell'articolo 2956, primo comma, n. 2, cod. civ., sia eccepita dal curatore la prescrizione presuntiva del credito e il creditore deferisca giuramento decisorio, la dichiarazione del curatore di non sapere se il pagamento sia avvenuto o meno produce gli effetti del mancato giuramento**».

Venendo ora all'esame del ricorso del Brunelli, esso è infondato.

Risulta pacifico che il Brunelli, a fronte della eccezione di prescrizione presuntiva del suo credito professionale, sollevata dal curatore del fallimento Crono srl, non ha deferito il giuramento decisorio in alcuna forma.

Va da se, allora, che il terzo motivo del ricorso è da rigettare, per quanto già esposto nelle pagine che precedono. Le critiche elevate sulla ammissibilità dell'eccezione di prescrizione da parte del curatore fallimentare, con conseguente squilibrio tra debitore (società fallita) e creditore, impossibilitato a deferire il giuramento, sono superate dalle conclusioni cui questo collegio è pervenuto sulle questioni rimesse alle sezioni unite dal collegio della prima sezione civile e dal dato obiettivo che il Brunelli ha omesso di deferire il giuramento al curatore.

Altrettanto infondato è poi il quarto motivo, con cui il ricorrente, a fronte della eccezione di prescrizione presuntiva opposta al suo credito, ha denunciato il mancato riconoscimento del diritto alla prova contraria. Riconosciuto il diritto a deferire il giuramento, quale unica prova che il Legislatore accorda al creditore, è priva di pregio l'invocazione della prova per interpello o per testimoni.

È infondato anche il primo motivo, con il quale il Brunelli ha censurato il provvedimento impugnato per l'erronea applicazione della prescrizione regolata dall'art. 2956 cod. civ., e nello specifico della prescrizione del credito del professionista (n. 2), trattato, secondo la prospettazione difensiva, come una prescrizione ordinaria, nonché per non aver tenuto conto che dalle dichiarazioni del curatore del fallimento si evinceva l'implicita ammissione del mancato pagamento del professionista.

Mentre la denunciata confusione nel governo delle due forme di prescrizione è del tutto irrilevante e incomprensibile, non emergendo affatto nel provvedimento impugnato l'applicazione dei principi della prescrizione ordinaria alla prescrizione presuntiva, in ordine alla seconda critica, sebbene sia corretto affermare che il debitore che neghi l'esistenza del credito, ovvero l'esecuzione delle prestazioni sulle quali si basa la relativa pretesa, non può avvalersi dell'eccezione di prescrizione presuntiva (cfr. Cass., 28 giugno 2019, n. 17595; 5 giugno 2023, n. 15665), ciò implicando una quanto meno implicita ammissione del mancato adempimento, ai sensi dell'art. 2959 cod. civ., nel caso di specie il tribunale ha anche preso in considerazione le difese articolate in merito dal Brunelli, escludendo che il curatore avesse ammesso il mancato pagamento o contestato il

rapporto professionale, peraltro emergente "da atti e procedimenti giudiziari".

Si tratta con evidenza di un accertamento in fatto, rispetto al quale le argomentazioni del ricorrente sottendono il tentativo di un riesame nel merito della questione, inammissibile in sede di legittimità, ove assenti errori logici o materiali commessi dal giudice del provvedimento impugnato, errori che non trovano riscontro nel caso di specie.

Il rigetto del primo motivo assorbe il secondo, con il quale si assume che la dichiarazione di mancato pagamento doveva essere considerata dal Tribunale almeno atto idoneo ad interrompere la prescrizione. Mancando il riconoscimento processuale di una quanto meno implicita dichiarazione di mancato pagamento, le conseguenze rappresentate con il secondo motivo sono prive di pregio.

Inammissibile infine è il quinto motivo, con il quale il ricorrente si duole del mancato riconoscimento quanto meno del rimborso forfettario delle spese nella misura ex lege del 12,50%. Dal testo del decreto impugnato emerge che la domanda non era compresa nel ricorso, né oggetto della "domanda subordinata riferita all'importo comunque riconosciuto nello stato passivo impugnato".

In conclusione il ricorso va rigettato.

Stante la complessità delle questioni trattate, si ritiene corretta la compensazione integrale delle spese processuali.

**P.Q.M.**

La Corte di cassazione, a Sezioni Unite, definitivamente pronunciando, rigetta il ricorso. Compensa le spese del giudizio di legittimità. Ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, nella misura pari a quello previsto per il ricorso, a norma del comma 1 *bis* del medesimo articolo 13, se dovuto.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, il 18 aprile 2023

Il Consigliere est. Francesco FEDERICI

La Presidente Adelaide AMENDOLA

# DIPENDENTI LICENZIATI ED INVESTIGATORI PRIVATI

***(Cassazione, sezione lavoro, sentenza 28378 pubblicata il 11/10/2023)***

È ormai pacifico che il datore di lavoro possa effettuare controlli sui propri dipendenti (cc.dd. difensivi) a tutela del proprio patrimonio aziendale, anche di tipo occulto, se finalizzati ad evitare comportamenti illeciti, ed in presenza di un fondato sospetto circa la commissione di un illecito, purché sia assicurato un corretto bilanciamento tra le esigenze di protezione di interessi e beni aziendali, correlate alla libertà di iniziativa economica, rispetto alle imprescindibili tutele della dignità e della riservatezza del lavoratore, e sempre che il controllo riguardi dati acquisiti successivamente all'insorgere del sospetto. Non è esclusa la possibilità per il datore di lavoro – ed è anzi ormai prassi consolidata – di ricorrere ad agenzie investigative purché queste non sconfinino nella vigilanza dell'attività lavorativa vera e propria, restando giustificato l'intervento in questione non solo per l'avvenuta perpetrazione di illeciti e l'esigenza di verificarne il contenuto, ma anche in ragione del solo sospetto o della mera ipotesi che degli illeciti siano in corso di esecuzione. Pertanto, i controlli del datore di lavoro a mezzo di agenzia investigativa, riguardanti l'attività lavorativa del prestatore svolta anche al di fuori dei locali aziendali, sono legittimi ove siano finalizzati a verificare comportamenti che possano configurare ipotesi penalmente rilevanti, od integrare attività fraudolente o fonti di danno per il datore medesimo, escludendo che l'oggetto dell'accertamento sia l'adempimento, la qualità o la quantità della prestazione lavorativa.

Per il trattamento dei dati personali della persona oggetto di indagine (cd. "target investigativo"), l'investigatore privato può fruire dell'esimente prevista dall'ex art. 24 d.lgs. 196/03 rispetto all'obbligo di acquisizione del consenso preventivo stabilito dall'ex art. 23 stesso codice (oggi Considerando 47 e 52 GDPR 679/2016), applicabile allorquando si intenda tutelare un proprio od altrui diritto in sede giudiziaria.

Può capitare, però, che l'investigatore incaricato abbia necessità di avvalersi di altri investigatori. In tal caso è necessario che il primo rispetti scrupolosamente non soltanto i dettami previsti dall'articolo 260 del Regio Decreto 6 maggio 1940, n. 635 (Regolamento per l'esecuzione del TULPS) e dal D.M. 269/10 in materia di investigazione privata, ma anche quelli statuiti dal suddetto GDPR in materia di trattamento dei dati personali. In particolare, è indispensabile che i nominativi di eventuali altri professionisti coinvolti nell'indagine siano indicati nell'incarico all'atto del conferimento, o successivamente allo stesso qualora l'esigenza sia sopravvenuta. Trattasi di un requisito di validità e di liceità delle indagini e della utilizzabilità del relativo esito, con ciò prescindendo dal fatto che l'investigatore "B" incaricato dall'investigatore "A" sia anche egli titolare della prevista autorizzazione. Nel mandato investigativo dell'agenzia incaricata, pertanto, è indispensabilità che sia menzionata l'ipotesi che essa si possa avvalere di altri investigatori, e che questi siano indicati in tale documento, sia ab origine sia ex post. Tale mancanza inficia il mandato e comporta, di conseguenza, l'inutilizzabilità, ai sensi dell'art. 11, co. 2, d.lgs. n. 196/2003, dei dati raccolti da soggetti non legittimati a farlo. L'autorizzazione n. 6/2016 del Garante per la protezione dei dati personali, registro dei provvedimenti n. 528 del 15/12/2016 prevede, infatti, che "*l'investigatore privato deve eseguire personalmente l'incarico ricevuto e non può avvalersi di altri investigatori non indicati nominativamente all'atto del conferimento*

*dell'incarico oppure successivamente in calce ad esso qualora tale possibilità sia stata prevista nell'atto di incarico*", come anche ribadito dall'articolo 8, comma 4, del provvedimento del garante n. 60 del 06/11/2008, allegato A.6 al d.lgs. n. 196/2003.

Quanto precede trova origine nell'obbligo di carattere generale, in capo ad ogni soggetto, di acquisire preventivamente dall'interessato il consenso al trattamento dei suoi dati personali (ex articolo 23 del d.lgs. 196/03). A tale onere si può derogare allorquando il trattamento sia necessario per varie finalità, tra cui quella di "*far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria*" (ex articolo 24 del d.lgs. 196/03, comma 1, lettera f). In assenza di un incarico specifico conferito dall'investigatore originario "A" all'investigatore di supporto "B", si potrebbe verificare una illecita diffusione di dati personali da parte dell'investigatore "A", ed un illecito trattamento da parte dell'investigatore "B" il quale – avendo acquisito senza titolo dati personali sul "target investigativo" – si potrebbe trovare nella paradossale situazione di dover adempiere all'obbligo di cui al comma 3 dell'articolo 14 del GDPR (informativa dati personali acquisiti presso terzi), da eseguirsi nel più breve tempo possibile e comunque entro un mese.

I dati personali raccolti e trattati, ovvero le informazioni e prove reperite in violazione dei suddetti dettami, sono quindi inutilizzabili ai sensi dell'articolo 11, comma 2, d.lgs. 196/2003, così come sostituito dall'articolo 2 *decies* del d.lgs. 101/2018 contenente identica formulazione, con l'unica aggiunta della salvezza di quanto previsto dall'art. 160 *bis* d.lgs., n. 196/03. Scrivono i giudici: "**Ne consegue che sul piano processuale tale norma preclude non solo alle parti di avvalersi dei predetti dati come mezzo di prova, ma pure al giudice di fondare il proprio convincimento su fatti dimostrati dal dato acquisito in modo non rispettoso delle regole dettate dal legislatore e dai codici deontologici**". D'altronde, questa assolutezza si spiega in chiave funzionale: la ratio della norma è quella di scoraggiare la ricerca, l'acquisizione e più in generale il trattamento abusivo di dati personali, e per realizzare questa funzione il rimedio previsto dal legislatore è quello di impedirne la realizzazione dello scopo. Nel caso in questione, non essendo stati indicati in calce alla lettera di incarico, neppure successivamente, i nominativi degli investigatori esterni a quello originariamente incaricato, viene meno la utilizzabilità della relazione investigativa e dei dati in essa evincibili. Oltre alle intuibili conseguenze nello specifico giudizio, gli investigatori "A" e "B" potrebbero essere sanzionati dalle rispettive Prefetture per violazione degli adempimenti relativi al mandato tra agenzie; essere citati dinanzi al Garante privacy, il primo per aver violato il divieto di diffusione dei dati personali, ed il secondo per illecito trattamento a seguito di omessa informativa. Essi potrebbero inoltre essere chiamati a rispondere dei danni subiti dal committente a seguito della inutilizzabilità delle prove raccolte (che ragionevolmente porterà all'annullamento del licenziamento), in quanto tale evento è stato determinato da una loro negligenza professionale, vale a dire dal mancato rispetto della normativa di settore in materia di investigazione privata e di tutela dei dati personali.

Andrea Pedicone
*Consulente investigativo ed in privacy*

# CINQUANTA ANNI DI ESPERIENZA DEL PROCESSO DEL LAVORO

**Intervento al Convegno "*Il processo del lavoro compie 50 anni*" organizzato dalla RGL e dall'Università di Bari**

**SOMMARIO: 1.** L'art. 28 L. 300/1970 ed il suo ambito di applicazione – **2.** Un tentativo *in extremis* di rimettere in discussione la riforma del processo del lavoro – **3.** Il contesto politico e sociale nel quale la riforma del processo del lavoro, lo Statuto dei Lavoratori e la legge sulla giusta causa hanno affondato le proprie radici e si sono sviluppati

**1.** Consapevole dell'ora (sono, mi sembra, già le 13,10); che dopo il mio intervento, prima della pausa per il pranzo, ne sono programmati altri due; che dopo tre ore di convegno siamo tutti incontrovertibilmente stanchi e, comunque, incapaci di poter continuare a seguire con la necessaria attenzione ciò che viene detto, credo che la cosa migliore che io possa fare è, da un lato, ridurre drasticamente, del 90%, il mio intervento – riservandomi di esporne il nucleo essenziale nel testo scritto – dall'altro, cercare di ravvivare l'interesse dei partecipanti raccontando, a mo' di aneddoto, come nel lontano (se ben ricordo) 1972, la Fiom di Roma riuscì ad ottenere il cambiamento della giurisprudenza del Tribunale di Roma, in ordine alla proponibilità del ricorso *ex* art. 28 L. 300/1970 nel caso di comportamenti antisindacali plurioffensivi.

Singolare la storia di questo speciale procedimento d'urgenza. Era stato previsto nel disegno di legge governativo, all'art.20, mentre le iniziative parlamentari non contenevano alcuna disposizione analoga.

Il PCI, fin dalla discussione in Commissione, lo guardò con diffidenza. Era preoccupato che si potesse sostenere che, laddove c'era spazio per la tutela giudiziale, veniva meno la legittimità dell'autotutela sindacale.

Per questo, l'Onorevole Maris, nell'intervento in aula, propose un emendamento soppressivo di detto articolo e lo illustrò con queste parole: "*Noi ci preoccupiamo che se domani il Sindacato, di fronte ad un comportamento antisindacale del padrone, proclama un'azione diretta, il giudice possa dire: no, tu non potevi ricorrere a questa azione, in quanto l'ordinamento ti dà un'azione precisa, rivolta a quel preciso scopo, per cui tu, non avvalendoti di quello strumento ma facendoti ragione da solo, ti sei posto fuori della legge, nel campo dell'illegittimità.*

*È questa la ragione per cui noi riteniamo che sia più opportuno sopprimere senz'altro questa norma*".

L'emendamento venne poi, però, ritirato a seguito della dichiarazione del Sottosegretario Rampa che "*…l'Onorevole Ministro che in questo momento ho potuto … consultare*" gli aveva confermato che "*l'art. 20, di cui il Governo chiede la votazione nel testo approvato dalla Commissione, non significa affatto limitazione, alternativa o preclusiva di ogni altra diversa azione individuale e sindacale la cui libertà, del resto, viene riconosciuta e non compressa da questo articolo*".

Una volta entrato in vigore lo Statuto, fu, invece, la Confindustria non solo a guardare all'art. 28 con diffidenza ma anche a cercare di limitarne la portata in ogni modo.

Era, infatti, avvenuto che l'attribuzione al Pretore della competenza a conoscere della fase sommaria di questo procedimento si stava traducendo in una vera rivoluzione.

L'atteggiamento della generalità dei Pretori verso lo Statuto, infatti, non fu quello di tradi-

zionale distacco e neutralità tecnica bensì di piena adesione; la gran parte di loro era, inoltre, convinta che per non tradire la riforma non era sufficiente interpretare le norme in modo corretto ma era, altresì, assolutamente necessario garantirne la concreta applicazione con immediatezza e in tutti i modi e con tutti i mezzi consentiti, o, più esattamente, non vietati dall'ordinamento, così come aveva insegnato Chiovenda laddove, nei suoi "*Principi di diritto processuale civile*", aveva affermato che "*ogni modo di attuazione della legge (ed ogni mezzo esecutivo) che sia praticamente possibile e non sia contrario ad una norma generale o speciale di diritto deve ritenersi ammissibile*".

