

## PRIMO PIANO

---

### Ordinamento forense

#### Parametri avvocati, via libera del CdS sulla bozza di decreto: prossima la pubblicazione in GU

*Riccardo Pallotta - Esperto di Previdenza Professionale, Organizzazione e Funzionamento della Pubblica Amministrazione*

Dopo il parere (sostanzialmente) favorevole del Consiglio di Stato sulla bozza di decreto sta per vedere la luce il decreto che detta i parametri per la fissazione dei compensi ai legali in assenza di previo accordo. Appena il Ministero avra' operato i marginali correttivi formali richiesti dalla magistratura amministrativa, il "decreto parametri" approderà in Gazzetta Ufficiale.

### ADR

#### Alpa, CNF: mediazione e arbitrato da potenziare, anche in corso di causa

Giustizia alternativa, Alpa (CNF): "L'Avvocatura ha già attivato 122 Organismi di mediazione e 16 Camere arbitrali tramite gli Ordini forensi. Un'importante funzione sussidiaria e qualificata al servizio dei cittadini". Venerdì 15 novembre il presidente del Consiglio Nazionale Forense, Guido Alpa, ha aperto i lavori della riunione dei presidenti degli Ordini distrettuali.

### Contratto preliminare

#### La tolleranza dell'inadempimento non importa rinuncia alla clausola risolutiva

*Sandro Nardi - Avvocato e ricercatore di diritto privato dell'Università di Roma Tor Vergata*

In tema di clausola risolutiva espressa, la tolleranza del creditore, che si può estrinsecare tanto in un comportamento negativo, quanto in uno positivo, non determina l'eliminazione della clausola per modificazione della disciplina contrattuale, né è sufficiente ad integrare una tacita rinuncia ad avvalersene.

### Appalti

#### Esclusione per D.U.R.C. irregolare solo con contestazione dell'I.N.A.I.L.

*Michele Didonna - avvocato amministrativista in Bari*

Non può costituire presupposto per l'esclusione, né per la revoca dell'aggiudicazione la presentazione di un D.U.R.C. irregolare, ove di tale irregolarità l'aggiudicataria sia venuta a conoscenza solo in occasione del provvedimento in autotutela, stante la mancata contestazione all'impresa, con relativo termine per contraddire, chiarire o regolarizzare la situazione, da parte dell'Ente previdenziale che rende non "definitivamente accertata" la violazione contestata.

## NOTIZIE E COMMENTI

---

### Responsabilità civile

#### Risarcimento in forma specifica, i limiti della domanda in caso di veicolo incidentato

La domanda di risarcimento del danno subito da un veicolo a seguito di incidente stradale, quando abbia ad oggetto la somma necessaria per effettuare la riparazione dei danni, deve considerarsi come richiesta di risarcimento in forma specifica, con conseguente potere del giudice, ai sensi dell'art. 2058, secondo comma, cod. civ., di non darvi ingresso e di condannare il danneggiante al risarcimento per equivalente, ossia alla corresponsione di un somma pari alla differenza

di valore del bene prima e dopo la lesione, allorquando il costo delle riparazioni superi notevolmente il valore di mercato del veicolo.

(Ordinanza Cassazione civile 04/11/2013, n. 24718)

---

## **Società**

### **Snc, cessione della quota e responsabilità del socio per obbligazioni sociali**

Il socio di una società in nome collettivo che abbia ceduto la propria quota risponde, nei confronti dei terzi, delle obbligazioni sociali sorte fino al momento in cui la cessione sia stata iscritta nel registro delle imprese o fino al momento (anteriore) in cui il terzo sia venuto a conoscenza della cessione.

(Sentenza Cassazione civile 30/10/2013, n. 24490)

---

## **Procedure concorsuali**

### **La casa del fallito: quando il Giudice può emettere l'ordine di liberazione?**

*Cristina Mantelli - Avvocato in Bologna*

L'ordine di liberazione dev'essere emesso dal Giudice Delegato al più tardi al momento dell'aggiudicazione del bene. In caso di liquidazione dell'immobile destinato ad abitazione del fallito, l'ordine di liberazione può essere emesso anche prima dell'aggiudicazione, purché sia iniziata la liquidazione di tale bene (che non necessariamente deve seguire la liquidazione degli altri cespiti).

(Decreto Tribunale Reggio Emilia 26/10/2013)

---

## **Truffa ai danni dello Stato**

### **Percezione indebita di prestazioni, finanziamenti o contributi rateizzati: quanto "dura" il reato?**

Nella fattispecie di truffa ai danni dello Stato per percezione di prestazioni indebite di finanziamenti e contributi la cui erogazione sia rateizzata periodicamente nel tempo, non si verte in tema di reato permanente, né di reato istantaneo ad effetti permanenti, bensì di reato a consumazione prolungata, giacché il soggetto palesa la volontà, fin dall'inizio, di realizzare un evento destinato a durare nel tempo.

(Sentenza Cassazione penale 05/11/2013, n. 44624)

---

## **Condono edilizio**

### **Data di ultimazione delle opere abusive ai fini del condono edilizio**

Un mutamento di destinazione d'uso di un sottotetto in mansarda abitabile può considerarsi ultimato, ai fini della richiesta il condono edilizio, alla data del completamento funzionale dell'intervento.

Il completamento funzionale implica uno stato di avanzamento nella realizzazione delle opere tale da consentirne potenzialmente, e salve le sole finiture, la fruizione.

L'organismo edilizio deve aver assunto una sua forma stabile nella consistenza planovolumetrica e una sua riconoscibile e inequivoca identità funzionale, che ne connoti con assoluta chiarezza la destinazione d'uso.

(Consiglio di Stato Sentenza, Sez. IV, 08/11/2013, n. 5336)

---

## **Appalti**

### **Dichiarazioni sul possesso dei requisiti di moralità professionale del socio di maggioranza**

In materia di dichiarazione circa il possesso dei requisiti di moralità professionale prescritti per l'ammissione alle procedure di affidamento di concessioni e di appalti pubblici, le dichiarazioni richieste dall'art. 38, comma 1, lettere b), c) ed m-ter del Codice dei contratti pubblici, nelle società con meno di quattro soci, debbano essere rese, oltre che dal socio titolare di una quota maggiore del 50%, da entrambi i soci partecipanti al 50% nel caso di due soci e, nel caso di tre soci, dal solo socio partecipante al 50%.

(Consiglio di Stato Sentenza, Sez. Ad. plenaria, 06/11/2013, n. 24)

**IL PUNTO SU...**

---

## **Prelazione societaria**

### **La comunicazione deve contenere anche l'indicazione del nome del terzo offerente**

*Ivan Libero Nocera - Avvocato in Milano e Dottore di ricerca presso la Scuola Sant'Anna di Pisa*

Nella clausola di prelazione per il caso di vendita di azioni, l'impegno di preferire i soci nella conclusione dell'affare implica l'obbligo di comunicare a tutti i soci titolari dello stesso diritto di prelazione tutti gli elementi della offerta pervenuta al terzo.

---

## **Ordinamento forense**

### **Parametri avvocati, via libera del CdS sulla bozza di decreto: prossima la pubblicazione in GU**

*Riccardo Pallotta - Esperto di Previdenza Professionale, Organizzazione e Funzionamento della Pubblica Amministrazione*

#### **Premessa**

L'8 ottobre scorso, ci siamo occupati, sul Quotidiano, dei contenuti e delle principali caratteristiche del decreto che, in ottemperanza al disposto dell'art. 13.6 della l. 247/12 sul nuovo ordinamento forense (e su conseguente proposta del Consiglio Nazionale Forense, di seguito – in breve - CNF), il Ministero della giustizia aveva predisposto ed inviato al Consiglio di Stato per il parere obbligatorio (ancorché non vincolante) al fine di disciplinare la “determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense”.

Rinviando a quell'articolo per l'esame in dettaglio del testo, oltre che dei principali elementi di difformità tra la proposta del CNF e la stesura finale del decreto ministeriale, in questa sede, dopo una brevissima sintesi della normativa di riferimento daremo conto del parere reso nell'Adunanza del 24/10/13 dalla Sezione Consultiva per gli Atti Normativi del Consiglio di Stato e depositato lo scorso 11 novembre: parere che, in quanto sostanzialmente positivo, rappresenta in viatico per la prossima pubblicazione in Gazzetta del provvedimento.

#### **Quadro normativo di riferimento**

Come noto, il D.L. 1/2012, (convertito in L. 27/2012), ha abrogato le tariffe professionali demandando ad un successivo decreto ministeriale l'adozione di parametri per la liquidazione dei compensi da parte degli organi giurisdizionali.

Tali parametri sono stati individuati lo scorso anno – in uno con quelli relativi alla liquidazione giudiziale dei compensi di altre categorie professionali – con il D.M. Giustizia n. 140/2012: un provvedimento, questo, fortemente criticato dall'Avvocatura, anche e soprattutto in ragione del suo effetto indotto di notevole contrazione dei proventi dell'attività professionale.

Anche alla luce di tali contestazioni, il Ministero della giustizia si è risolto a modificare il D.M. 140/12 adottando molteplici decreti per diverse categorie professionali (V. articoli sul Quotidiano), ivi compresa l'Avvocatura.

A differenza di altre categorie, tuttavia, la vicenda dei parametri forensi è ancora pendente poiché, per un verso, il Consiglio di Stato, pur “approvando” la precedente versione del decreto correttivo, aveva avanzato forti perplessità in merito ad alcune sue disposizioni.

Ma, per altro verso e soprattutto, nelle more di tale iter è entrata in vigore il nuovo Ordinamento professionale dell'Avvocatura (L. 247/12) che, da un lato, ha rimodulato le competenze tra Ministero e Consiglio Nazionale Forense in merito ai provvedimenti afferenti i compensi, conferendo al CNF il “potere di proposta” in materia.

E, d'altro lato, dispone che il ricorso a tali parametri non più limitato alla sola liquidazione giudiziale dei compensi, ma è necessario:

- a) quando il compenso non è stato (pre)determinato in forma scritta;
- b) in ogni caso di assenza di accordo tra legale e cliente;
- c) qualora la prestazione professionale sia resa nell'interesse di terzi;
- d) per prestazioni “officiose” previste dalla legge. In forza di tale (rinnovata) competenza, il CNF – all'esito di un lungo ed

articolato iter di elaborazione e consultazione della categoria – ha trasmesso il 24 maggio scorso la propria “proposta” al Ministero il quale – dopo un’approfondita disamina del testo – il 1° ottobre scorso ha trasmesso al Consiglio di Stato il conseguente schema di decreto, contenente la bozza originaria del CNF, come revisionata: revisione che – come abbiamo illustrato nell’articolo dell’8 ottobre scorso - non è stata meramente formale.

## **Il parere del Consiglio di Stato**

Come detto, al fine di non “appesantire” questo scritto, rinviamo al succitato articolo per l’illustrazione di dettaglio dello schema di decreto e, in questa sede, illustriamo – invece – i contenuti del parere con il quale il Consiglio di Stato ha sostanzialmente dato il via libera al decreto: via libera che consentirà a breve – non appena il Ministero avrà proceduto alle verifiche e rettifiche formali segnalate dal Consiglio di Stato – la pubblicazione del provvedimento sulla Gazzetta Ufficiale e, quindi, la sua entrata in vigore, con ogni probabilità, entro il corrente anno.

Il parere n. n. 4514/2013, reso dalla Sezione Consultiva per gli Atti Normativi nell’Adunanza del 24/10/13 e depositato il successivo 11/11/13, dopo aver analiticamente ripercorso (attraverso la citazione della relazione ministeriale di accompagnamento allo schema di DM) il lungo ed articolato iter necessario per addivenire alla formulazione dello testo definitivo ed aver illustrato e valutato l’articolazione formale del testo – nella sostanza non entra nel merito delle scelte operate dal CNF e, in seconda battuta, dal Ministero.

La Sezione inizia, infatti, la parte “motiva” del parere con la valutazione secondo la quale lo schema di regolamento appare “conforme... alle finalità di garanzia della indipendenza e della autonomia degli avvocati (nella specie, con specifico riguardo al profilo economico, nel che è l’essenza stessa dello schema normativo), nonché di cura della qualità ed efficacia della prestazione professionale, postulata dall’articolo 1, comma 2, della legge 31 dicembre 2012 n. 247 e che si concretizzano, per quanto concerne l’odierna proposta, nella definizione di un "sistema a costi prevedibili > [secondo la dizione della relazione del CNF alla proposta sottoposta al Ministero N.d.R.], nell’ottica della semplificazione del sistema di definizione degli onorari”.