Di qui, la rivoluzione di cui si è detto: allorquando veniva depositato un ricorso *ex* art. 28 L. 300/1970, l'udienza si teneva effettivamente nei due giorni successivi (al più entro una settimana); le parti, i testimoni e gli informatori venivano convocati anche per via telefonica; le udienze si protraevano anche per tutta la giornata e talora proseguivano anche in orario notturno; l'accesso sul luogo di lavoro avveniva frequentemente; il rinvio dell'udienza era solo di pochi giorni; la decisione del ricorso si aveva entro una/due settimane, al più in un mese. Analoghi i tempi e le modalità di svolgimento della causa nel caso di ricorso *ex* art. 700 c.p.c., frequentemente concesso, esistendone i presupposti, anche *inaudita altera parte*.

Tutto questo appariva alla gran parte delle aziende inconcepibile, inaccettabile, sicché fu consequenziale il tentativo, portato avanti soprattutto dalla Confindustria, di limitare al massimo la possibilità di fare ricorso a questo procedimento.

Una delle strade fu quella di sostenere che il ricorso *ex* art. 28 era proponibile solo per tutelare diritti/situazioni giuridiche soggettive attive proprie dell'organizzazione sindacale, direttamente lese dal comportamento datoriale, e non già diritti individuali, anche se la lesione era avvenuta per ragioni di ritorsione sindacale.

In questo senso, si espressero molti giuristi di area confindustriale, *in primis* la Prof.ssa Maria Luisa Sanseverino (componente del Comitato di Direzione del *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*), in un famoso parere *pro veritate*, nonché numerosi articoli/note/commenti pubblicati in quella rivista.

Era questa, però, una tesi prima ancora che giuridicamente errata, controproducente sul piano economico, posto che è di assoluta evidenza che il danno provocato all'azienda da uno sciopero è certamente maggiore di quello che la stessa può subire a seguito di un provvedimento del Giudice che annulla una sanzione disciplinare, un trasferimento, una collocazione in CIGS, o che sanziona altrimenti la mancata erogazione di un trattamento economico, etc.

In un primo momento, l'interpretazione dell'art. 28 sostenuta dalla Confindustria fu condivisa da molti Tribunali, tra i quali quello di Roma; la gran parte dei Pretori, invece, era orientata nel senso di ritenere esperibile tale azione anche nel caso di comportamenti plurioffensivi.

È in questo contesto che si colloca il cambiamento di giurisprudenza del Tribunale di Roma, di cui ho fatto cenno.

Questa la vicenda.

La Fatme – un'importante azienda romana che occupava, se ben ricordo, più di 1.000 dipendenti – aveva irrogato una sanzione disciplinare conservativa (mi sembra, una multa) a quattro lavoratori attivisti sindacali.

A giudizio della Fiom, che io assistevo sul piano legale, i provvedimenti disciplinari era-

no illegittimi in quanto irrogati per ritorsione sindacale. Ritenemmo, però, che non fosse il caso di reagire in autotutela ma di chiedere al Giudice, con un ricorso *ex* art. 28 cit., la rimozione degli effetti di tali provvedimenti.

Il Pretore (era il Dott. F. Miani Canevari, che divenne, poi, in Cassazione, Presidente titolare della Sezione Lavoro) accolse il ricorso. Il suo decreto venne, però, opposto dinanzi al Tribunale dalla Fatme che ribadì, in sede di opposizione, l'improponibilità della domanda.

Il Tribunale di Roma, appena una settimana prima (Presidente del Collegio era il Dott. Blotta, un magistrato eccezionalmente bravo sotto il profilo tecnico giuridico), aveva accolto un'analoga opposizione proposta da un'altra azienda.

La Fiom non riteneva proprio giusto perdere la causa sotto questo profilo. Si trattava di trovare il modo e gli argomenti giusti per convincere il Tribunale che non doveva negarci il diritto di azione.

Concordai con Bruno Trentin la discussione che avrei dovuto fare di fronte al Collegio che si articolò essenzialmente, da un lato, nel difendere, a fondo, il diritto di sciopero, dall'altro, nell'illustrare i danni che il suo esercizio poteva provocare alle aziende e all'economia in generale.

A tale proposito, ricordai che l'accordo interconfederale sui licenziamenti individuali – che rimetteva ad uno speciale collegio di conciliazione e arbitrato la valutazione della giustificatezza degli stessi – all'art. 1 sottolineava che lo stesso era stato stipulato "*nel concorde intento di prevenire i licenziamenti individuali ingiustificati e possibilità di turbamenti in occasione*" degli stessi.

Conclusi la discussione dicendo che la Fiom era convinta di avere diritto di agire in giudizio e di ottenere una decisione nel merito; aggiunsi che rimaneva fermo, però, che ove il Tribunale avesse statuito che il Sindacato aveva, invece, solo la possibilità di agire in autotutela, il giorno in cui fosse stata pubblicata la sentenza, gli oltre 1.000 lavoratori della Fatme avrebbero fatto due ore di sciopero. Precisai che detta proclamazione di sciopero veniva fatta in udienza non già per esercitare una indebita pressione sul Tribunale, ma per avere, nei componenti del collegio, dei testimoni qualificati per attestare che lo sciopero era stato proclamato con congruo anticipo.

Il Tribunale, *re melius perpensa*, come ho già detto, cambiò il proprio orientamento, e ritenne pienamente ammissibile il ricorso.

* * *

**2.** Un'altra vicenda che a mio giudizio merita di essere ricordata – ed anche questa sembra un aneddoto – riguarda un tentativo portato avanti dalla Confindustria di rimettere in discussione, quando le linee fondamentali della riforma del processo del lavoro erano già state tracciate, le intese raggiunte (con non poche difficoltà) in sede parlamentare in ordine alla attribuzione al Pretore della competenza funzionale a conoscere delle controversie di lavoro.

L'occasione le fu offerta, su un piatto d'argento, dal Pretore di Milano, Romano Canosa, uno dei pretori, negli anni 70, più famosi di Italia, al quale ha appena fatto riferimento, nel suo intervento, la Prof.ssa Maria Vittoria Ballestrero.

Cosa era accaduto? Nel gennaio del 1971 questo magistrato – che, peraltro, in tutte le sue precedenti sentenze aveva sempre dimostrato grande equilibrio e di essere tecnicamente molto capace – dichiarò privo di giusta

causa il licenziamento intimato da un negoziante (titolare di una salumeria) a un proprio dipendente che intratteneva rapporti carnali con la moglie dello stesso, sul rilievo che detti rapporti avvenivano fuori dall'orario di lavoro. A tale proposito, si legge in sentenza quanto segue: "*Indubbiamente il comportamento*" del lavoratore "*è censurabile (anche se lo stesso, in sede di interrogatorio, ha dichiarato che i fatti erano accaduti soltanto a seguito delle insistenze della moglie del convenuto); ciononostante essendo gli stessi verificatisi al di fuori dell'orario di lavoro, non sembra legittimamente comminabile la sanzione del licenziamento in tronco. A parere del giudicante, invero, tutti gli elementi del rapporto di lavoro, nella fase attuale dello sviluppo economico-produttivo, presentano la caratteristica di essere svincolati da ogni contenuto <personalistico>, riducendosi ad uno scambio tra forza lavoro e salario*". Conseguentemente, condannò il negoziante a pagare l'indennità sostitutiva del preavviso.

Il clamore suscitato da questa sentenza fu enorme. La gran parte dei giuristi, anche quelli di sinistra, la criticò a fondo nel merito; Salvatore Satta la commentò duramente, soprattutto sotto il profilo morale e sociale, con un articolo pubblicato in "*Quaderni del diritto e del processo civile*" del 1972, dal titolo "*Le corna e il Pretore*"; Giuseppe Pera, con il suo solito e acuto senso dell'ironia, annotando adesivamente un'altra sentenza di Canosa (quella sull'applicabilità della L. 604/1966 allo pseudo-dirigente), trovò il modo di fare riferimento a questa sentenza, scrivendo che bisognava considerare che, dopo tutto "*ogni medaglia ha il suo rovescio in termini di amabile civiltà e di costumi*" e che faceva piacere pensare che "*il domestico di casa Canosa, ove esista, non ha nulla da temere*".

Ignazio Scotto – fondatore delle riviste ITALEDI, che aveva in passato ricoperto importanti incarichi governativi – commentò la sentenza con finalità del tutto diverse. Ed infatti, dopo averla annotata (in un articolo dal titolo "*La giusta causa di licenziamento*", apparso, se non mi sbaglio, nel numero 2/1972 del *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, la rivista della Confindustria), peraltro con argomentazioni in diritto niente affatto corrette, la prese a pretesto per concludere con queste parole, rivolte al futuro legislatore: "*è possibile che da noi e soltanto da noi i Pretori si debbano considerare legibus soluti, proprio in questo momento in cui c'è una larga (in verità poco comprensibile) tendenza ad allargare la sfera della loro competenza? È un problema grave nel quale il futuro legislatore prima di procedere oltre per tale via, se vorrà assicurare l'uniformità della giustizia (che poi è parte integrante della certezza del diritto) dovrà profondamente meditare*".

Queste conclusioni furono percepite come un chiaro attacco alla Riforma ed il Partito Socialista, che ne era uno dei principali sostenitori, mi chiese di replicare con durezza, con un articolo, pubblicato con grande risalto sull'"*Avanti!*", dal titolo "*Magistrati, corna e giusta causa*", nel quale si ribadiva la volontà di mantenere fermi gli accordi che erano stati faticosamente raggiunti in ordine all'attribuzione al Pretore della competenza funzionale a conoscere delle controversie di lavoro.

* * *

**3.** Il ricordo di queste due vicende non mi ha consentito, però, di affrontare quello che era il tema che avrei voluto trattare, e cioè il contesto politico-sociale nel quale la riforma del processo del lavoro, e ancora prima lo Statuto dei Lavoratori e la legge sulla giusta causa, alle quali detta riforma è profondamente

legata, e con le quali è strettamente intrecciata, hanno affondato le proprie radici, sono nate e si sono poi sviluppate. Mi riferisco, in particolare, agli anni che vanno all'incirca dalla nascita del centro-sinistra, nel lontano dicembre 1963, al 1980.

L'idea di dover parlare di questi anni mi è venuta in mente dopo aver letto un articolo/testimonianza (apparso sul n. 1/2022 di "*LavoroDirittiEuropa*", con il titolo "*Sul ruolo e sulla funzione del Giudice del Lavoro tra passato, presente e futuro*") di Salvatore Trifirò che, come noto, è uno dei più importanti avvocati "*datoriali*", che ha vissuto quegli anni in prima linea, da protagonista.

In questo articolo, dopo aver affermato che gli anni che vanno "*dal 1970 al 1980*" erano stati "*anni epici e travolgenti, caratterizzati da un clima sindacale con punte di estremismo terroristico*", ricorda, tra l'altro, che "*All'interno delle Aziende ... impiegati e dirigenti venivano spinti fuori dagli uffici dagli operai vocianti nei corridoi e costretti a marciare tra sberleffi, spinte, calci e minacce dalle frange estremiste dei CUB (Comitati Unitari di Base). Anche gli avvocati c.d. datoriali subivano quel clima .... Si andava in udienza al Palazzo di Giustizia e si era in prima linea: davanti ai Pretori progressisti (alias: i "Pretori d'assalto")*"; che "*Una mattina, a seguito di un'udienza del giorno prima relativa al licenziamento di un brigatista della Sit Siemens, in cui era stato chiamato come teste Mario Moretti (il componente del nucleo storico delle Brigate Rosse che partecipò al sequestro e all'assassinio dell'ex Presidente del Consiglio dei Ministri Aldo Moro)*" aveva trovato "*sotto casa la ... macchina ancora bruciante. Era stata data alle fiamme durante la notte insieme a quella dell'allora Direttore del Personale della Sit Siemens, Dott. Leone. Furono questi fra i primi attentati delle BR nel Nord Italia. Da lì in avanti fu un'escalation*"; che "*I giornali riportavano quotidianamente notizie agghiaccianti di agguati ed attentati*" e che lui stesso ne aveva subiti due, ai quali era scampato miracolosamente, "*dopo che Corso di Porta Vittoria, la via antistante al Palazzo di Giustizia di Milano, era stata tappezzata nottetempo di manifesti nei quali*" veniva "*ritratto insieme ai Giudici dell'allora Tribunale di Appello di Milano, come l'avvocato di punta della Confindustria*".

In effetti, le cose che Salvatore Trifirò riferisce sono, sotto il profilo fattuale, certamente vere. Ma sono assolutamente parziali, sicché l'immagine della realtà che ne emerge è un'immagine falsa. Salvatore Trifirò non dice, infatti, che i Sindacati Confederali hanno sempre condannato qualunque forma di violenza e che dietro la gran parte di quegli episodi, di quegli attentati e anche delle stragi che in quegli anni hanno insanguinato l'Italia, vi era una regia occulta; che la gran parte delle manifestazioni e delle proteste sindacali erano pacifiche ma, nel corso del loro svolgimento, venivano inquinate da facinorosi, violenti infiltrati per farle degenerare, con il fine di colpire il sindacato e, con lui, la democrazia. Si voleva, come denunciato già in quegli anni da Fim, Fiom e Uilm nel volumetto "*Repressione*", Tindalo Editore, 1970, "*impedire, con ogni mezzo, la crescita di un potere autonomo, capace di sconvolgere gli schieramenti tradizionali e di convogliare le spinte delle masse verso concreti obiettivi di riforma*". Si tentava "*di strumentalizzare ogni occasione per drammatizzare la situazione sociale ed economica del Paese, gettando discredito e impopolarità sui Sindacati*".

La verità è che il "*padronato*" (questo è il termine con il quale, in quegli anni, venivano

chiamati gli imprenditori ma che è opportuno, in questo contesto, continuare ancora oggi ad utilizzare) non intendeva accettare l'ingresso delle sinistre nel governo, una vera politica di riforme, la crescita del potere del Sindacato, che faceva paura in quanto, in quegli anni, si era trasformato da un'organizzazione di quadri ad un'organizzazione di un movimento, che trovava sempre più consenso tra i lavoratori, iscritti e non iscritti, e, più in generale, nel Paese.

Di qui, i ripetuti tentativi di colpire/distruggere l'immagine del Sindacato; gli attentati e le stragi attribuite agli opposti estremismi, ma in realtà realizzate con l'aperta complicità di pezzi deviati e di apparati dello Stato; la predisposizione l'organizzazione di una svolta autoritaria da realizzare, se necessario, anche attraverso un colpo di Stato (come, peraltro, avvenuto in Grecia, nel 1967).

È un discorso lungo, articolato e complesso, che non posso svolgere qui. Mi limito, pertanto, solo per bilanciare, in parte, le cose scritte da Salvatore Trifirò, a ricordare alcune vicende/fatti dei quali ho avuto diretta conoscenza o anche personale esperienza.