Tuttavia, nonostante la “condivisione di massima” dell’impianto del provvedimento, la Sezione ritiene opportuno avanzare alcune osservazioni di carattere “sia sostanziale che formale” al testo.

Diciamo, sin d’ora che – scorrendo il parere – le osservazioni sono, quantitativamente, di gran lunga più formali che sostanziali e – per la maggior parte – si concretizzano in molteplici osservazioni lessicali o di “coordinamento redazione” dell’articolato.

Per quanto, invece, attiene più direttamente alla sostanza, il Collegio sottolinea come – anche dalla lettura della relazione ministeriale – si evinca che l’elemento di maggior rilievo è rappresentato dai “parametri numerici” individuati nello schema: parametri che – per citare proprio la relazione – comportano quasi sempre “un incremento particolarmente significativo rispetto agli attuali”, nonostante il Ministero stesso abbia persino provveduto a ridurre degli incrementi “più vistosi” contenuti nella proposta del CNF (e in alcuni casi, anche in due distinte occasioni).

Alla luce di tale circostanza, il parere afferma che il Collegio si è conseguentemente “fatto ... doverosamente carico della questione concernente la misura dei parametri numerici ... al fine di verificarne la legittimità, anche in funzione di una "facile > obiezione in ordine ad una ipotetica eccessività dei compensi previsti”.

In tale ottica, la Sezione rileva – opportunamente – che se, in termini teorici e generali, può configurarsi una certa dose di “dirigismo” collegata ai riflessi pubblicistici connessi ad alcune professioni liberali, non può – per converso – tacersi che “...la professione legale si inquadra, quanto ai compensi spettanti, in un contesto europeo, pressoché generalizzato, di "libero mercato" : di ciò risente la previsione di parametri che tendono, dichiaratamente, al "giusto compenso" , pur nell’incontrovertibile carattere di obbligatorietà del patrocinio legale, che non potrebbe, in astratto, non incidere sulla fruibilità del servizio pubblico erogato dai professionisti di cui trattasi, in punto di logicità dei parametri stessi”.

Ciò premesso, tuttavia, la Sezione segnala la rilevanza dirimente della circostanza per la quale il criterio generale in materia di compensi – quale dettato dalla norma ordinamentale (L. 247/12) – è che “la pattuizione dei compensi è libera”.

In uno con la ulteriore previsione (art. 13.7 della legge) per la quale “i parametri sono formulati in modo da favorire la trasparenza nella determinazione dei compensi dovuti per le prestazioni professionali e l’unitarietà e la semplicità nella determinazione dei compensi”.

Con la conseguenza per la quale – proprio per non incorrere in una contraddizione interna – la legge nulla dice (perché nulla poteva/doveva dire) in ordine alla misura dei compensi stessi.

Di conseguenza (ma, va detto, un po' "a sorpresa") il Consiglio di Stato ha ritenuto che – dal momento che è la norma primaria a circoscrivere la discrezionalità dell'amministrazione nell'adozione dei parametri - tale gabbia normativa "non consente al Collegio di formulare ulteriori osservazioni che andrebbero ad impingere nel non consentito esame dello stretto merito della questione".

**Ma con una eccezione** (che tuttavia merita un commento in fase di conclusioni).

Il Collegio ritiene infatti, di dover – al contrario – entrare nel merito dei parametri per la liquidazione delle spese per prestazioni svolte, in ambito penale, in favore dei soggetti ammessi al gratuito patrocinio: situazione nella quale è previsto un abbattimento (del 30%) degli importi liquidabili, inferiore a quello previsto per la materia civile (nella quale l'abbattimento è del 50%).

Al riguardo, il parere afferma che – pur condividendo in parte le ragioni addotte per motivare tale differenziazione (ossia la specialità della materia, che coinvolge diritti fondamentali e costituzionalmente garantiti, quali quello alla libertà personale) - non sembra ragionevole porre – come nella sostanza avviene – alla base di tale divergenza, una presunta maggior dignità della relativa attività defensionale.

E di conseguenza, entrando – appunto – nel "merito economico" della relativa "tabella", la Sezione suggerisce un ridimensionamento del parametro "in misura pari al 5/10%", anche alla luce delle esigenze di bilancio rilevate dallo stesso Ministero della giustizia nella relazione di accompagnamento e, soprattutto, della circostanza per la quale l'art. 1.5 della L. 247/12 dispone espressamente che "...dall'attuazione dei regolamenti ... non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica".

Tutto ciò posto è premesso, la Sezione dà il proprio parere favorevole allo schema di decreto, nei termini in cui sia dato corso alle osservazioni formali e sostanziali sopra indicate.

### **Brevi riflessioni**

In linea di massima, dovremmo seguire la "logica" del Consiglio di Stato, e non entrare nel merito delle singole voci di costo, dal momento che, per un verso, scenderemmo in un tecnicismo probabilmente eccessivo e, per altro verso, ci dovremmo dilungare oltre i limiti "quantitativi" propri di questo genere di articoli. Tuttavia, non possiamo esimerci da due, brevissime, riflessioni che potremmo definire "di contesto":

- in primo luogo, pur all'esito della importante opera di "alleggerimento" operata dal Consiglio di Stato, l'estrema articolazione di dettaglio dei parametri rende evidente il rischio di una "risurrezione" delle tariffe professionali, veicolata da una - più o meno legittimamente indotta - propensione dei legali a non stipulare accordi preventivi con la clientela (in particolare quella non "strutturata" o "non imprenditoriale");
- in secondo luogo, sembra che il Consiglio di Stato sia stato, da un lato "timido" e dall'altro "contraddittorio": timido, nella misura in cui, trincerandosi dietro la teoricità del principio, ha completamente abdicato al proprio onere di verificare le modalità con le quali è stata esercitata la "discrezionalità tecnica" dal Ministero (ed a monte dal CNF) nell'elaborazione di parametri e tabelle, con ciò rinunciando a rettificare alcune voci che – probabilmente – appaiono eccessivamente dettagliate e, quindi, "onerose"; contraddittorio perché – invece – non si è trattenuto dall'entrare nel "merito economico" delle tabelle, nel momento in cui ha "suggerito" (e non si comprende il senso giuridico dell'opzione per il "mero suggerimento") una limatura dei costi del gratuito patrocinio. Infatti, o non si entra nel merito mai, o lo si fa sempre.

E se, poi, tale ultimo intervento è basato sulla previsione di legge in ordine al vincolo di non creare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica (come espressamente affermato) la soluzione non passa per un "minor aumento" ma dalla completa assenza degli aumenti stessi.

*Copyright © - Riproduzione riservata*

### **Riferimenti normativi:**

(Parere Consiglio di Stato 11/11/2013, n. 4514)

### **Documenti collegati:**

[Le potenziali novità \(e criticità\) per la liquidazione giudiziale dei compensi forensi](#)

[Torna indietro](#)

---

---

## ADR

### Alpa, CNF: mediazione e arbitrato da potenziare, anche in corso di causa

Camere di conciliazione e camere arbitrali promosse dall'Avvocatura su tutto il territorio, per garantire un migliore servizio giustizia di prossimità ai cittadini, davanti alla sempre più evidente abdicazione da parte dello Stato.

“Gli Ordini forensi hanno già costituito 122 Organismi di conciliazione e 16 Camere arbitrali. Un buon risultato, con margini di ulteriore miglioramento, pur nelle condizioni di difficoltà nelle quali l'Avvocatura è costretta ad agire”.

Lo ha riferito venerdì 15 novembre il presidente del Consiglio Nazionale Forense, Guido Alpa, aprendo i lavori a Roma della riunione dei presidenti degli Ordini distrettuali.

“Questi numeri dimostrano che l'Avvocatura responsabilmente assolve a un ruolo suppletivo per garantire ai cittadini un servizio essenziale dello Stato, oggetto spesso di riforme non ponderate e non condivise con gli operatori. Esempio ne è la mediazione obbligatoria, che l'Unione europea non impone. Tuttavia gli Ordini forensi hanno organizzato un servizio ramificato sul territorio che occorre valorizzare, perché è garanzia di preparazione e qualità”.

Il prossimo passo, ha detto Alpa ai presidenti, è quello di potenziare la presenza delle Camere arbitrali.

Al ministero della giustizia, infatti, si profila l'ipotesi, che l'Avvocatura vedrebbe con favore, di introdurre la cosiddetta *translatio iudicii*: ossia la possibilità per il giudice, su richiesta congiunta delle parti, di rimettere ad un arbitro o collegio arbitrale la causa che stenta a procedere, salvando l'attività compiuta in tribunale.

“Il CNF è a disposizione degli Ordini per coadiuvarli nell'organizzazione di questi organismi” ha ribadito Alpa. Nel corso della riunione si è affrontato il tema, introdotto dal consigliere tesoriere Lucio Del Paggio, dell'assicurazione obbligatoria per gli avvocati, prevista dalla legge forense. Il confronto avviato oggi, al quale intervenuta anche la Cassa forense, è stato utile per verificare la fattibilità delle diverse ipotesi in campo: polizze collettive oppure convenzioni quadro ad adesione volontaria, con l'obiettivo di garantire condizioni a garanzia dei cittadini e non eccessivamente onerose per gli avvocati.

La maggior parte degli interventi è stata favorevole alla ipotesi di una polizza collettiva, ipotesi che il CNF approfondirà in attesa dell'adozione da parte del Ministero del decreto che deve fissare condizioni minime e massimali.

---

*Consiglio Nazionale Forense, Comunicato Stampa 15/11/2013*

*A cura della Redazione*

*Copyright © - Riproduzione riservata*

[Torna indietro](#)

---

---

## Contratto preliminare

### La tolleranza dell'inadempimento non importa rinuncia alla clausola risolutiva

*Sandro Nardi - Avvocato e ricercatore di diritto privato dell'Università di Roma Tor Vergata*

#### IL CASO

Con contratto preliminare del luglio 1995 la Società Alfa e la Società Beta promettevano di vendere a Tizio, per il prezzo di lire 310 milioni, un immobile sito in Castel Gandolfo, di proprietà della Società Gamma, la quale con preliminare dell'aprile 1993, lo aveva promesso in vendita alla Società Beta, che si era riservata il diritto di nominare un terzo e che poi nominava nella persona di Tizio.

Senonché, dopo essere stato immesso nel possesso dell'immobile e aver pagato un acconto di 110 milioni di lire, Tizio constatava che l'immobile medesimo era stato ceduto dalla Società Alfa alla Società Delta, la quale aveva poi nominato promissario acquirente Caio.

Ciò posto, Tizio agiva in giudizio nei confronti della Società Gamma, proprietaria dell'immobile, nonché contro le Società Alfa, Beta e Delta chiedendo al tribunale adito che, accertata la sua qualità di terzo acquirente nominato dalla Società Beta, gli fosse trasferita, ex art. 2932 c.c., la proprietà dell'immobile e fossero condannate le Società Alfa e Beta al risarcimento dei danni in suo favore, solidalmente con i rispettivi rappresentanti legali personalmente.

Si costituiva la Società Gamma la quale chiedeva, per parte sua, l'adempimento del preliminare dell'aprile 1993 e il pagamento del saldo del prezzo e l'accollo del mutuo, riservandosi tuttavia di modificare la domanda di adempimento in domanda di risoluzione, considerato il decorso del termine contrattuale per il pagamento del prezzo.

La domanda di adempimento, in effetti, veniva successivamente sostituita con quella di risoluzione, in forza della clausola risolutiva espressa contenuta nel contratto dell'aprile 1993.

Il tribunale respingeva la domanda di parte attrice. Accoglieva, invece, la domanda della Società Gamma di risoluzione del contratto preliminare dell'aprile 1993, stipulato con la Società Beta, per inadempimento di quest'ultima, ai sensi dell'art. 1456 c.c. in tema di clausola risolutiva espressa. La Corte di Appello confermava la sentenza di primo grado.

## **LA DECISIONE DELLA CORTE**

La Suprema Corte ha in primo luogo evidenziato come Tizio possa ritenersi legittimato ad agire ex art. 2932 c.c. in quanto terzo acquirente nominato dalla Società Beta e cessionario del contratto preliminare di compravendita dell'aprile 1993 stipulato con la Società Gamma.