Nel giugno/luglio 1964, il Generale De Lorenzo, Comandante Generale dell'Arma dei Carabinieri, organizzò/predispose un colpo di Stato per costringere il PSI a rinunciare alle riforme più importanti che erano state concordate nel precedente programma di centro-sinistra. Il piano era denominato "*Piano Solo*", in quanto avrebbe dovuto essere realizzato dalla sola Arma dei Carabinieri (si prevedeva addirittura l'occupazione delle Prefetture e, nel caso di resistenza da parte del Prefetto, anche il suo arresto). La gran parte delle persone da arrestare e, quindi, deportare in Sardegna, nella base Gladio, erano quadri del Partito Comunista e Sindacalisti della CGIL. A tal fine, erano già stati raggiunti gli accordi con l'allora Capo di Stato Maggiore dell'Aeronautica Militare, Remondino, per il loro trasporto con mezzi aerei. Il piano non fu poi attuato solo perché i socialisti, alla fine, si piegarono.

Nel novembre 1964, si cercò di colpire l'immagine della FIOM di Roma e della CGIL, accusandole di spionaggio industriale, insinuando che veniva effettuato a favore dell'Unione Sovietica. Apparve, infatti, un articolo ad effetto sulla prima pagina de "*Il Tempo*" del 10 novembre, dal titolo "*SOVVERSIVI IN AZIONE NELLE FABBRICHE – La CGIL invita i lavoratori allo <spionaggio industriale>*". In effetti, era solo avvenuto che il Sindacato aveva cercato di acquisire, attraverso le proprie Sezioni Sindacali Aziendali, i dati necessari per condurre le trattative previste dal CCNL per la determinazione del premio di produzione, dati che le Aziende, quantunque tenute, non avevano dato. A tal fine, la Fiom di Roma predispose un questionario che io – che in quel periodo avevo appena iniziato a collaborare con il Sindacato – avevo contribuito a redigere.

Una notte del dicembre 1969, mentre erano in corso le trattative per il rinnovo del CCNL dei Metalmeccanici, il Ministro del Lavoro Donat Cattin informò i sindacalisti in quel momento presenti al Ministero che aveva avuto notizia di colonne di camion di uomini armati che muovevano dal Sud verso Roma. Fu un momento drammatico. Si doveva decidere cosa fare, anche in rapporto con i partiti. Bruno Trentin (erano passate le 23,00) chiese ad Ada Collidà, che all'epoca lavorava nell'ufficio economico della Fiom, e a me, che eravamo presenti lì al Ministero, di telefonare immediatamente lei a "*L'Unità*", io all'"*Avanti!*", dicendo di lasciare libera la prima pagina, perché, se la notizia fos-

se stata confermata, era possibile che il Sindacato decidesse di occupare le fabbriche. Per fortuna, la notizia non trovò conferma.

Nel luglio del 1970, Fim, Fiom e Uilm pubblicarono un volumetto dal titolo "*Repressione*", nel quale venivano, tra l'altro, riepilogati gli attentati effettuati nei confronti delle strutture sindacali/dei sindacalisti e dei due pesi e delle due misure che venivano utilizzate dalle forze di Pubblica Sicurezza e dagli organi dello Stato nei confronti degli operai e degli squadristi.

Nel 1972, subito dopo la stipula del rinnovo del CCNL dei Metalmeccanici, un'azienda di Padova, *La Precisa*, insieme alla locale Unione Industriali, in un momento di grande tensione sindacale, promosse una pesantissima causa di danni nei confronti di Fiom-Fim-Uilm Nazionali perché non si erano adoperate per impedire (come, a suo dire, avrebbero, invece, dovuto) la contrattazione aziendale su materie non delegate dal Contratto Nazionale. Si trattava di una causa di estrema importanza – basti pensare che questa è l'unica causa di cui Gino Giugni parla nel suo manuale di diritto sindacale (nelle edizioni del 1977 e del 1979) – sia sotto il profilo economico, sia perché rappresentava una frattura nei rapporti sindacali senza precedenti.

Nel novembre 1973, venne sferrato un fortissimo attacco all'integrità morale della CGIL. "*Il Giornale d'Italia*", infatti, pubblicò, in prima pagina, con un titolo cubitale a sei colonne, un articolo dal titolo "*CHIAMATI IN CAUSA I PURITANI DELLA CONFEDERAZIONE COMUNISTA – Per costruire la scuola della CGIL a Genzano 300 milioni dai <fondi neri>*" della Montedison. Naturalmente, era tutto falso. Lama e l'amministratore della CGIL querelarono il Direttore Responsabile e l'autore dell'articolo ed entrambi furono condannati. Per quanto mi riguarda, è stato l'unico processo penale al quale ho mai partecipato. PM era il Dott. Vittorio Occorso e quello fu uno degli ultimi processi che fece prima di essere assassinato.

Nel 1974, la paura del colpo di stato si fece di nuovo viva; molti dei dirigenti/quadri del Sindacato o dei partiti di sinistra dormivano frequentemente fuori casa. Ricordo che la paura era talmente diffusa che anche lo stesso Gino Giugni ne fu vittima. Un giorno che stavamo viaggiando insieme verso Bari, mi disse che voleva trovare un anello nel quale poter inserire una capsula di cianuro, da assumere nel caso in cui lo avessero arrestato perché aveva infinita paura di essere torturato e preferiva morire. Bruno Veneziani, che ho incontrato qui al convegno, mi ha detto che anche lui era a conoscenza di questo fatto.

Chiudo con una vicenda, un attentato, che mi ha riguardato direttamente. Nel gennaio 1979, i NAR – dopo aver lanciato un ordigno contro una sede del PCI del quartiere Monti, a Roma, e aver cercato di incendiare la sede de "*Il Messaggero*" – gettarono una bottiglia incendiaria nella stanza dell'ufficio legale FLM ove avevamo in corso una riunione. Solo grazie alla prontezza di uno dei presenti, che riuscì ad afferrare immediatamente un estintore e a spegnere l'incendio, si è evitato il peggio.

Anche questi sono, come ho detto, alcuni degli episodi che hanno caratterizzato quel periodo e dei quali non si può non tenere conto per una valutazione equilibrata di quegli anni. Ci sarà, comunque, un'altra occasione per parlarne più a fondo.

Bruno Cossu
*Avvocato Foro di Roma*
*Componente Commissione diritto del lavoro*

Il divieto del patto di quota lite, la differenza con il c.d. "Palmario"
e l'interpretazione della "*success fee*" nelle convenzioni con gli enti pubblici

# IL DIVIETO DEL PATTO DI QUOTA LITE, LA DIFFERENZA CON IL C.D. "PALMARIO" E L'INTERPRETAZIONE DELLA "*SUCCESS FEE*" NELLE CONVENZIONI CON GLI ENTI PUBBLICI

La tematica degli accordi sui compensi tra Avvocato e Cliente, in particolare con riguardo ai rapporti dei legali con le Pubbliche Amministrazioni, è divenuta di pressante attualità, anche in ragione della prassi, sempre più diffusa, per cui molti Enti Pubblici sono soliti stipulare, con i professionisti del libero foro, convenzioni che disciplinano il riconoscimento dei compensi attraverso una modulazione graduale caratterizzata dall'utilizzo sia di "*base fee*" che di "*success fee*" o con altre modalità comunque similari e/o sovrapponibili.

Al di là del profilo attinente all'applicazione della disciplina sull'equo compenso, che inevitabilmente necessita di una trattazione separata, l'aspetto controverso che sta emergendo attiene ai dubbi sull'eventuale legittimità di tali accordi sotto il profilo deontologico, con particolare riferimento al divieto di patto di quota lite che trova precipua disciplina *in primis* nell'art. 13 Legge Professionale (n. 247/2012) e conseguentemente nell'art. 25 del Codice Deontologico Forense. In particolare, il comma 4 dell'art. 13 L.P., con tenore identico al comma 2 dell'art. 25 CDF (che ne costituisce la diretta traslazione in campo deontologico), prevede espressamente che: "*2. Sono vietati i patti con i quali l'avvocato percepisca come compenso, in tutto o in parte, una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa*".

Posto che tale disposizione sancisce la sostanziale reintroduzione del tradizionale divieto del c.d. "patto di quota lite", vale la pena evidenziare sinteticamente come lo stesso si riferisca sicuramente ad una prima tipologia di "patto di quota lite", ravvisabile nell'ipotesi in cui l'Avvocato, quale pagamento del compenso professionale, si renda cessionario diretto del bene, o di parte del bene, oggetto della prestazione o del contenzioso nell'ambito del quale si svolge l'attività professionale in tal modo remunerata; fattispecie che, peraltro, a ben vedere, è sempre stata vietata esplicitamente, anche in ambito civilistico (anche durante la vigenza della "*riforma Bersani*"), stante il disposto, ancor più restrittivo, di cui all'art. 1261 c.c. che è sempre rimasto in vigore.

Analogamente vietata poi, seppur in maniera meno esplicita e comunque oggetto di alcuni dibattiti giurisprudenziali ma soprattutto dottrinali (a riprova del fervore che il tema tutt'oggi desta si cita la mozione n. 16 recentemente approvata al XXXV Congresso Nazionale Forense), è una seconda tipologia di patto di quota lite nella quale, costituendo il denaro (bene fungibile per eccellenza) il bene oggetto della "prestazione" o della "ragione litigiosa", le parti pattuiscono un compenso a percentuale, non tanto sul valore della pratica (come invece ammette espressamente l'art. 25 comma 1 CDF), bensì sul risultato concreto che sarà ottenuto all'esito del giudizio, rimandando quindi ad un momento futuro l'effettiva determinazione. Ciò in quanto una simile pattuizione deve ritenersi suscettibile di violare la *ratio* originaria del divieto di patto di quota lite e cioè la necessità di impedire che il rapporto dell'Avvocato con il cliente si trasformi da "professionale" ad "associativo", minando in tal modo le basi del principio di

indipendenza, cardine della deontologia forense.

Al riguardo è innanzitutto doveroso svolgere un chiarimento preliminare, atteso che, a volte, viene sostenuta la legittimità della pattuizione del compenso in percentuale sul risultato del giudizio, sulla scorta del criterio (contenuto sia al comma III dell'art. 13 L.P. che al comma I dell'art. 25 CDF) secondo cui è ammessa la pattuizione: "*...a percentuale sul valore dell'affare o su quanto si prevede possa giovarsene il destinatario della prestazione*"; ciò finendo per ipotizzare un'apparente contraddizione tra tale disposizione e il divieto ravvisabile nel comma seguente.

Sul punto va, in realtà, precisato, che un conto è utilizzare il valore della causa (*rectius*: dell'affare) e la previsione del possibile risultato come "mero parametro di quantificazione *ex ante*" in modo che, una volta così individuato l'ammontare del compenso, l'esigibilità dello stesso rimanga svincolata dagli esiti del giudizio (fattispecie perfettamente ammessa proprio in forza di tale disposizione deontologica); cosa completamente diversa[1] è, invece, quantificare il compenso in proporzione al risultato concreto della causa, soprattutto condizionando il sorgere del diritto all'esito positivo della stessa ed andando ad integrare la seconda tipologia di patto di quota lite che, in base all'applicazione dei citati principi normativi in materia (e relativi orientamenti giurisprudenziali più avanti citati), può ragionevolmente ritenersi vietata.

Posto che, pertanto, il patto di quota lite costituisce in linea di massima un accordo di per sé non ammesso e quindi rilevante sul piano disciplinare (nei termini sopra esposti), la disputa attuale ha ad oggetto l'eventuale legittimità di una pattuizione che preveda una doppia tipologia di compenso, composto da una parte fissa (che nelle citate convenzioni viene spesso definita "*base fee*") ed una parte variabile, indicizzata in percentuale al risultato (quasi sempre espresso in termini pecuniari) del giudizio patrocinato (c.d. "*success fee*"). Il dubbio, legittimo, è se tale seconda, parziale, pattuizione, viste le sue peculiarità, possa configurarsi come autonomo patto di quota lite – e quindi rivelarsi vietata – oppure, non rappresentando la totalità del compenso, possa essere piuttosto ricondotta nell'alveo del c.d. "palmario", storicamente ritenuto ammissibile perché costituente una sorta di "premio" (per il pregio dell'attività svolta ed anche per il valente risultato ottenuto) che, in quanto "aggiuntivo" e non "sostitutivo" del compenso, non determina quella trasformazione del rapporto da "professionale" ad "associativo" che è alla base del divieto del patto di quota lite.

Ad avviso di chi scrive, un'interpretazione equilibrata della ratio del divieto *de quo*, fornita anche alla luce dei precedenti più significativi in materia[2] (al netto di altri, comunque da citare, ma che appaiono meno rilevanti poiché attinenti a fatti *ante* riforma[3]), sembra

[1] Sul punto vedasi: Trib. Bologna Sez. II Sentenza 12 giugno 2020, n. 881, su Banche dati editoriali "De Jure".

[2] Cass. Civ., Sez. I, 30 gennaio 2020, n. 2135 su Banche dati editoriali "De Jure"; Trib. Milano, Sez. I, 10 giugno 2019, n. 5548 su Banche dati editoriali "De Jure"; CNF, 4 febbraio 2022, n. 17 su *www.codicedeontologico-cnf.it.*

[3] Cass. Civ., Sez. II, 26 aprile 2012, n. 6519 su Banche dati editoriali "De Jure"; CNF, 15 marzo 2010, n. 11 su *www.consiglionazionaleforense.it*; CNF, 30 dicembre 2013, n. 225 su *www.anfpescara.it*; CNF, 31 dicembre 2015, n. 260 su *www.consiglionazionaleforense.it*

far propendere per la soluzione meno restrittiva, considerato che in tema di compensi professionali, è stato affermato che **non sussiste il patto di quota lite**, non solo nel caso di convenzione che preveda il pagamento al difensore sia in caso di vittoria che di esito sfavorevole della causa, di una somma di denaro (anche se in percentuale all'importo, riconosciuto in giudizio alla parte) non in sostituzione, bensì in aggiunta all'onorario, a titolo di premio (cosiddetto "palmario"), o di compenso straordinario per l'importanza e difficoltà della prestazione professionale, **ma anche quando la pattuizione del compenso al professionista, ancorché limitato agli acconti versati, sia sostanzialmente, seppur implicitamente, collegata all'importanza delle prestazioni professionali od al valore della controversia e non in modo "*totale o prevalente*" all'esito della lite**.

Nella fattispecie ipotizzata, pertanto, la presenza di un corrispettivo fisso non ancorato agli esiti della lite, sembra autorizzare la riconducibilità del compenso aggiuntivo nell'alveo del c.d. "palmario", evitando quindi di qualificarlo come un autonomo patto di quota lite e ritenendolo, pertanto, non disciplinarmente rilevante.

Quanto sopra, però, con alcune doverose precisazioni, essendo essenziale in tal senso – oltre ovviamente ad una pattuizione scritta, chiara ed esaustiva – innanzitutto che il compenso "base" non sia di entità così bassa da rivelarsi irrilevante e/o insignificante rispetto all'incidenza di quello aggiuntivo (la Suprema Corte, come visto, ribadisce che il collegamento con il risultato della lite non deve essere "*né totale,* ***né prevalente***"), il che, ovviamente, farebbe venir meno la *ratio* fondante nel ragionamento logico sopra svolto, determinando probabilmente la ricaduta sostanziale di tale pattuizione nell'alveo del patto di quota lite; in secondo luogo è necessario che il compenso convenuto risulti comunque conforme al disposto di cui all'art. 29 comma 4 CDF e che quindi non si riveli all'atto pratico "*manifestamente sproporzionato all'attività svolta o da svolgere*". Infine, può essere utile ricordare, come la Corte di Cassazione, abbia di recente chiarito che il cd. "palmario" costituisce una componente aggiuntiva del compenso riconosciuta dal cliente all'avvocato in caso di esito favorevole della lite, a titolo di premio o di compenso straordinario per l'importanza e la difficoltà della prestazione professionale, e **come tale è soggetto agli obblighi fiscali previsti dalla legge ed al relativo obbligo di fatturazione, la cui inosservanza integra illecito disciplinare per violazione degli artt. 16 e 29, comma 3, del codice deontologico forense**[4].