Ciò posto, la Cassazione ha comunque stabilito che il contratto preliminare del 1993 si sarebbe potuto risolvere ex art. 1456 c.c. ancorché il promittente venditore ne avesse precedentemente chiesto l'adempimento. È invero ammissibile variare la domanda di adempimento in quella di risoluzione ex art. 1456 c.c., sempre che non vi sia stata una tacita o implicita rinuncia ad avvalersi della clausola risolutiva. Rinuncia che, nel caso di specie, non v'è stata.

Infatti, ha precisato la Corte, con logico e motivato apprezzamento delle risultanze di causa, i giudici di merito hanno infatti sottolineato: che la Società Gamma ha indubbiamente avuto un iniziale atteggiamento tollerante, al manifestarsi dei primi conflitti tra i vari soggetti che rivendicavano il proprio titolo ad essere parti del futuro contratto definitivo di compravendita, nel corso del 1995, dovuto alla necessità di ricercare comunque una soluzione che conservasse possibilmente gli effetti del contratto previo chiarimento delle posizioni di tutti i soggetti coinvolti; e che la stessa Società tuttavia, già con la costituzione in giudizio, nel maggio 1996, aveva manifestato la propria volontà, sia pure subordinatamente, di avvalersi della clausola risolutiva espressa, tanto più a fronte di un inadempimento che perdurava da tempo. Tale essendo la situazione inoppugnabilmente emergente dalla ricostruzione fatta dai giudici del merito, la sentenza impugnata si è attenuta, correttamente, al principio secondo cui, in tema di clausola risolutiva espressa, la tolleranza della parte creditrice, che si può estrinsecare tanto in un comportamento negativo, quanto in uno positivo, non determina l'eliminazione della clausola per modificazione della disciplina contrattuale, né è sufficiente ad integrare una tacita rinuncia ad avvalersene, ove la parte creditrice contestualmente o successivamente all'atto di tolleranza manifesti l'intenzione di avvalersi della clausola in caso di ulteriore protrazione dell'inadempimento (Cass., Sez. III, 15 luglio 2005, n. 15026; Cass., Sez. III, 14 febbraio 2012, n. 2111).

## **POSSIBILI IMPATTI PRATICO OPERATIVI**

La decisione della Corte di cassazione si pone in linea con quanto stabilito dalla Legge in ordine alla possibilità di chiedere la risoluzione anche ove sia stato promosso il giudizio per chiedere l'adempimento (art. 1453, comma 2, c.c.) e specifica come tale principio valga anche con riguardo alla risoluzione di diritto ex art. 1456 c.c.

A tale riguardo, giova evidenziare come non esistano limiti temporali alla dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva, per la quale è ammissibile anche un comportamento concludente.

Più specificamente, potrebbe certamente ammettersi una rinuncia tacita alla clausola risolutiva espressa, che si manifesta mediante comportamenti incompatibili con la conservazione del diritto alla risoluzione, come potrebbe essere, ad esempio, l'adempimento di alcune prestazioni (sul punto, cfr. Cass., 24.11.2010, n. 23824).

Al contrario, non può ritenersi integrare un comportamento concludente di rinuncia tacita alla clausola risolutiva espressa la mera tolleranza dell'inadempimento.



[Torna indietro](#)

---

## Appalti

### Esclusione per D.U.R.C. irregolare solo con contestazione dell'I.N.A.I.L.

*Michele Didonna - avvocato amministrativista in Bari*

Il Tribunale amministrativo di Lecce, con la sentenza **10 ottobre 2013, n. 2108**, ha stabilito che è illegittima la revoca in autotutela dell'aggiudicazione di una gara d'appalto motivata, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. i), D.Lgs. n. 163/2006, con riferimento alla presentazione di un D.U.R.C. irregolare nel caso in cui l'Istituto di previdenza non abbia preventivamente e formalmente contestato alla concorrente tali irregolarità, come imposto dall'art. 7, D.M. Lavoro 24 ottobre 2007, atteso che, in assenza della prescritta procedura in contraddittorio, la violazione non può dirsi "definitivamente accertata".

#### Analisi del caso

A seguito di una procedura di gara pubblica un'A.T.I. - capogruppo la ricorrente - era risultata aggiudicataria del servizio di refezione scolastica e fornitura di pasti caldi ad anziani e indigenti presso un Comune e ne aveva iniziato l'esecuzione in via d'urgenza; con successivi provvedimenti, tuttavia, l'Amministrazione, sulla base del fatto che la capogruppo, alla data di scadenza del termine per la partecipazione alla gara, non fosse in regola ai fini del D.U.R.C., ha revocato in autotutela l'aggiudicazione e ha affidato il servizio all'impresa seconda in graduatoria.

Avverso tali atti, la società ricorrente ha mosso censure, eccependo la violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. i), D.Lgs. n. 163/2006, nonché travisamento dei fatti e insussistenza dei presupposti normativi, atteso che la revoca dell'aggiudicazione risultava determinata da un D.U.R.C. irregolare, anch'esso gravato col ricorso principale, non fondato su alcuna violazione "definitivamente accertata" della normativa previdenziale; con ricorso per motivi aggiunti è stato impugnato, altresì, il provvedimento di escussione, per mancata stipula del contratto, della cauzione provvisoria prestata dall'aggiudicataria.

Si sono costituite la civica P.A. e l'I.N.A.I.L., resistenti, che hanno preliminarmente eccepito il difetto di giurisdizione del G.A. relativamente all'impugnazione del D.U.R.C. e hanno chiesto la reiezione del ricorso.

#### La soluzione

La Sezione salentina del T.A.R. Puglia ha preliminarmente rigettato l'eccezione processuale, evidenziando che, come chiarito dalla memoria depositata dalla stessa ricorrente, l'impugnazione del documento di regolarità contributiva, quale mero atto presupposto, non mirasse a sollecitare un sindacato del Giudice sul corrispondente rapporto obbligatorio tra l'Ente e l'impresa, ma dovesse ritenersi esclusivamente funzionale alla contestazione dei provvedimenti assunti dalla stazione appaltante sulla base di quel medesimo documento, sì da radicare la giurisdizione esclusiva del G.A. in materia di procedure di affidamento e di requisiti per parteciparvi (cfr. Cass. civ., Sez. Un., 9 febbraio 2011, n. 3169; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 11 maggio 2012, n. 1341; *contra*, T.A.R. Toscana, Sez. I, 14 febbraio 2011, n. 313).

Quanto al merito del ricorso, il Collegio ha ricordato che, ai sensi della disposizione dell'art. 38, comma 1, lett. i), D.Lgs. n. 163/2006, costituisce causa di esclusione per difetto di un requisito di ordine generale la violazione grave "definitivamente accertata" delle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali: nel caso di specie, ha proseguito il T.A.R., risultava che l'I.N.A.I.L. non avesse mai contestato alla ricorrente la violazione contributiva che aveva dato origine al D.U.R.C. irregolare, sicché quest'ultima aveva partecipato alla procedura di gara auto dichiarando il possesso di tutti i requisiti di cui al citato art. 38, D.Lgs. n. 163/2006, avendo avuto notizia della irregolarità solo al momento della comunicazione della revoca in autotutela dell'aggiudicazione.

Il D.M. Lavoro del 24.10.2007, ha sottolineato il Tribunale, prevede espressamente che, in caso di mancanza dei requisiti di cui all'art. 5 del medesimo decreto, riguardanti la regolarità contributiva, gli Istituti previdenziali sono tenuti, prima di rilasciare il D.U.R.C., a invitare l'interessato a regolarizzare la posizione ovvero a contestarla entro un termine non superiore a 15 giorni, introducendo una sorta di obbligo di procedura partecipata in contraddittorio, finalizzata ad accertare le violazioni contestate: come ammesso dalla difesa dell'I.N.A.I.L., inoltre, è emerso che la comunicazione fosse avvenuta esclusivamente a mezzo posta elettronica a un indirizzo non corrispondente a quello indicato dalla ricorrente al momento della richiesta di D.U.R.C. e senza che fosse mai pervenuta conferma di lettura del messaggio, sicché il Giudice ha ritenuto non perfezionato il preavviso imposto dall'art. 7 della normativa secondaria.



A giudizio del Collegio, dunque, non essendosi completato il procedimento di contestazione dell'irregolarità da parte dell'I.N.A.I.L., per la mancanza della **fase in contraddittorio**, la violazione non poteva dirsi **definitivamente accertata** e, conseguentemente, non poteva essere posta a fondamento di alcun provvedimento di esclusione, né di revoca dell'eventuale aggiudicazione (Cons. Stato, Sez. IV, 24 febbraio 2011, n. 1228); valutata la fondatezza del ricorso, infine, il Tribunale ha accolto anche i motivi aggiunti e ordinato la restituzione della cauzione illegittimamente escussa dalla civica P.A..

### **I precedenti e i possibili impatti pratico-operativi**

La giurisprudenza sul punto, in materia del possesso dei requisiti di ordine generale imposti *ex art. 38, D.Lgs. n. 163/2006*, è copiosa e varia, ma ha registrato un assestamento su alcuni aspetti decisivi in funzione dell'interpretazione sistematica della richiamata disposizione: in merito alla valutazione sulla **gravità delle violazioni**, ad esempio, è recentemente intervenuta una pronuncia dell'Adunanza plenaria che ha chiarito la portata della norma, anche precedentemente al D.L. n. 70/2011, stabilendo come sia precluso alla P.A. ogni **sindacato discrezionale**, caso per caso, sul contenuto dei D.U.R.C. rilasciati dagli Istituti previdenziali, gli unici demandati al vaglio delle situazioni contributive delle imprese e che, in assenza del documento di regolarità, si debba ricorrere una **presunzione *iusuris et de iure*** della gravità delle eventuali violazioni (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 4 maggio 2012, n. 8; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 6 dicembre 2012, n. 2066; *contra*, Cons. Stato, Sez. IV, 24 febbraio 2011, n. 1228, *cit.*; *idem*, Sez. V, 11 gennaio 2011, n. 83; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 23 marzo 2010, n. 296, che, pur in presenza di un D.U.R.C. quale "**fatto inoppugnabile**", rimettono all'Amministrazione il compito di valutare la gravità delle violazioni).

La decisione segnalata aderisce al recente indirizzo autorevole dell'Adunanza plenaria che ha attribuito **autonoma rilevanza** al procedimento di rilascio del documento unico di regolarità contributiva da parte degli enti previdenziali, con ciò limitando lo spazio di intervento e valutazione della P.A.; la sentenza del T.A.R. Lecce, tuttavia, trae un interessantissimo corollario da quanto stabilito dal Consiglio di Stato e si spinge, in ragione della tutela del **principio del favor participationis** e della **massima concorrenza**, sino al punto di estendere i vizi propri di quell'autonomo procedimento tipico degli Istituti previdenziali anche alla diversa, connessa procedura di gara condotta dalla stazione appaltante che da quello tragga elementi istruttori, realizzando un **procedimento amministrativo complesso "multitasking"** che meglio si adatta alle crescenti esigenze di effettiva trasparenza, efficienza e buon andamento dell'attività amministrativa.

Copyright © - Riproduzione riservata

### **Riferimenti normativi:**

(TAR Puglia, Sentenza, Sez. III, 10/10/2013, n. 2108)

[Torna indietro](#)

---

### **Responsabilità civile**

#### **Risarcimento in forma specifica, i limiti della domanda in caso di veicolo incidentato**

A norma dell'art. 2058, comma 2, cod. civ., il giudice, allorché sia richiesto il risarcimento in forma specifica può disporre che avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta particolarmente onerosa per il debitore. Si ha onerosità, ai sensi della citata norma, quando il sacrificio economico necessario per il risarcimento in forma specifica, in qualsiasi dei modi prospettabili (incluse, quindi, le riparazioni effettuate direttamente dal danneggiante o la corresponsione delle somme al danneggiato per effettuare dette riparazioni), superi in misura appunto eccessiva, date le circostanze del caso, il valore da corrispondere in base al risarcimento per equivalente.

Ne consegue che, in caso di domanda di risarcimento del danno subito da un veicolo a seguito di incidente stradale, costituita dalla somma di denaro necessaria per effettuare la riparazione dei danni, in effetti si è proposta una domanda di risarcimento in forma specifica. Se detta somma supera notevolmente il valore di mercato dell'auto, da una parte essa risulta eccessivamente onerosa per il debitore danneggiante, e dall'altra finisce per costituire locupletazione per il danneggiato.