Marco Tocci
*Avvocato del Foro di Roma*
*Componente Struttura Deontologica*

[4] Cass., Sez. Un., 8 giugno 2023, n. 16252 su Banche dati editoriali "De Jure".

Sulle conseguenze discendenti dalla omessa riassunzione, a seguito della pronuncia della Corte di Cassazione, sull'illecito disciplinare

# SULLE CONSEGUENZE DISCENDENTI DALLA OMESSA RIASSUNZIONE, A SEGUITO DELLA PRONUNCIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, SULL'ILLECITO DISCIPLINARE

**SOMMARIO: 1.** La applicabilità dell'art. 392 c.p.c. al procedimento disciplinare in ipotesi di annullamento con rinvio della sentenza del CNF – **2.** Gli effetti della mancata riassunzione. La natura amministrativa (e giudiziale speciale) del procedimento disciplinare di primo grado. La natura giurisdizionale del procedimento avanti il CNF. La definitività della decisione del CDD – **3.** Il riparto della giurisdizione tra CNF e giudice amministrativo in ipotesi di esecuzione del giudicato amministrativo costituito dalla applicazione da parte del COA della sanzione irrogata dal CDD. L'eventuale impugnazione del provvedimento del COA.

****

***1. La applicabilità dell'art. 392 c.p.c. al procedimento disciplinare in ipotesi di annullamento con rinvio della sentenza del CNF***

L'art. 392, 1° co., c.p.c. – *Riassunzione della causa* – prevede che: "*la riassunzione della causa davanti al giudice di rinvio può essere fatta da ciascuna delle parti non oltre tre mesi dalla pubblicazione della sentenza della Corte di Cassazione*".

Diversamente, l'art. 623 c.p.p., 1° co., – *Annullamento con rinvio* – prevede che:

*1. Fuori dei casi previsti dagli articoli 620 e 622*

*a) se è annullata un'ordinanza, la corte di cassazione dispone che gli atti siano trasmessi al giudice che l'ha pronunciata, il quale provvede uniformandosi alla sentenza di annullamento [173 att.];*

*b) se è annullata una sentenza di condanna nei casi previsti dall'articolo 604, commi 1 e 4, la Corte di cassazione dispone che gli atti siano trasmessi al giudice di primo grado;*

*b-bis) se è annullata una sentenza di condanna nei casi previsti dall'articolo 604, comma 5 bis, la Corte di cassazione dispone che gli atti siano trasmessi al giudice del grado e della fase in cui si è verificata la nullità o, nei casi previsti dall'articolo 604, comma 5 ter, al giudice del grado e della fase nella quale può essere esercitata la facoltà dalla quale l'imputato è decaduto, salvo risulti che l'imputato era a conoscenza della pendenza del processo e nelle condizioni di comparire in giudizio prima della pronuncia della sentenza impugnata;*

*c) se è annullata la sentenza di una corte di assise di appello o di una corte di appello ovvero di una corte di assise o di un tribunale in composizione collegiale, il giudizio è rinviato rispettivamente a un'altra sezione della stessa corte o dello stesso tribunale o, in mancanza, alla corte o al tribunale più vicini [175 att.];*

*d) se è annullata la sentenza di un tribunale monocratico o di un giudice per le indagini preliminari, la corte di cassazione dispone che gli atti siano trasmessi al medesimo tribunale; tuttavia, il giudice deve essere diverso da quello che ha pronunciato la sentenza annullata.*

La differenza è sostanziale: nel processo penale la trasmissione degli atti al giudice di appello è ordinata dalla corte ed avviene, pertanto, d'ufficio, nel processo civile la riassunzione della causa avanti il giudice del rinvio avviene su impulso di parte.

Sulle conseguenze discendenti dalla omessa riassunzione, a seguito della pronuncia della Corte di Cassazione, sull'illecito disciplinare

In quest'ultima ipotesi, *ex* art. 393 c.p.c., "*se la riassunzione non avviene entro il termine di cui all'articolo precedente, o si avvera successivamente a essa una causa di estinzione del giudizio di rinvio, l'intero processo si estingue*".

Secondo l'ordinamento professionale (legge e regolamenti):

- il procedimento disciplinare si svolge secondo i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 10, co. 2 e 3, Reg. CNF 2/2014; art. 972 Cost.).
- avanti al CDD si applicano, ove compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale (per quanto non diversamente disciplinato).
- avanti al CNF (giudice dell'impugnazione), per contro, si applicano, ove compatibili, le disposizioni del codice di procedura civile (per quanto non diversamente disciplinato).
- restano fuori dal perimetro del processo disciplinare le garanzie del giusto processo (art. 111 Cost.).

Dal che consegue che, in ipotesi di annullamento della Corte Suprema della sentenza del CNF, la regola processuale da applicarsi è quella somministrata dall'art. 392 c.p.c., con estinzione del processo, qualora non riassunto nei termini, ad iniziativa di parte, avanti il giudice del rinvio.

Si vedrà, qui di seguito, cosa deve intendersi per estinzione del processo e quali siano gli effetti concreti conseguenti alla mancata riassunzione.

***2. Gli effetti della mancata riassunzione. La natura amministrativa (e giudiziale speciale) del procedimento disciplinare di primo grado. La natura giurisdizionale del procedimento avanti il CNF. La definitività della decisione del CDD***

Secondo la Corte di Cassazione:

- nella prima fase (avanti al CDD), il procedimento disciplinare ha natura amministrativa e si conclude con un atto che ha forma, natura e sostanza di provvedimento amministrativo (Cass., SS.UU. civ., n. 20685/2018);
- quest'ultimo, tuttavia, diviene poi il presupposto di un successivo procedimento che, solo dall'impugnazione, avanti al CNF, assume natura e funzione propriamente giurisdizionali (Cass., SS.UU. civ., n. 34476/2019);
- più ampiamente, è stata invero precisata la conseguita attualità del disegno di riconformazione ordinaria anche della legge speciale in esame rispetto al ricorso avanti alle Sezioni unite, come parte di un riordino normativo per cui "*nel procedimento disciplinare a carico degli avvocati trovano applicazione, quanto alla procedura, le norme particolari che, per ogni singolo istituto, sono dettate dalla legge professionale e, in mancanza, dal codice di procedura civile, mentre le norme del codice di procedura penale si applicano soltanto nelle ipotesi in cui la legge professionale vi faccia espresso rinvio, ovvero allorché sorga la necessità di applicare istituti che hanno il loro regolamento esclusivamente nel codice di procedura penale*" (Cass., Sez. Un., 412/2020).

Si è visto che l'art. 393 c.p.c. stabilisce che, in ipotesi di cassazione con rinvio, sia la mancata sia la tardiva riassunzione rispetto al termine di cui all'art. 392 c.p.c. (entro tre mesi dalla pubblicazione della sentenza della Corte di Cassazione) determinano l'estinzione "*dell'intero processo*", con conseguente caducazione delle sentenze emesse nel corso dello stesso, permanendo solo l'effetto vincolante del principio di dritto, che non viene meno nell'eventuale nuovo processo instaurato con la riproposizione della domanda.

## Sulle conseguenze discendenti dalla omessa riassunzione, a seguito della pronuncia della Corte di Cassazione, sull'illecito disciplinare

La Corte, a Sezioni Unite, con la sentenza n. 17938/2008, ha chiarito che la riassunzione del giudizio disciplinare davanti al Consiglio nazionale forense, a seguito di sentenza di cassazione con rinvio deve essere compiuta secondo il disposto dell'art. 392 c.p.c., su impulso della parte processuale, con la conseguenza che l'eventuale riassunzione disposta d'ufficio dal medesimo Consiglio è inammissibile e non impedisce l'estinzione del processo ai sensi dell'art. 393 c.p.c., in quanto il modello di riferimento procedurale è quello civilistico/dispositivo, in assenza, nell'ambito della legge speciale forense, di una specifica disposizione regolante le modalità di proposizione del giudizio di riassunzione e non essendo consentito riconoscere o attribuire al giudice terzo, in via interpretativa, spazi per iniziative di ufficio, della cui legittimità dovrebbe dubitarsi anche in presenza di una espressa norma di legge.

Sugli effetti dell'estinzione del processo sull'atto (amministrativo) costituente l'oggetto dell'impugnazione, la Corte di legittimità ha ribadito in varie occasioni, in ambito di contenzioso tributario (strutturato secondo il modello della natura impugnatoria dell'atto impositivo, di natura amministrativa e non processuale), che "*l'estinzione del giudizio comporta la definitività dell'avviso di accertamento impugnato, giacché quest'ultimo non è un atto processuale, ma l'oggetto dell'impugnazione*" (Cass. 5044/2008; Cass. 16689/2013; Cass. 556/2016; Cass. 32276/2018; Cass. 25014/2021; Cass. 7444/2022).

Le norme sul procedimento disciplinare degli avvocati non prevedono una specifica procedura di riassunzione.

Tuttavia, va rilevato che il R.D. n. 37 del 1934, art. 67, u. c., inserito nel titolo 2°, che reca la disciplina "*Dei procedimenti davanti ai Consigli dell'ordine degli avvocati e dei procuratori e davanti al Consiglio nazionale forense. Del ricorso alle sezioni unite della Corte di cassazione*", contiene una norma di chiusura, in forza della quale "*Si osservano, per il rimanente, le disposizioni, in quanto applicabili, del procedimento davanti alla Corte di Cassazione in materia civile*".

Quindi, il modello di riferimento procedurale è quello civilistico/dispositivo.

Il R.D.L. n. 1578 del 1933, art. 56, u.c., prevede che in "*caso di annullamento con rinvio, il rinvio è fatto al Consiglio nazionale forense, il quale deve conformarsi alla decisione della Corte circa il punto di diritto sul quale essa ha pronunciato*".

Il fatto che il rinvio sia fatto al giudice "*a quo*" non sta a significare che questo venga investito del potere di riassumere di ufficio il processo.

Infatti, la norma che disciplina la cassazione con rinvio nel codice di procedura civile, adotta la stessa formula (art. 383 c.p.c.: "*la Corte... rinvia la causa ad altro giudice*"), ma poi la riassunzione deve avvenire su impulso di parte, ai sensi dell'art. 392 c.p.c.

In alcune decisioni risalenti è stato affermato l'opposto principio delle riassumibilità di ufficio del processo disciplinare a carico di avvocati.

In particolare, è stato affermato "*nei procedimenti dinanzi al consiglio nazionale forense, regolati dalle disposizioni del R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578, e del R.D. 22 gennaio 1934, n. 37, (e successive modificazioni), la riassunzione del giudizio in sede di rinvio, dopo la pronuncia di cassazione resa dalle sezioni unite della suprema corte, è affidata all'iniziativa del medesimo consiglio e non richiede un atto riassuntivo di parte*" (Cass. 6781/1983), in quanto può essere surrogato dalla iniziativa dello stesso consiglio (Cass. 2953/1964).

Questa interpretazione, però, costruita sulla base di indici sistematici non determinanti (noti-

fiche e comunicazioni di ufficio delle decisioni) appare oggi anacronistica ed in contrasto con il principio del giusto processo e della terzietà del giudice, espressamente introdotto nel nostro ordinamento (art. 111 Cost., comma 2) con legge costituzionale n. 2/1999.

La stessa Corte di Cassazione, infatti, ha già avuto modo di precisare che "*nel giudizio di impugnazione delle decisioni del Consiglio Nazionale Forense dinanzi alla Corte di Cassazione, contraddittori necessari – in quanto unici portatori dell'interesse a proporre impugnazione e a contrastare l'impugnazione proposta – sono unicamente il soggetto destinatario del provvedimento impugnato, il Consiglio dell'ordine locale che ha deciso in primo grado in sede amministrativa ed il Pubblico Ministero presso la Corte di Cassazione, mentre tale qualità non può legittimamente riconoscersi al Consiglio Nazionale Forense, per la sua posizione di terzietà rispetto alla controversia, essendo l'organo che ha emesso la decisione impugnata*" (Cass. 9075/2003; conf. 18771/2004).

Così pure, è stato più volte ribadito che "*nei procedimenti disciplinari relativi agli avvocati si devono seguire, quanto alla procedura, le norme particolari che per ogni singolo istituto sono dettate dalla legge professionale e, in mancanza, quelle del codice di procedura civile, mentre le norme del codice di procedura penale si applicano soltanto nelle ipotesi in cui la legge professionale faccia espresso rinvio ad esse, ovvero allorché sorga la necessità di applicare istituti che hanno il loro regolamento esclusivamente nel codice di procedura penale*" (Cass. 10995; conf. 558/1998).

In questo quadro ricostruttivo del sistema e della dialettica del rapporto processuale, non è consentito riconoscere o attribuire al giudice terzo, in via interpretativa, spazi per iniziative di ufficio, della cui legittimità dovrebbe dubitarsi anche in presenza di una espressa norma di legge.

In definitiva, la riassunzione del giudizio disciplinare dinanzi al Consiglio nazionale forense a seguito di sentenza di cassazione con rinvio, pronunciata dalle SS.UU. della Corte Suprema di Cassazione, deve essere fatta ai sensi dell'art. 392 c.p.c., con la conseguenza che l'eventuale riassunzione di ufficio fatta dallo stesso Consiglio nazionale forense è inammissibile e non impedisce l'estinzione del processo ai sensi dell'art. 393 c.p.c.

L'estinzione, come appena ricordato, non travolge l'atto amministrativo di irrogazione della sanzione, che è l'oggetto del processo impugnatorio estinto.

Nella materia tributaria, simmetricamente, si afferma che l'estinzione del giudizio impugnatorio tributario, all'esito della cassazione con rinvio della sentenza di merito e dell'omessa riassunzione del giudizio, comporta la definitività dell'avviso di accertamento che ne costituisce l'oggetto (Cass. 3040/2008 e 8765/2008; Cass. 21143/2015; Cass. 569/2016; Cass. 5223/2019).

In conclusione, nel caso di mancata riassunzione, su impulso di parte, della sentenza annullata da parte della Corte di Cassazione l'effetto sarà la definitività della decisione avanti il Consiglio Distrettuale di Disciplina.

### *3. Il riparto della giurisdizione tra CNF e giudice amministrativo in ipotesi di esecuzione del giudicato amministrativo costituito dalla applicazione da parte del COA della sanzione irrogata dal CDD. L'eventuale impugnazione del provvedimento del COA*

Per l'esecuzione della sanzione è competente il Consiglio dell'Ordine al cui albo o registro è iscritto l'incolpato (art. 62, co. 3, l. n. 247/2012).

Le modalità dell'esecuzione variano a seconda che si tratti di "*sanzioni formali*" (avver-

timento e censura) ovvero di "*sanzioni sostanziali*" (sospensione e radiazione):

***a)*** nel caso di "*sanzioni formali*" (avvertimento e censura), l'esecuzione consiste nell'inserimento della decisione disciplinare nel fascicolo personale dell'iscritto (art. 35, co. 3, reg. CNF *cit.*);

***b)*** nel caso di "*sanzioni sostanziali*" (sospensione e radiazione), il Presidente del COA di appartenenza dell'iscritto sanzionato provvede (art. 62 legge 247/2012 e art. 35, co. 3, reg. CNF *cit.*):

*1)* a comunicare al sanzionato la data di decorrenza dell'esecuzione della sanzione (nonché, nel caso di sospensione, anche quella finale, detraendo l'eventuale "*presofferto*" cautelare), a mezzo PEC o raccomandata inviata nel domicilio professionale del sanzionato stesso ed in quello dell'eventuale suo difensore;

*2)* a comunicare l'esecutività della sanzione:

*i)* ai capi degli uffici giudiziari del distretto ove ha sede il Consiglio stesso dell'Ordine,

*ii)* a tutti gli iscritti agli albi e registri tenuti dal Consiglio dell'Ordine stesso (tale ultima previsione normativa non è stata riprodotta nel reg. CNF *cit.*),

*iii)* a tutti gli altri Consigli dell'Ordine;

*3)* ad affiggere copia di detta comunicazione presso gli uffici del Consiglio dell'Ordine;

*4)* ad inserire la decisione disciplinare nel fascicolo personale dell'iscritto.

La questione che ora si pone è costituita dai rimedi consentiti dall'ordinamento in ipotesi di ritenuta illegittimità del provvedimento del presidente del COA che dia esecuzione alla decisione del CDD per intervenuta estinzione del procedimento giurisdizionale e riviviscenza del procedimento amministrativo conclusosi con l'irrogazione della sanzione (amministrativa) determinata dal Consiglio Distrettuale.

La premessa logico-giuridica è che l'incolpato ritenga illegittimo il provvedimento adottato dal presidente del COA e ne chieda, pertanto, l'annullamento, contestandone il presupposto (la sanzione applicata).

Va specificato che oggetto dell'eventuale impugnazione è l'atto amministrativo con il quale il presidente del COA comunica l'esecutività della sanzione, la quale, invece, ne costituisce il presupposto, e la cui eventuale illegittimità andrà accertata *incidenter tantum* dal giudice del gravame.

È escluso, pertanto, l'effetto demolitorio della sanzione amministrativa irrogata dal CDD, in virtù della regola somministrata dall'art. 393 c.p.c., ma va valutata, esclusivamente, la legittimità dell'atto monocratico adottato dal presidente del COA che dà esecuzione a quella determinata sanzione.

Sul punto va ricordato che le funzioni esercitate in materia disciplinare dai Consigli degli ordini territoriali, e il relativo procedimento, come si è detto, hanno natura amministrativa e non giurisdizionale, come affermato, tra le altre, da Cass., Sez. Un. 6295/2003; Cass., Sez. Un. 9097/2005; Cass., Sez. Un. n. 20843/2007; Cass., Sez. Un. 23593/2020; Cass., Sez. Un. 8777/2021.

In particolare, è stato sottolineato (Cass., Sez. Un. 10688/2002) che i Consigli locali svolgono i relativi compiti nei confronti dei professionisti che formano l'ordine forense, quindi all'interno del gruppo che essi costituiscono e per la tutela della classe professionale, cosicché la funzione disciplinare che a tali organi compete è, dunque, manifestazione di un potere amministrativo attribuito dalla legge per l'attuazione del rapporto che si instaura con l'appartenenza all'ordine, il quale stabilisce comportamenti conformi ai fini che intende perseguire.

## Sulle conseguenze discendenti dalla omessa riassunzione, a seguito della pronuncia della Corte di Cassazione, sull'illecito disciplinare

Le Sezioni Unite hanno affermato (Cass., Sez. Un. 16993/2017; conf. Cass., Sez. Un. 19030/2021) che anche l'organo distrettuale di disciplina ha una funzione sicuramente amministrativa, ma di natura "*giustiziale*", anche se non giurisdizionale, caratterizzata da elementi di terzietà valorizzati sia dal peculiare sistema elettorale, sia dalle specifiche garanzie d'incompatibilità, astensione e ricusazione (art. 3 reg. elett.; art. 6-9 reg. disc.).

È stato evidenziato come, con la Riforma forense, si sia accentuata "*la separazione tra il COA, quale organo di vigilanza deontologica e di esecuzione delle sanzioni, e il CDD, quale organo titolare del potere disciplinare*" (sent. n. 16993 cit.).

Come ribadito dalla Corte Suprema "*a norma del R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578, artt. 24, 31, 35, 37, 50 e 54, sono devolute alla giurisdizione del Consiglio nazionale forense tutte le controversie relative alla iscrizione, al rifiuto di iscrizione, nonché alla cancellazione dall'albo professionale degli avvocati, così come quelle relative all'esercizio del potere disciplinare nei confronti dei medesimi*" (Cass., Sez. Un. 25831/2007) e "*a norma della l. n. 247 del 2012, art. 36 – il quale riproduce, nella sostanza, una disposizione già precedentemente in vigore perché contenuta nel R.D.L. n. 1578 del 1933 – spetta al Consiglio Nazionale Forense la competenza a conoscere dei ricorsi avverso i provvedimenti di iscrizione, di diniego di iscrizione e di cancellazione dall'albo professionale degli avvocati, emessi dai Consigli dell'Ordine degli avvocati, così integrandosi una ipotesi di giurisdizione speciale*" (Cass., Sez. Un. 34429/2019; conf. Cass., Sez. Un. 16548/2020).

Tuttavia, nel caso di specie, non si tratta di risolvere la questione relativa alla definitività della sanzione disciplinare comminata dal giudice distrettuale, ma di conoscere della eventuale illegittimità del provvedimento del presidente del COA che quell'atto, ormai irretrattabile, presupponga.

Non si tratta, pertanto, di controversie relative:

- *alla iscrizione o al rifiuto di iscrizione*,
- *alla cancellazione dall'albo professionale degli avvocati*,
- *all'esercizio del potere disciplinare nei confronti dei medesimi*.

La giurisdizione appare, quindi, quella generale di legittimità, di cui all'art. 7, comma 4, c.p.a. ("*Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma*"), nell'ambito della quale vengono in rilievo, di regola, le posizioni di interesse legittimo a fronte di fattispecie in cui la pubblica amministrazione agisce in via autoritativa, nell'esercizio di un potere pubblico.

Nei casi di giurisdizione di legittimità, la decisione sugli interessi legittimi può comportare (art. 8 c.p.a.) la necessità di una pronuncia, in via incidentale, senza efficacia di giudicato, rispetto a diritti soggettivi, salvo le materie escluse di cui al 2° comma della stessa disposizione (questioni di stato, capacità delle persone ed incidenti di falso).

Al comma 2 del successivo art. 34 c.p.a. si dispone che, salvo quanto previsto "*dall'art. 30, comma 3, il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento di cui all'art. 29*".

Deve poi rilevarsi che, ai sensi dell'art. 8 c.p.a., *Cognizione incidentale e questioni pregiudiziali*, il giudice amministrativo "*nelle materie in cui non*

## Sulle conseguenze discendenti dalla omessa riassunzione, a seguito della pronuncia della Corte di Cassazione, sull'illecito disciplinare

*ha giurisdizione esclusiva conosce, senza efficacia di giudicato, di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale 2. Restano riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso*".

In sostanza, il giudice amministrativo deve essenzialmente considerarsi titolare del potere di conoscere sia le questioni pregiudiziali sia le questioni principali allo stesso devolute, come rientranti nella sua giurisdizione, pur se le determinazioni relative alle questioni pregiudiziali concernenti diritti non possano assumere efficacia di giudicato, che deve essere limitato alla questione principale. La previsione normativa afferisce più propriamente a quelle ipotesi in cui il giudice amministrativo non sia in grado di conoscere *incidenter tantum* una questione pregiudiziale, perché riservata ad altro giudice e/o già sottoposta al suo esame, con conseguente necessità per lo stesso di sospensione del processo dinanzi ad esso stesso pendente, *ex* art. 79 c.p.a., processo che sarà proseguito all'esito della definizione giudiziale della pregiudiziale da parte del giudice competente.

Si ha, invero, un'eccezione al principio secondo cui al giudice amministrativo è ammessa la pronuncia *incidenter tantum* anche su questioni relative a diritti, qualora la loro soluzione si atteggi come pregiudiziale necessaria per la decisione che gli è richiesta (Cons. St., Sez. V, 13.9.1999 n. 1052).

Nel caso di specie, il giudice amministrativo, qualora investito della azione di annullamento dell'atto assunto dal COA circondariale in materia di esecuzione della sanzione disciplinare potrà conoscere, *incidenter tantum* della sua legittimità.

Diversamente, l'azione di annullamento dell'atto anzidetto non rientra nella competenza speciale devoluta al CNF, per come, testualmente, si ricava dall'art. 36, l. n. 247 del 2012.

Difatti, l'atto con il quale il presidente del COA comunica all'incolpato, ed agli enti preposti, la esecuzione della sanzione irrogata dal CDD non ha natura disciplinare, ma, esclusivamente, amministrativa, proprio in ragione del fatto che le Sezioni Unite hanno affermato (Cass., Sez. Un. 16993/2017; conf. Cass., Sez. Un. 19030/2021), come sopra ricordato, che soltanto l'organo distrettuale di disciplina ha una funzione anche "*giustiziale*", anche se non giurisdizionale, mentre la Riforma forense, ha accentuato "*la separazione tra il COA, quale organo di vigilanza deontologica e di esecuzione delle sanzioni, e il CDD, quale organo titolare del potere disciplinare*" (sent. n. 16993 cit.).

Esclusa, pertanto, la giurisdizione domestica, in quanto l'esecuzione della sanzione non ha natura "*giustiziale*", ma amministrativa e, in ogni caso, il CNF può conoscere, in *subiecta materia*, soltanto dei provvedimenti emessi dagli organi disciplinari distrettuali (quali non sono i COA), l'unica giurisdizione, in concreto applicabile all'atto amministrativo che pone in esecuzione la decisione del CDD, è quella generale di legittimità, di cui all'art. 7, comma 4, c.p.a., trattandosi di controversia relativa ad un atto della pubblica amministrazione venendo in rilievo, la posizione di interesse legittimo dell'incolpato/giudicato a fronte di fattispecie in cui la pubblica amministrazione agisce in via autoritativa, nell'esercizio di un potere pubblico, quale quello somministrato dall'art. 62, co. 3, l. n. 247/2012.

Carlo Arnulfo
*Avvocato del Foro di Roma*
*Componente Commissione Deontologia*

Il compenso del professionista nominato per svolgere le funzioni di OCC e di liquidatore nell'ambito delle procedure di liquidazione del patrimonio e liquidazione controllata

# IL COMPENSO DEL PROFESSIONISTA NOMINATO PER SVOLGERE LE FUNZIONI DI OCC E DI LIQUIDATORE NELL'AMBITO DELLE PROCEDURE DI LIQUIDAZIONE DEL PATRIMONIO E LIQUIDAZIONE CONTROLLATA[1]

Nell'ambito di una procedura di liquidazione del patrimonio *ex* l. 3/2012, il Tribunale di Frosinone ha recentemente emesso un'interessante sentenza, statuendo circa l'entità del compenso del professionista nominato per svolgere le funzioni dell'OCC, tanto per la fase precedente all'apertura della liquidazione che per le successive attività liquidatorie.

Con una trattazione molto attenta ed analitica, il giudice delegato non si è limitato a chiarire soltanto l'aspetto legato alla mera quantificazione matematica del compenso del professionista, bensì ha analizzato una tematica molto più profonda, legata alla natura stessa del compenso (*rectius*, per ciò che si dirà, dei compensi) del professionista, arrivando a comparare la normativa in materia di sovraindebitamento con le disposizioni applicabili alle procedure c.d. "*maggiori*" e, nello specifico, la figura del liquidatore e quella del curatore.

La *questio facti* verte sul compenso che deve essere riconosciuto al professionista che ha svolto con diligenza e responsabilità le funzioni di OCC, vuoi nella fase precedente al deposito del ricorso in Tribunale, vuoi successivamente, quale liquidatore.

Nella fattispecie specifica il professionista non ha previamente condiviso con il debitore un preventivo e, quindi, la quantificazione dei compensi è rimessa al giudice delegato che deve, appunto, individuarne l'entità in ragione dell'attività effettivamente prestata. La sentenza è apprezzabilmente didascalica e, quindi, anche nel commento appare opportuno seguire i medesimi paragrafi già individuati dal giudice delegato.

I compensi

Il primo quesito che il giudice si pone è forse il più rilevante e da questo discendono tutte le successive argomentazioni.

Nello specifico il giudice delegato, individua varie ipotesi applicabili in tema di compensi e in caso di mancata previsione di pattuizioni preliminari con il sovraindebitato: a) unico compenso per l'attività di OCC, sia precedente che successiva all'apertura della liquidazione controllata ed un ulteriore compenso per il liquidatore; b) unico compenso per tutte e due le attività; c) due distinti compensi, uno per l'attività svolta quale OCC fino all'apertura della Procedura ed uno per quella posta in essere quale liquidatore.

Il quesito non è di poco conto perché oltre a determinare o meno una distinzione di compensi, allo stesso tempo impone una verifica sulle attività che il professionista (in qualità di gestore/OCC e successivamente quale liquidatore) è chiamato a compiere.

Il giudice delegato, difatti, argomenterà la necessità di riconoscere compensi distinti, proprio in ragione delle differenti attività che il soggetto (in molti casi la medesima persona

[1] Il contributo analizza la recente sentenza, emessa il 16 ottobre 2023, dal Tribunale di Frosinone, Sezione Fallimentare, in persona del giudice delegato Dott. Andrea Petteruti, in riscontro all'istanza di liquidazione dei compensi presentata dal professionista nominato per svolgere le funzioni dell'OCC.

fisica) è chiamato a compiere nel corso della fase pre-procedura e successivamente all'apertura, disposta dal Tribunale.

Sul punto occorre da subito chiedersi se la problematica sottoposta al giudice delegato sia ancora attuale, anche con l'introduzione del d.lgs. 14/2019 (d'ora in avanti CCI).

Il codice della crisi non sembrerebbe aver stravolto quanto era previsto nella l. 3/2012, lasciando sostanzialmente immutati il ruolo dell'OCC/gestore e del liquidatore. La procedura di liquidazione controllata, disciplinata al Capo IX, dagli artt. 268 e seguenti CCI non sembra discostarsi dalla liquidazione del patrimonio, almeno in relazione ai soggetti coinvolti. L'art. 269 CCI, difatti, prevede che il ricorso per l'apertura della procedura possa essere depositato dall'OCC/gestore e che, in ogni caso, all'atto introduttivo venga allegata una relazione, sempre dell'OCC, che esponga una valutazione sulla completezza e attendibilità della documentazione depositata a corredo della domanda e che illustri la situazione economica, patrimoniale e finanziaria del debitore. A ben vedere, quindi, rispetto alla previsione dell'art. 14 *ter* della l. 3/2012 sono stati modificati i contenuti della relazione, ma è rimasta immutata la necessità per il debitore di rivolgersi all'OCC, affinché questi predisponga una relazione da allegare al ricorso. Si può, quindi, ritenere assimilabile l'attività istruttoria precedente al deposito in Tribunale, che veniva richiesta all'OCC in sede di liquidazione del patrimonio *ex* l. 3/2012 con quanto previsto dagli artt. 268 e 269 CCI.

Venendo ora alle attività del liquidatore, non si può di certo ignorare la scelta del legislatore che all'art. 270, comma secondo, lett. b), CCI ha inteso espressamente prevedere in sede di apertura della liquidazione controllata la nomina di un liquidatore che, se la domanda è stata presentata dal debitore e salvo giustificati motivi[2], deve essere individuato sempre nell'OCC di cui all'art. 269 CCI.

Sul punto la giurisprudenza non è unanime e sono note pronunce in cui tale conferma non è intervenuta ed il nominativo è stato scelto dai Giudici, tra coloro che sono iscritti all'albo *ex* art. 356 CCI[3].