Ne consegue che, in caso di notevole differenza tra il valore commerciale del veicolo incidentato ed il costo richiesto delle riparazioni necessarie, il giudice potrà, in luogo di quest'ultimo, condannare il danneggiante - ed in caso di azione diretta l'assicuratore - al risarcimento del danno per equivalente. I principi, già espressi in precedenti arresti, sono stati ribaditi dalla Suprema Corte nell'ordinanza in epigrafe.

## Esito del ricorso:

Rigetta, Corte di Appello di Napoli, sentenza 22 marzo 2011, n. 1478

## Riferimenti normativi:

Cod. Civ. art. 2043

Cod. Civ. art. 2056

Cod. Civ. art. 2058

## I precedenti giurisprudenziali:

Cass. civ. Sez. II, 08/01/2013, n. 259 (rv. 624509)

Cass. civ. Sez. III, 12/10/2010, n. 21012 (rv. 614575)

Cass. civ. Sez. III, 06/08/2004, n. 15197 (rv. 575920)

Cass. civ. Sez. III, 04/03/1998, n. 2402

*A cura della Redazione*

© Copyright - Riproduzione Riservata

## Riferimenti normativi:

([Ordinanza Cassazione civile 04/11/2013, n. 24718](#))

[Torna indietro](#)

---

## Società

### Snc, cessione della quota e responsabilità del socio per obbligazioni sociali

In forza delle previsioni di cui agli artt. 2267, 2290 e 2300 cod. civ., il socio di una società in nome collettivo che abbia ceduto la propria quota risponde, nei confronti dei terzi, delle obbligazioni sociali sorte fino al momento in cui la cessione sia stata iscritta nel registro delle imprese o fino al momento anteriore in cui il terzo sia venuto a conoscenza della cessione. Il principio, già enunciato in precedenti decisioni, è stato nuovamente affermato dalla Suprema Corte in una recente sentenza.

L'indicata pubblicità, specifica il giudice di legittimità, costituisce fatto impeditivo di una responsabilità altrimenti normale, con la conseguenza che essa deve essere allegata e provata dal socio che opponga la cessione al fine di escludere la propria responsabilità per le obbligazioni sociali. Il principio enunciato trova il proprio riferimento temporale rispetto al momento in cui la società contrae obbligazioni verso il terzo e non già rispetto al momento in cui quest'ultimo agisce in giudizio.

È di tutta evidenza, infatti, che il terzo che entra in rapporti negoziali con una società di persone è consapevole di poter contare anche sulla responsabilità solidale di tutti i soci per le obbligazioni sociali. È, dunque al momento in cui si stipula il negozio e si contrae l'obbligazione da parte della società che rileva la composizione della compagine sociale. Ne discende necessariamente, conclude la sentenza, che se a quel momento il recesso del socio non è stato pubblicato sul registro delle imprese tale recesso non potrà essere opponibile al terzo senza che rilevi il momento successivo in cui questi intenti azione giudiziaria per l'inadempimento.

In conformità a quanto già statuito sul punto (*cf.*, *Cass. civ. n. 17321/2011*), la decisione in epigrafe ribadisce anche che per le sentenze, come quella oggetto di impugnazione, pubblicate successivamente al primo marzo 2006 e fino al 4 luglio 2009, non è più ammissibile l'appello, in forza dell'ultimo periodo dell'art. 616 cod. proc. civ., introdotto dalla legge 24 febbraio 2006, n. 52, con la conseguenza dell'esclusiva ricorribilità per cassazione ai sensi dell'art. 111, settimo comma, della Costituzione.

## Esito del ricorso:

Rigetta, Tribunale di Sassari, sentenza 31 marzo 2006, n. 487

## Riferimenti normativi:

Cod. Civ. art. 2267

Cod. Civ. art. 2290

Cod. Civ. art. 2300

## I precedenti giurisprudenziali:

Cass. civ. Sez. V, 13/03/2013, n. 6230

Cass. civ. Sez. V, 06/10/2011, n. 20447

Cass. civ. Sez. V, 01/02/2006, n. 2215

*A cura della Redazione*

© Copyright - Riproduzione Riservata

## Riferimenti normativi:

(Sentenza Cassazione civile 30/10/2013, n. 24490)

[Torna indietro](#)

---

## Procedure concorsuali

### La casa del fallito: quando il Giudice può emettere l'ordine di liberazione?

*Cristina Mantelli - Avvocato in Bologna*

## Il Caso

Il curatore, che aveva in precedenza optato per il metodo di liquidazione previsto dall'art. 107 comma 2 L.F, con istanza chiedeva al Giudice delegato l'emissione di un ordine di liberazione della casa di abitazione del fallito, immobile già da tempo posto in vendita.

L'immobile, ancora abitato dal predetto, nei precedenti esperimenti di vendita non aveva trovato aggiudicatari per cui era presumibile che la prosecuzione dell'occupazione ne costituisse un ostacolo alla liquidazione del cespite.

## La decisione del Tribunale di Reggio Emilia

Il Giudice delegato nel deliberare sulla questione ha osservato che la contrapposizione fra l'art. 47 comma 2 L.F. e l'art. 560 comma 3° c.p.c. è solo apparente e ciò, non solo perché la più recente giurisprudenza ha escluso che il riferimento alla liquidazione delle attività di cui all'art. 2 co dell'art. 47 L.F. comporti l'alienazione della casa come ultimo atto di liquidazione, ma anche perché una simile interpretazione frustrerebbe le esigenze di efficienza e celerità che caratterizzano la procedura concorsuale riformata.

Diversamente si determinerebbe, proseguendo nelle argomentazioni il Tribunale, un'irragionevole disparità di trattamento tra la disciplina della liquidazione fallimentare e quella dell'esecuzione individuale contro il fallito.

All'uopo si ricorda che l'art. 560 c.p.c. novellato espressamente impone al Giudice dell'esecuzione l'emissione dell'ordine di liberazione, lasciandogli solo un margine di discrezionalità sul momento in cui emanare tale provvedimento, fermo restando il termine finale dell'aggiudicazione.

Fra l'altro, anche sulla base del principio "*la norma posteriore deroga quella anteriore*" l'ordine di liberazione può essere emesso prima della conclusione della liquidazione dell'immobile adibito a casa del fallito, cioè prima della sua vendita, giacché l'art. 560 comma 3 c.p.c. è norma successiva all'art. 47 comma 2° L.F. (quest'ultima è rimasta indenne dalle recenti riforme).