Non è questa la sede per entrare nel merito delle scelte del singolo giudice, ma la scelta di individuare il professionista, tra coloro che sono iscritti all'albo *ex* art. 356 CCI, è contraria a quanto previsto dall'art. 270, comma secondo, lett. b), CCI e comporta necessariamente anche dei risvolti sulle caratteristiche professionali del soggetto che sarà chiamato a svolgere le attività di liquidatore[4].

Si consideri, inoltre, che l'art. 358 CCI sembra ammettere la possibilità di nominare come liquidatore (oltre che come curatore o commissario) anche i professionisti non iscritti all'albo, "*che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società di capitali o società cooperative, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti*

[2] Cfr. Trib. Bologna, 3 luglio 2023. Pres. Guernelli. Est. Rimondini. Senza entrare nel merito della valutazione, la pronuncia merita di essere segnalata perché è uno dei pochi precedenti in cui vengono esplicitate le ragioni della mancata conferma dell'OCC quale liquidatore.

[3] Tra le altre: Trib. Forlì, 28 settembre 2023. Pres. Vacca. Est. Branca; Tribunale Torino, 11 maggio 2023. Pres. Nosengo. Est. Pittaluga; Trib. Salerno, 10 luglio 2023. Pres. Jachia. Est. Serretiello.

[4] Sulla non necessità dell'iscrizione all'albo *ex* art. 356 CCI, *ex pluribus*: Trib. Arezzo, 20 ottobre 2023. Pres., est. Pani, Trib. Vicenza, 8 giugno 2023. Pres. Limitone. Est. Cazzola.

*dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale*"[5].

La previsione dell'art. 270 CCI, più volte richiamata è, altresì, innovativa rispetto al previgente art. 14 *quinquies* l. 3/2012 in cui si prevedeva la nomina di un liquidatore, da individuarsi in un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 28, r.d. 267/1942.

La comparazione tra le norme e, in particolare, il richiamo ai requisiti necessari per la nomina a liquidatore assumono rilevanza ai fini del commento alla pronuncia perché, appare indubitabile che la disciplina precedente avvicinasse la figura del liquidatore a quella del curatore del fallimento, mentre il codice della crisi pone una distinzione sostanziale tra le due figure, come detto per svolgere l'attività di liquidatore nella liquidazione controllata (salvo casi specifici) appare necessario avere i requisiti di iscrizione quale gestore/OCC, mentre per ricoprire il ruolo di curatore sono necessari i presupposti per l'iscrizione all'albo *ex* art. 356 CCI.

L'espressione della predetta norma, che viene richiamata in giurisprudenza da coloro che ritengano di dover nominare solo professionisti iscritti all'albo *ex* art. 356 CCI "*le funzioni di curatore, commissario giudiziale o liquidatore, nelle procedure previste nel codice della crisi e dell'insolvenza*", deve essere intesa in riferimento non al "*liquidatore*" della liquidazione controllata, bensì al "*commissario giudiziale o liquidatore*", quindi il soggetto che svolge le sue funzioni nell'ambito delle procedure maggiori a carattere liquidatorio (come nel concordato preventivo con liquidazione di beni), e non a qualunque liquidatore[6].

In materia di sovraindebitamento, occorre rammentare, che l'art. 68 CCI (in materia di piano di ristrutturazione del consumatore) e l'art. 76 CCI (per il concordato minore) prevedono che la nomina del gestore avvenga "*tra gli iscritti all'albo dei gestori della crisi di cui al decreto del Ministro della giustizia 24 settembre 2014, n. 202*", senza alcun riferimento all'albo di cui all'art. 356 CCI.

Una lettura difforme rispetto a quella proposta si scontrerebbe anche con eventuali scelte di opportunità dei professionisti che confidando nella distinzione tra gli albi hanno deciso di operare esclusivamente nell'ambito delle procedure di risoluzione della crisi da sovraindebitamento, maturando esperienza in vigenza della l. 3/2012, per cui risultano iscritti esclusivamente nell'elenco dei gestori *ex* D.M. 202/2014, se non altro perché il ruolo di curatore o commissario nelle procedure maggiori potrebbe richiedere una più strutturata organizzazione di studio.

Quanto alle attività demandate al Liquidatore, invece, gli artt. 272 e seguenti CCI impongono la redazione dell'inventario dei beni, la formazione del passivo ed il rispetto di un programma di liquidazione che, sostanzialmente, accomunano la figura del liquidatore a quella del curatore.

Chiarito quanto sopra è opportuno procedere sempre seguendo le argomentazioni ed i paragrafi adottati dal giudice delegato.

[5] MANCINI A., "*Liquidazione controllata: il Tribunale sceglie il liquidatore tra gli iscritti all'albo ex art. 356 CCI?*", in *il caso.it*, 20 maggio 2023.

[6] Cfr. "*Procedure di sovraindebitamento: venti proposte per il correttivo*", di LIMITONE G., CESARE F., FERRI A., MANCINI A., TOMBOLINI F., in *il caso.it*, 29 novembre 2023.

## Il compenso del professionista nominato per svolgere le funzioni di OCC e di liquidatore nell'ambito delle procedure di liquidazione del patrimonio e liquidazione controllata

Compenso per le attività poste in essere prima dell'apertura della procedura.

Il giudice delegato richiamando la previsione dell'art. 14 *duodecies* della l. 3/2012 (del tutto simile all'art. 111 l.f.) ed approfondendo, anche con richiami giurisprudenziali, il dibattito venutosi a creare intorno alla definizione di prededuzione c.d. "*funzionale*", è giunto alla conclusione che al credito dell'OCC debba essere riconosciuta la prededuzione e che, in caso di mancato accordo con il debitore, il compenso debba essere liquidato dal giudice.

Le conclusioni a cui perviene il giudice delegato appaiono assolutamente condivisibili in quanto è innegabile che l'attività dell'OCC e, in particolare, proprio la redazione della relazione sia un requisito di ammissibilità del ricorso. La c.d. prededuzione "*funzionale*" è, quindi, insita nell'attività che l'OCC è chiamato a svolgere, senza la quale non vi potrebbe essere alcuna procedura.

L'interpretazione offerta e le argomentazioni del giudice delegato trovano conferma anche nell'intervento del Legislatore che, con il CCI e, in particolare l'art. 6, ha espressamente previsto, al comma primo, lett. a) la prededucibilità dei "*crediti relativi a spese e compensi per le prestazioni rese dall'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento*".

L'eventuale distinzione tra i compensi rileva anche sotto tale aspetto, perché per i corrispettivi dell'OCC per l'istruttoria della pratica e la redazione della relazione allegata al ricorso, sorgerà la necessità di far accertare, in sede di verifica, il credito prededucibile.

Da subito, va segnalata un'argomentazione a sostegno della distinzione dei compensi, insita nell'attività del liquidatore che si trova a vagliare e ad ammettere al passivo il credito dell'OCC. Se i compensi e, quindi, il credito fossero unici ed unitari, il liquidatore sarebbe in evidente conflitto di interessi, attesa, appunto, la rilevanza che l'importo liquidato determinerà sulla parte di compenso a lui spettante, all'esito della liquidazione[7].

Relativamente alla quantificazione non può negarsi un intervento del giudice delegato sia esso in termini di liquidazione del compenso o, se coinvolto, in sede di accertamento del credito. In entrambi i casi la valutazione e, lo stesso riconoscimento di compensi, saranno in funzione dell'attività svolta e salvo che emergano inadempimenti o compimento di atti in frode ai creditori.

Compenso per la liquidazione

Nella pronuncia in esame il giudice delegato volge l'attenzione al compenso spettante al liquidatore, chiarendo da subito che non può venire in rilievo una "duplicazione di liquidazioni" per tre diverse ragioni: ***i)*** le attività non sono coincidenti e hanno finalità differenti; ***ii)*** il credito è relativo ad attività svolte dopo l'apertura della procedura, da un organo della stessa; ***iii)*** il compenso dell'OCC non può attenere alle attività svolte dopo l'apertura e diverse dalla liquidazione.

Anche in base a tale argomentazione, il giudice delegato giunge alla conclusione di voler aderire alla teoria di cui alla lettera c) del paragrafo "compensi" che individua due distinti compensi, uno per l'attività svolta quale OCC/gestore fino all'apertura della Procedura ed uno per quella posta in essere quale liquidatore.

[7] Cfr. "*Procedure di sovraindebitamento: venti proposte per il correttivo*", di LIMITONE G., CESARE F., FERRI A., MANCINI A., TOMBOLINI F., in *il caso.it*, cit.

## Il compenso del professionista nominato per svolgere le funzioni di OCC e di liquidatore nell'ambito delle procedure di liquidazione del patrimonio e liquidazione controllata

Una simile impostazione sembrerebbe a prima vista scontrarsi con quanto previsto dal D.M. 202/2014 all'art. 17, rubricato "*unicità del compenso*" in cui si legge: "*Quando nello stesso incarico si sono succeduti più organismi, il compenso unico è determinato secondo le disposizioni del presente capo ed è ripartito secondo criteri di proporzionalità.*

*Nel caso in cui per l'esecuzione del piano o dell'accordo omologato sia nominato un liquidatore o un gestore per la liquidazione, la determinazione del compenso ha luogo a norma del comma 1*".

In realtà la previsione sembrerebbe doversi applicare a situazioni differenti rispetto alla fattispecie in esame, ossia a quei casi in cui si succedono più OCC, perché il sovraindebitato ha deciso di rivolgersi ad altro Organismo territorialmente competente (comma primo) o nel caso in cui il Tribunale abbia nominato, nell'ambito però di un piano o un accordo, un soggetto differente rispetto all'OCC per portare avanti l'attività di liquidazione.

Si pensi ad esempio nella vigenza della l. 3/2012 quando, nonostante fosse già stato nominato l'OCC, il Tribunale decideva di nominare altresì:

(i) un liquidatore al fine di gestire in via esclusiva i beni sottoposti a pignoramento da utilizzare per la soddisfazione dei crediti (ai sensi dell'art. 13, comma primo, della l. n. 3 del 2012);

(ii) un gestore per la liquidazione al fine di custodire e liquidare i beni del debitore, per i quali – all'interno di un piano o di un accordo – è prevista la liquidazione[8].

Anche il comma secondo dell'art. 18 D.M. 202/2014 potrebbe indurre in errore, laddove prevede "*Quando nello stesso incarico si sono succeduti più liquidatori ovvero nel caso di conversione della procedura di composizione della crisi in quella di liquidazione, il compenso unico è determinato secondo le disposizioni del presente capo ed è ripartito secondo criteri di proporzionalità*". La norma è volta a disciplinare due fattispecie ben precise, la successione tra più liquidatori e l'ipotesi di conversione di una delle procedure "*negoziali*" (piano o accordo) in liquidazione. Solo in questi specifici casi sembrerebbe doversi adottare il criterio di "*unicità del compenso*".

Volendo, poi, "*attualizzare*" le fattispecie sopra individuate al CCI, si potrebbe ritenere che la previsione di cui all'art. 17 del D.M. 202/2014 operi quando:

a) il debitore revoca l'incarico all'OCC per affidarlo ad altro OCC territorialmente competente;
b) all'interno del medesimo OCC, l'opera sia svolta prima da un gestore e poi da altro professionista, nominato in sostituzione del primo;
c) l'organo gestorio è in composizione collegiale;
d) per l'esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti del consumatore o del concordato minore omologati, venga nominato un liquidatore per svolgere le attività liquidatorie all'interno della procedura;
e) nel concordato minore, *ex* art. 78, comma due *bis*, CCI il giudice nomina il commissario giudiziale perché svolga a partire da quel momento le funzioni dell'OCC.

In relazione alla definizione di compenso unitario, non è agevole rinvenire precedenti giurisprudenziali che, comunque, ove presenti

[8] Si veda anche "*I compensi dell'Organismo di composizione della crisi (O.C.C.) nel sovraindebitamento*", di COCCO F.M., in *Diritto della Crisi*, 1 aprile 2021.

si limitano a richiamare gli artt. 17 e 18 del D.M. 202/2014[9].

Una recentissima pronuncia del Tribunale di Roma in materia di compensi dell'OCC e del liquidatore si è espressa come segue: "*ai sensi dell'art. 275 c.c.i., il compenso del liquidatore deve essere liquidato dal giudice delegato all'esito della procedura e previa approvazione del rendiconto in guisa che la somma indicata come spettante all'OCC può essere ritenuta valida ai soli fini dell'accantonamento delle somme necessaria a soddisfare le prededuzioni di cui all'art. 277, comma 2, c.c.i.*"[10].

Quanto riportato in sentenza sembrerebbe confermare l'impostazione di un compenso unitario per le attività svolte dall'OCC e dal liquidatore, addirittura quando, come nel caso di specie, il professionista non sia stato confermato quale liquidatore.

In particolare, il Tribunale, riferendosi evidentemente al compenso dell'OCC indicato in ricorso, da un lato ne garantisce la prededucibilità, ma dall'altro considera i detti compensi provvisori e da accantonare, ai sensi dell'art. 277 CCI, sino alla liquidazione giudiziale dei compensi spettanti al liquidatore.

Ove l'interpretazione di quanto scritto dal Tribunale fosse corretta ci si troverebbe di fronte ad una fattispecie concreta in cui, il compenso che ha formato oggetto di preventivo, sottoposto ed autorizzato dal sovraindebitato, sarebbe sostanzialmente indeterminato sia nell'*an* che nel *quantum*, essendo rimessa la valutazione sulla debenza dei detti compensi, nonché la loro quantificazione definitiva al giudice delegato, ma non solo, vincolerebbe – sebbene con i limiti appena individuati – anche il liquidatore, sia esso il medesimo professionista che ha svolto le attività di verifica e redazione della relazione o altro soggetto individuato in sede di apertura della liquidazione controllata.

Una tale impostazione incontrerebbe certamente problematiche di carattere pratico, infatti, il gestore/OCC che sostanzialmente ha ultimato la propria attività con il deposito della relazione e la successiva apertura della liquidazione, si troverebbe a potersi vedere negati i compensi per comportamenti negligenti o mancanze del liquidatore. Non solo, bisognerebbe poi chiedersi anche cosa accadrebbe ad eventuali acconti già percepiti.

Nello specifico, se le somme devono essere accantonate per garantirne il pagamento con preferenza rispetto agli altri creditori (art. 277 CCI), ma liquidate/svincolate solo in fase di approvazione del rendiconto, non si può escludere che il giudice delegato non approvi la gestione e, quindi, neghi in parte o *tout court* il compenso del liquidatore che, ove unico, sarebbe altresì negato al gestore.

Per non incorrere in tale rischio si dovrebbero determinare a priori – in sede di preventivo – i compensi del gestore e del liquidatore, ma anche in questo caso verrebbe richiesto al gestore di fare una valutazione prognostica sulle attività che il liquidatore sarà tenuto ad effettuare e, perché no, anche sulle difficoltà che il professionista potrà incontrare. Si pensi solo ai casi in cui vi sono molte osservazioni da parte dei creditori in sede di verifica dei crediti o quando è necessario ricorrere a modifiche ed integrazioni del programma di liquidazione per fatti sopravvenuti. In tutti questi casi probabilmente il gestore avrà errato nell'indicare in preventivo una "*difficoltà*

[9] Da ultimo Trib. Milano 14 novembre 2023 Est. ROSSETTI.
[10] Trib. Roma 23 novembre 2023 Rel. COTTONE.

*bassa*" o "*media*", sol perché, dai documenti sottoposti alla sua attenzione, per la redazione della relazione non potevano emergere difficoltà tipicamente procedurali e/o relative alla fase di gestione della procedura.

In ragione delle molteplici perplessità evidenziate, anche qualora il compenso si volesse ritenere unico ed unitario, andrebbero comunque differenziate le fasi, in modo da non pregiudicare le attività effettivamente svolte con la dovuta diligenza.

Le percentuali da riconoscere dovrebbero essere individuate, sempre dal gestore, con una valutazione prospettica e senza conoscere l'entità e la complessità delle attività che sarà chiamato a svolgere il suo "*successore*".

Il giudice delegato, poi, dovrebbe tener conto della diligenza tenuta sin dall'affidamento della pratica al gestore e svolgere considerazioni (e/o eventuali modifiche ai compensi) solo sulla quota parte dei corrispettivi da attribuire al liquidatore.

La sostanziale indeterminatezza dei compensi da riconoscere al liquidatore, fa propendere per una distinzione delle due fasi che hanno un momento di inizio ed uno di fine, con la sentenza di apertura della liquidazione, che funge da spartiacque tra l'attività di gestore e quella di liquidatore.

Le considerazioni fin qui svolte sono certamente applicabili alla fattispecie in cui il gestore non venga confermato quale liquidatore, ma anche nel caso di conferma del medesimo professionista permarrebbero le perplessità sia sulla suddivisione del compenso sia sulla valutazione di corrispettivi per attività future.

Infine, l'unicità del compenso, da un punto di vista pratico finirebbe per rendere assai poco appetibile il ruolo di liquidatore *ex* art. 270 CCI che, contrariamente al liquidatore nominato *ex* art. 13 l. 3/2012 ai fini dell'esecuzione del piano del consumatore o dell'accordo omologato, svolge un'attività ben più complessa e gravosa rispetto a limitarsi ad eseguire una proposta già "confezionata" dal debitore[11].

Accertamento e collocazione dei crediti

La sentenza in commento ipotizza una netta distinzione tra quanto maturato per il lavoro di verifica documentale e valutazione dei presupposti di ammissione alla procedura, rispetto all'accertamento dei crediti ed alla gestione *post* apertura della liquidazione, disposta dal tribunale. Ad entrambi i compensi deve essere riconosciuta la prededuzione, ma con una distinzione che non è di poco conto, le attività volte al deposito del ricorso ed all'apertura della procedura diverrebbero un "*credito prededucibile*", mentre i compensi per l'attività liquidatoria assumerebbero il carattere di "*costi prededucibili*"[12].

---

[11] Cfr. "*Procedure di sovraindebitamento: venti proposte per il correttivo*", di LIMITONE G., CESARE F., FERRI A., MANCINI A., TOMBOLINI F., in *il caso.it*, cit.

[12] Nel vigore della l. 3/2012 tale argomento è stato approfondito in particolare con riferimento al conflitto tra crediti prededucibili ed ipotecari. Nello specifico la pronuncia in commento richiama il precedente del Trib. Rimini, 7 maggio 2021, a conferma della mancata applicazione dell'art. 111 *ter* l.f. al compenso del liquidatore. Sul punto si segnala il Trib. Bari, 3 giugno 2021. Est. NAPOLIELLO che, sempre relativamente ad un procedura *ex* l. 3/2012 ha affermato: "*In ragione della medesima natura giuridica che caratterizza la procedura fallimentare e la liquidazione del patrimonio che potrebbe qualificarsi come 'fallimento del soggetto non fallibile', stante la medesima finalità di liquidazione dei beni nell'interesse della massa dei creditori, va ritenuto applicabile l'art. 111 ter l. fall., e la sua declinazione giurisprudenziale, anche alle procedure disciplinate dalla legge sul sovraindebitamento (l. 3/2012). Il conflitto tra crediti prededucibili e crediti assistiti da cause di prelazione va risolto facendo gravare sul ricavato dei beni oggetto di garan-*

Da ciò potrebbe discenderne che i compensi c.d. "*ante Procedura*" necessiterebbero, ove preventivati, di un accertamento all'interno dello stato passivo e potrebbero essere corrisposti solo a mezzo di riparti (ove si rinvenga la possibilità di effettuare ripartizioni parziali), mentre eventuali acconti in favore del liquidatore (ove possibili) potranno essere corrisposti, previa liquidazione da parte del giudice delegato, attingendo dalla liquidità e senza che ciò possa essere inteso come atto in pregiudizio di altri creditori, finanche di quelli prededucibili come lo stesso OCC.

Tale distinzione non assume particolare rilevanza, laddove la liquidità sia capiente per permettere il pagamento dei costi e dei crediti prededucibili, ma diviene, invece, elemento di conflitto tra i due soggetti creditori, qualora non vi sia un attivo in grado di soddisfare entrambe le pretese.

La sentenza, quindi, postula una chiara distinzione dei compensi per le due fasi.

Se si decidesse di aderire all'impostazione di un compenso unitario si dovrebbe ritenere che tutti gli importi relativi ai compensi, vuoi dell'OCC che del liquidatore, debbano essere accantonati, per garantirne il pagamento con preferenza rispetto agli altri creditori *ex* art. 277 CCI, una volta divenuti definitivi e svincolabili a seguito dell'approvazione del rendiconto e della liquidazione del compenso del liquidatore.

Con l'intervento del legislatore e l'introduzione del CCI, questa distinzione sembrerebbe essere stata superata in quanto, proprio il più volte richiamato art. 277 CCI, garantisce un diritto di preferenza per la soddisfazione dei crediti sorti "*in funzione*" o "*in occasione*" della liquidazione.

Per interpretare le locuzioni richiamate, occorre attingere da quanto emerso nell'esegesi dell'art. 111, ultimo comma, l.f., in tal modo identificando i crediti in questione in quelli derivanti da atti compiuti dal gestore o dal liquidatore nell'esercizio del rispettivo ufficio, ovvero in quelli legati alle procedure di vendita dei beni[13].

Sul punto occorre evidenziare che la giurisprudenza sembrerebbe sempre più orientata verso l'esclusione dal detto beneficio per i crediti dell'*advisor* che ha assistito il debitore nella predisposizione del ricorso introduttivo[14].

Quanto alla necessità per l'OCC di presentare una domanda di ammissione al passivo sorgono alcune perplessità, perché la disciplina sulla liquidazione controllata non contiene una norma simile a quella dettata per l'accertamento dei crediti prededucibili nella liquidazione giudiziale (art. 222 CCI).

Da un lato va evidenziato che lo stato passivo è, per definizione destinato ai crediti concorsuali e che i crediti prededucibili, liquidi ed esigibili dovrebbero poter essere soddisfatti (se ci sono ovviamente le liquidità necessarie) dal liquidatore su richiesta del creditore, salvo il caso di contestazione; dall'altro che la mancata ammissione del credito potrebbe far suscitare delle perplessità sulla distinzione tra debito e costo prededucibile come sopra evidenziata.

*zia sia le spese prededucibili specificamente sostenute per la loro conservazione, amministrazione e liquidazione, evidenziate nel conto speciale, sia un'aliquota di spese generali della procedura in quanto sostenute nell'interesse dei creditori*".

[13] Cfr. art. 277 CCI in "*Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa ed insolvenza*", MAFFEI ALBERTI, Milano, 2023.

[14] *Ex multis* per la collocazione dei crediti in privilegio: Trib. Genova, 10 novembre 2023. Pres. BRACCIALINI. Est. MONTELEONE, al contrario per il riconoscimento della prededuzione: Trib. Reggio Emilia, 2 maggio 2023. Est. STANZANI MASERATI.

## Il compenso del professionista nominato per svolgere le funzioni di OCC e di liquidatore nell'ambito delle procedure di liquidazione del patrimonio e liquidazione controllata

La prassi sembrerebbe deporre a favore della necessità di far accertare il credito dell'OCC, in sede concorsuale e tale impostazione è certamente più in linea con l'evidenziata distinzione dei compensi tra gestore e liquidatore.

**Liquidazione dei compensi**

I parametri

Relativamente alla quantificazione dei compensi, la pronuncia in esame, dopo aver evidenziato che vi è sempre la possibilità per le parti (sovraindebitato e gestore) di definire un corrispettivo attraverso una libera pattuizione, esamina nello specifico i parametri di cui agli artt. 14 e segg. D.M. 202/2014.

In particolare, il giudice delegato, in virtù del richiamo dell'art. 18 alla previsione dell'art. 16 del D.M. 202/2014 ritiene applicabili anche alla liquidazione del patrimonio le percentuali previste dalla norma richiamata.

Una tale impostazione sembrerebbe l'unica praticabile se si vuole parametrare i compensi agli scaglioni del D.M. 202/2014, non appare, difatti, opportuno ricorrere ad altri decreti che stabiliscono specifiche tariffe (ad es. dd.mm. 140/2012 o 55/2014 e ss.i.), perché in tal caso si dovrebbe necessariamente far rientrare l'attività dell'OCC e/o del liquidatore in categorie tipiche di altre professionalità (avvocati, commercialisti, CTU).

Si potrà, eventualmente, far ricorso in via analogica al D.M. 140/2012 solo ed esclusivamente in quei casi in cui l'attività si sia interrotta e magari debbano essere effettivamente vagliati i singoli atti posti in essere dal professionista[15].

L'art. 16 D.M. 202/2014 definisce i compensi del gestore (*ex* l. 3/2012) nel piano del consumatore e nell'accordo con i creditori con dei valori definitivamente quantificati, ovvero: nel caso di piano o accordo omologati, che prevedono liquidazioni (attivo realizzato e passivo risultante); mentre nel caso di piano o accordo omologati ma senza liquidazioni (attivo e passivo risultanti)[16].

Diversamente l'art. 18 D.M. 202/2014 si occupa dei compensi del liquidatore, nominato in sede di apertura della liquidazione, in relazione all'attivo realizzato e al passivo accertato.

Rimarrebbe a questo punto da quantificare il compenso del gestore nella procedura di liquidazione che deve essere calcolato, come avviene nella prassi, su attivo e passivo inizialmente dichiarato dal sovraindebitato e successivamente accertato/vagliato dal professionista, anche a seguito della ricezione dei riscontri alle richieste di precisazione dei crediti.

Dalla semplice lettura delle norme, sembrerebbe meno condivisibile quanto affermato dal giudice delegato in merito alle soglie di riduzione o ai compensi massimi (art. 16, commi uno e quattro, D.M. 202/2014), quantomeno nel caso in cui sia il giudice a liquidare le competenze del professionista. Il richiamo al D.M. 202/2014 nella quantificazione dei compensi può fungere da guida, ma non da limite per il professionista che condivide un preventivo con il sovraindebitato, ma dovrebbe incidere sulla quantificazione dei compensi, ove rimessi al giudice (oggi *ex* art. 275 CCI).

[15] Cfr. "*La liquidazione dei compensi nelle procedure di composizione da sovraindebitamento e nella liquidazione del patrimonio*", MICHELOTTI, 2018, CNDCEC.

[16] Si veda anche "*I compensi dell'Organismo di composizione della crisi (O.C.C.) nel sovraindebitamento*", di COCCO F.M., in *Diritto della Crisi*, 1 aprile 2021.

## Il compenso del professionista nominato per svolgere le funzioni di OCC e di liquidatore nell'ambito delle procedure di liquidazione del patrimonio e liquidazione controllata

Limitare l'analisi alla lettura della normativa di riferimento ha generato anche in passato un dibattito in merito alla disparità di trattamento di cui all'art. 14, comma primo, D.M. 202/2014, primo e secondo inciso:

- "*La determinazione dei compensi e dei rimborsi spese spettanti all'organismo ha luogo, in difetto di accordo con il debitore che lo ha incaricato, secondo le disposizioni del presente capo*";
- "*Per la determinazione dei compensi dell'organismo nominato dal giudice, nonché del professionista o della società tra professionisti muniti dei requisiti di cui all'articolo 28 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, ovvero del notaio, nominati per svolgere le funzioni e i compiti attribuiti agli organismi, si applicano le disposizioni del presente capo*".

Nella norma viene, difatti, differenziata senza un'apparente ragione la posizione dell'organismo di nomina del debitore, la cui eventuale pattuizione di compensi, prevale sul D.M. 202/2014 e l'organismo del secondo inciso che, in virtù della nomina giudiziale, soggiace alle previsioni del decreto ministeriale.

Per superare tale disparità di trattamento è stato sostenuto, nella vigenza della l. 3/2012, che il secondo inciso fosse riferibile agli organismi di cui all'art. 15, comma nono, l. 3/2012 e che dovesse comunque riconoscersi la possibilità di pattuire un diverso compenso, lasciando la determinazione al giudice, solo in caso di mancato accordo[17].

Come già avvenuto in passato, è condivisibile la scelta del giudice delegato che ha deciso di interpretare le previsioni in un'ottica più ampia e sistematica, con il richiamo agli artt. 14, comma quarto e 15 D.M. 202/2014.

Il riferimento dell'art. 14, comma quarto, D.M. 202/2014 all'intero "*capo*" fa propendere per la possibilità, in caso di liquidazione giudiziale, di disapplicare tutte le soglie e le percentuali previste negli articoli da 14 a 18 del D.M. 202/2014.

L'art. 15 D.M. 202/2014, poi, sembrerebbe dettare un criterio generale che lega i compensi all'attività che realmente è stata espletata ed ai risultati ottenuti.

Se si aderisce a tale ricostruzione operata anche dal giudice delegato non si può che riconoscere un potere discrezionale al giudice, per il vero, unico soggetto in grado di verificare a pieno l'attività svolta, la diligenza e le tempistiche che il liquidatore ha impiegato per liquidare l'attivo e soddisfare le ragioni dei creditori.

La quantificazione dei compensi, quindi, non può che rispecchiare il singolo procedimento e le peculiarità dello stesso, ivi comprese le complessità che il liquidatore può essere chiamato a dirimere nel corso della propria attività.

Non vi è dubbio che limitare i compensi da riconoscere agli scaglioni previsti dal decreto, finirebbe, nella prassi, per assimilare le attività dei liquidatori, rapportando il riconoscimento monetario ai soli valori numerici coinvolti in procedura (attivo e passivo) senza possibilità di vaglio da parte del giudice delegato sui risultati effettivamente ottenuti e, quindi, sulle capacità dimostrate dal singolo professionista.

In questa ottica è certamente apprezzabile la scelta del giudice delegato, che ha inteso discostarsi dai parametri prefissati, per rico-

[17] La tematica si era già posta in vigenza della sola l. 3/2012, si veda Cfr. "*La liquidazione dei compensi nelle procedure di composizione da sovraindebitamento e nella liquidazione del patrimonio*", MICHELOTTI, 2018, CNDCEC.

noscere corrispettivi effettivamente rapportati all'attività, alla diligenza ed ai risultati.

Proseguendo nella lettura, poi, si comprende che correttamente il giudice non ha inteso disapplicare completamente i parametri prefissati dal decreto, ma utilizzare soglie e limiti come una linea guida da integrare con le specifiche valutazioni sulla professionalità e diligenza dimostrate nel corso del procedimento da gestore e liquidatore (*ex* art. 15 D.M. 202/2014).

In sostanza ha adottato un criterio del tutto simile a quello previsto dal primo inciso dell'art. 14 D.M. 202/2014 che riconosce la prevalenza di un eventuale accordo alla liquidazione secondo le soglie dettate dal decreto.

In fondo, anche le parti (sovraindebitato e gestore) sono tendenzialmente portate a discostarsi dai parametri prefissati, solo quando vi sono complessità specifiche o ragioni che giustifichino tale scelta.

L'impostazione dettata dal giudice delegato, quindi, ancora una volta si pone a metà strada tra un'interpretazione letterale del D.M. 202/2014 ed il riconoscimento di una discrezionalità senza vincoli.

L'impostazione certamente valorizza il lavoro e responsabilizza ulteriormente i professionisti, che vengono valutati non solo per i valori coinvolti in procedura, bensì in funzione del proprio operato.

L'opera del giudice dovrebbe, quindi, essere integrativa rispetto ai parametri del decreto e non prevederne una disapplicazione *tout court*.

Un ultimo aspetto su cui il giudice delegato si sofferma è la distinzione tra la figura del curatore e quella del liquidatore.

L'equiparazione dei professionisti non appare avere alcun supporto, oltre che per le ragioni esplicitate dal giudice delegato (tra tutte la qualifica del Curatore quale "*ausiliario del giudice*" e "*pubblico ufficiale*"), anche per le considerazioni già svolte in materia di iscrizione ai rispettivi albi professionali.

Il codice della crisi sembra, difatti, aver definitivamente distinto le figure professionali tra coloro che sono gestori della crisi ed i professionisti che si occupano di sovraindebitamento.

Conclusioni

La sentenza in commento, pur riguardando una procedura di liquidazione del patrimonio e non il nuovo istituto della liquidazione controllata si dimostra, comunque, innovativa, laddove tratta argomenti tuttora oggetto di dibattito.

Le argomentazioni sin qui svolte sembrerebbero far propendere per delle soluzioni mediane, che non siano quindi legate solo al tenore letterale delle norme, ma tengano conto delle attività che gestore e liquidatore sono chiamati a compiere, valorizzando la diligenza e la professionalità di questi professionisti, che spesso riverberano sulla soddisfazione dei creditori e sulle tempistiche delle procedure stesse.

Appare, altresì, corretto che nella prassi ci si interroghi in merito all'interesse che il singolo professionista può avere a ricoprire l'incarico; riconoscere dei compensi che non tengano conto delle responsabilità assunte e delle capacità del singolo gestore e/o liquidatore, ma solo dei valori coinvolti nella procedura (attivo e passivo) finirebbe per determinare un livellamento non solo dei compensi, ma anche delle professionalità coinvolte, a discapito di procedure complesse che entrano nel tessuto sociale, perché ad indebitamento e, quindi, anche futuro accesso al credito di consumatori, liberi professionisti e persino società.

Francesco Francavilla
*Referente OCC Forense Roma*

## Il compenso del professionista nominato per svolgere le funzioni di OCC e di liquidatore nell'ambito delle procedure di liquidazione del patrimonio e liquidazione controllata

* * *

**FALL. N. 1781 DELLA ANNUNZIATA SPA**

**IL G.D.**

letta la nota depositata dal Curatore in data 15/11/2023, con cui si comunica che egli non è tenuto a comunicare il nominativo del titolare effettivo di cui al "*Registro dei Titolari Effettivi*" istituito con il D.M. del 29 settembre 2023, n. 236,

**OSSERVA**

A dire dell'Ufficio del registro delle imprese, la comunicazione di che trattasi deve essere eseguita anche dal Curatore. La tesi, tuttavia, non è sostenibile per i seguenti motivi.

*In primis*, si osserva che il D.M. di cui si discute è all'evidenza collegato al d.lgs. n. 231/07, la cui normativa è volta alla prevenzione ed al contrasto dell'uso del sistema economico e finanziario a scopo di riciclaggio e finanziamento del terrorismo. Orbene, la gestione delle procedure concorsuali si svolge esclusivamente nelle prescritte forme di legge e con atti del Curatore tutti debitamente autorizzati, per cui essa è di per sé incompatibile con le operazioni di riciclaggio e men che meno con quella di finanziamento al terrorismo.

II Curatore, inoltre, salvo che non sia disposta la prosecuzione dell'attività di impresa, non è il titolare effettivo dell'impresa del debitore o il legale rappresentante della medesima e mai può essere considerato come il successore dell'imprenditore. Il Curatore, piuttosto, è, come affermato dalla Corte Costituzionale, un ausiliario della Giustizia ed è, per di più, in possesso degli specifici requisiti di professionalità ed onorabilità previsti dalla di legge, tanto è vero che l'art. 1 del (presupposto) d.lgs. n. 231/07 non fa mai riferimento a detta figura.

Per titolare effettivo, poi, deve intendersi la persona fisica o le persone fisiche, diverse dal cliente, nell'interesse della quale o delle quali, in ultima istanza, il rapporto continuativo è instaurato, la prestazione professionale è resa o l'operazione è eseguita. Se così è, si tratta all'evidenza di una qualifica che non può materialmente essere riconosciuta al Curatore: gli atti gestionali che costui pone in essere, infatti, sono previsti dalla legge e devono essere autorizzati, mentre le vendite e la stipula di contratti presuppongono, il più delle volte, procedure competitive parimenti previste dalla legge. In tutti i casi, si tratta di attività che non possono essere materialmente poste in essere nell'interesse di un soggetto diverso dalla massa dei creditori o dallo Stato, i quali ovviamente titolari effettivi nel senso suddetto non possono materialmente essere.

In conclusione, l'operato del Curatore va ritenuto corretto.

È opportuno che il presente provvedimento sia comunicato all'Ufficio del registro delle imprese per conoscenza.

**P.Q.M.**

1. provvede sull'istanza come in motivazione;
2. manda alla Cancelleria per la comunicazione al Curatore ed a quest'ultimo per quella all'Ufficio del registro delle imprese.

Frosinone, 21/11/2023

IL G.D.
Dr. Andrea Petteruti

# CONCORDATO PREVENTIVO BIENNALE: BENEFICI E CRITICITÀ

Al fine di semplificare i rapporti tra contribuente e fisco, la legge delega al Governo per la riforma fiscale (n. 111/2023) ha previsto, all'art. 17, n. 2, la possibilità di procedere ad un concordato preventivo biennale, che prevede di "fissare" per due anni la base imponibile da parte dei titolari di reddito di impresa, lavoratori autonomi, professionisti e artigiani, anche in regime forfettario, che abbiano un fatturato non particolarmente consistente e che risultino soggetti ISA più virtuosi.

Nelle intenzioni del Legislatore, l'istituto avrebbe un duplice obiettivo, sia a favore dell'Erario, che del contribuente.

Per il primo, in ottica preventiva e non più repressiva, si abbasserebbe il tasso di evasione fiscale, attualmente favorita dall'impossibilità di svolgere accertamenti fiscali su tutti i contribuenti – dal momento che, come indicato dal MEF, soltanto il 2-2,5% delle dichiarazioni sono fatte oggetto di controlli – evitando così di procedere con sistemi incentrati sulla riscossione e sull'attività posteriore alla violazione, visto che questo tipo di interventi avrebbe portato nel tempo a risultati poco significativi.

Per il secondo, sarà bloccato l'importo delle imposte che dovrà versare nel prossimo biennio, potendo inoltre beneficiare di uno sconto fiscale.

In sintesi, si tratta di un preventivo accordo tra il Fisco e il contribuente sulla tassazione da versare, che comporta l'impossibilità di essere sottoposti a controlli per una significativa platea di contribuenti.

Vi è da rilevare, però, che questo accordo attiene meramente al pagamento delle tasse e non incide sugli adempimenti dichiarativi e comunicativi, che restano dovuti.

Ciò vuol dire che il contribuente sarà comunque tenuto a presentare la dichiarazione dei redditi indicando il fatturato effettivo, anche se poi verserà le imposte su quanto concordato con le Entrate, tenendo altresì presente che, in caso di irregolarità o di dichiarazioni fraudolente, si decadrà dal beneficio.

Pertanto, dando seguito alla suddetta legge delega, il 3 novembre il Governo ha approvato il nuovo Decreto Legislativo di attuazione della riforma fiscale, tra cui appunto quella in materia di concordato preventivo biennale, il quale prevede che:

a) entro il 15 marzo di ogni anno, le agenzie fiscali metteranno a disposizione il software, con il quale i contribuenti fino al 20 giugno potranno aderire al concordato preventivo;
b) entro il 25 giugno, l'Agenzia delle Entrate – grazie alle informazioni in loro possesso nelle banche dati a disposizione ed a quelle fornite dai contribuenti – invierà la proposta di concordato al contribuente, effettuando una stima del reddito lordo sul quale quest'ultimo dovrà versare le imposte tasse nei due anni successivi;
c) entro il 30 giugno, il contribuente potrà accettare o meno la proposta di concordato.

In caso di accettazione della proposta da parte del contribuente, il concordato preventivo biennale permetterebbe di stimare con l'Amministrazione finanziaria un determinato imponibile, che resta bloccato e fisso per i successivi due anni e su cui si calcolano le tasse senza possibili 'aggiustamenti' verso l'alto, anche se nel periodo di riferimento i ricavi sono più alti o più bassi – ovvero indipendentemente dal loro effettivo ammontare, a meno

che non vi siano scostamenti ingenti rispetto agli importi oggetto di accordo.

Da ultimo, il concordato potrà attenere alle imposte sui redditi, vale a dire IRPEF (redditi persone fisiche), IRES (redditi delle imprese), e l'IRAP (imposta regionale sulle attività produttive), mentre resterebbe esclusa l'IVA, ovviamente per i contribuenti in regime ordinario.

Inoltre, come effetto, l'accordo con il Fisco permetterà di ottenere:

- l'esclusione dell'applicazione della disciplina delle società non operative prevista dall'articolo 30 della legge n. 724/1994, anche ai fini di quanto disposto dall'articolo 2, secondo periodo del comma 36 *decies*, del Dl n. 138/2011
- l'esclusione degli accertamenti basati sulle presunzioni semplici (articolo 39, primo comma, lettera d), secondo periodo, Dpr n. 600/1973, e articolo 54, secondo comma, secondo periodo, Dpr n. 633/1972)
- l'anticipazione di almeno un anno dei termini di decadenza per l'attività di accertamento previsti dall'articolo 43, comma 1, del Dpr n. 600/1973, con riferimento al reddito di impresa e di lavoro autonomo, e dall'articolo 57, comma 1, del Dpr n. 633/1972.

È importante evidenziare che il concordato è escluso nelle seguenti ipotesi:

1) mancata presentazione della dichiarazione dei redditi in relazione ad almeno uno dei 3 periodi d'imposta precedenti;
2) condanna per uno dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, falso in bilancio riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, autoriciclaggio, commessi negli ultimi 3 periodi d'imposta antecedenti;
3) presenza di irregolarità fiscali e carichi scaduti oltre € 5.000,00 e non rottamati o rateizzati.

Da ricordare, infine, che nei periodi d'imposta oggetto di concordato, i contribuenti sono comunque tenuti agli ordinari obblighi contabili e dichiarativi.

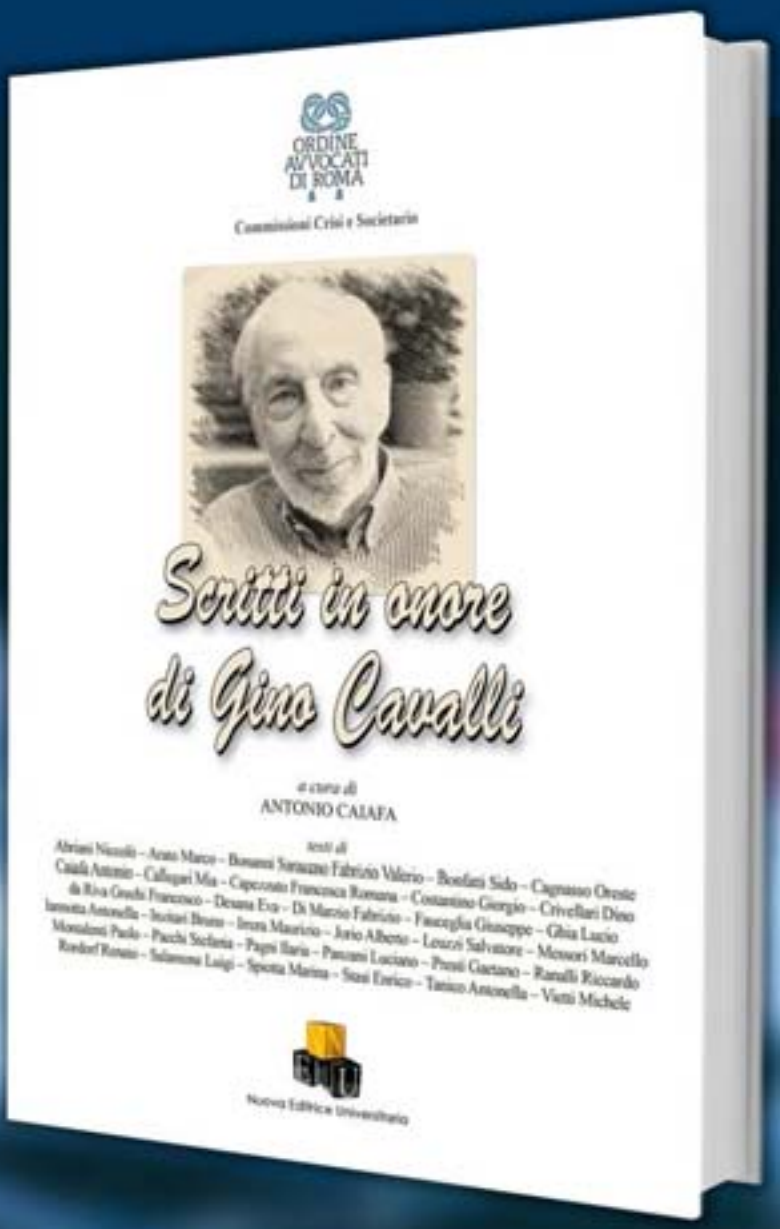
Quanto sopra rappresenta, in sostanza, il quadro normativo.

In ordine alle criticità dell'istituto, si sottolineano – allo stato – due aspetti:

- assenza di preventivo contraddittorio tra Agenzia delle Entrate e contribuente che intenda aderire al concordato;
- assenza di un regime premiale e vantaggi fiscali stabiliti per legge e più favorevoli al contribuente, tali da indurre maggiormente il contribuente ad optare per il concordato preventivo biennale (come ad esempio per i rimpatriati dall'estero), vista anche la scarsa probabilità di subire un controllo fiscale per quanto sopra esposto.

Guerrino Petillo e Luigi Piccarozzi
*Avvocati del Foro di Roma*
*Componenti Commissione diritto tributario*
*Consiglieri Camera di diritto Tributario di Roma*

# 33 autori 700 pagine 1048 note




**Abriani Niccolò**
**Arato Marco**
**Bonanni Saraceno Fabrizio Valerio**
**Bonfatti Sido**
**Cagnasso Oreste**
**Caiafa Antonio**
**Callegari Mia**
**Capezzuto Francesca Romana**
**Costantino Giorgio**
**Crivellari Dino**
**Da Riva Grechi Francesco**
**Desana Eva**
**Di Marzio Fabrizio**
**Fauceglia Giuseppe**
**Ghia Lucio**
**Iannotta Antonella**
**Inzitari Bruno**
**Irrera Maurizio**
**Jorio Alberto**
**Leuzzi Salvatore**
**Messori Marcello**
**Montalenti Paolo**
**Pacchi Stefania**
**Pagni Ilaria**
**Panzani Luciano**
**Presti Gaetano**
**Ranalli Riccardo**
**Rordorf Renato**
**Salamone Luigi**
**Spiotta Marina**
**Stasi Enrico**
**Tanico Antonella**
**Vietti Michele**

**per info e prenotazioni:**
nuovaeditriceuniversitaria.it - nuovaeditriceunivers@libero.it

Nuova Editrice Universitaria
IL XXI SECOLO DEL DIRITTO
RADIO CONGRESSO by INFOCARCERE
BookMark TV
Editoria & Comunicazione