Ebbene, prima della suddetta novella non vi era dubbio che il Giudice provvedesse al trasferimento del bene all'aggiudicatario con il decreto di trasferimento ex art. 586 c.p.c., decreto che doveva contenere l'ordine di liberazione a favore dell'aggiudicatario. Tale ordine, tuttavia, è stato dalla riforma del processo esecutivo del 2006 anticipato al momento dell'aggiudicazione del bene. Con la novella della legge fallimentare, invece, è scomparso ogni riferimento alle norme di diritto comune, essendo rimasta in capo al curatore -nel delineare il programma di liquidazione- la scelta delle modalità di vendita, nel rispetto di alcuni parametri fissati dalla legge.

Perciò, si può concludere che il limite temporale del diritto in capo al fallito alla conservazione dell'abitazione è determinato dalla norma della «liquidazione delle attività».

Infatti, l'art. 107 ha introdotto una novità cioè l'attribuzione al curatore di compiti relativi alla materiale liquidazione dei beni facenti parte della massa attiva della procedura in corso. E' il curatore, quindi, che deve stabilire le modalità attraverso le quali monetizzare i diritti del patrimonio del fallito. Tali decisioni, ovviamente, non sono prive di controllo, tanto è vero che l'art. 104 *ter*, introduce una sorta di programma preventivo di monetizzazione sottoposto al vaglio del giudice delegato che è chiamato "Programma di liquidazione".

Il Programma di liquidazione è quindi l'atto progettuale della liquidazione, il luogo in cui effettuare le scelte dei modelli di procedura da seguire, i tempi della liquidazione e, conseguentemente, la successione della vendita dei singoli beni laddove non siano venduti in blocco, onde ottenere il massimo attivo possibile.

Le attività di liquidazione iniziano quindi con le determinazioni del curatore e terminano con il decreto di trasferimento dell'immobile. Oggi, in verità, è l'approvazione del Programma a costituire il momento centrale della fase di liquidazione stessa.

Orbene, nel caso in esame, a parere del Giudicante non sussiste alcuna valida ragione per ritenere che il legislatore abbia voluto concedere al fallito la prosecuzione del godimento dell'abitazione sino al momento finale della liquidazione delle attività, ossia al decreto di trasferimento. Anzi, la dizione "fino alla liquidazione delle attività" può essere interpretata nel senso che "fino all'inizio della liquidazione delle attività" la casa del fallito non può essere distratta da tale uso.

*Rebus sic stantibus*, il Giudice potrà emettere l'ordine di liberazione nel lasso di tempo intercorrente tra l'inizio della liquidazione e l'aggiudicazione del bene.

## **I Precedenti e i possibili impatti pratico-operativi**

Anche la Cassazione ha voluto sottolineare, con l'ordinanza citata nel provvedimento in commento, che la volontà del legislatore è quello di avvicinare, anche sotto il profilo dell'immediata disponibilità del bene, la vendita coattiva a quella volontaria.

Testualmente si legge che «La necessità di liberare gli immobili pignorati è proprio l'effetto voluto chiaramente dalla riforma del 2005/06; la predicazione del diritto alla casa deve tener conto del principio altrettanto generale della necessaria effettività dell'azione giurisdizionale esecutiva, indispensabile per lo stesso corretto funzionamento delle istituzioni, sul quale si basa l'innovazione legislativa dell'ordine di liberazione obbligatorio» (Cassazione Ordinanza n. 22747 del 2011).

**Come precedenti conformi della Giurisprudenza di merito si ricorda il Tribunale di Mantova (cfr. Tribunale di Mantova, 09 febbraio 2011 - Pres. Nora - Rel. Bettini) che ha evidenziato come l'art. 47, secondo comma, LF, nel prevedere che la casa di proprietà del fallito non può essere distratta dall'uso abitativo del fallito e della sua famiglia fino alla liquidazione delle attività, deve intendersi nel senso che il fallito ha diritto di vivere nella propria casa di abitazione finché la stessa non venga posta in vendita nell'ambito delle operazioni di liquidazione dell'attivo fallimentare compiute dagli organi della procedura, ma non obbliga il curatore a vendere la casa per ultima, ossia solo all'esito della liquidazione di tutti gli altri beni compresi nell'attivo. Il diritto di abitazione del fallito è sì tutelato dalla norma finché la sua casa non viene posta in vendita, ma non è imposto al curatore alcun ordine alle attività di liquidazione; nulla infatti dice la norma a tale proposito che si limita a riferirsi, genericamente "alla liquidazione delle attività"; dunque la casa di abitazione del fallito può essere venduta insieme agli altri beni e, pertanto, legittimamente è stata posta in vendita nel caso di specie.**

Come decisioni difformi, si segnala il Tribunale di Vicenza del 13/03/2009 in Giur. merito 2009, 11, 2757 che,

contrariamente, ha ritenuto come la posizione soggettiva del debitore esecutato, in quanto sottoposto anch'egli ad una procedura di esecuzione forzata (benché individuale, anziché concorsuale) sia assimilabile nell'analoga vicenda abitativa della casa di sua proprietà, a quella del fallito, così come regolata dall'art. 47, co. 2, l.f., secondo cui il fallito può abitare la sua casa fino alla vendita (cioè fino al decreto di trasferimento, che infatti contiene anche l'ordine di rilascio, come avviene anche per le esecuzioni immobiliari).

In conclusione si sottolinea come l'effettiva interazione con il normale mercato immobiliare è certamente un presupposto imprescindibile per il raggiungimento della funzionalità del processo.

L'obiettivo, come ha giustamente riscontrato il provvedimento esaminato, è accrescere l'affidabilità del sistema delle vendite giudiziarie onde evitare di relegare i beni pignorati ad una parte di mercato caratterizzata da logiche speculative.

D'altro canto, il diritto alla ragionevole durata del processo -espressione con riferimento al profilo temporale, di un più generale diritto all'efficienza, che trova la propria fonte anche nell'art.97 della Costituzione -, impongono al giudice di assicurare il raggiungimento dei necessari standard di funzionalità.

## **LA DECISIONE IN SINTESI**

### **Esito del ricorso**

Il G.D. accoglie con ordinanza l'ordine di liberazione richiesto

### **Riferimenti**

Trib. Reggio Emilia - Sez. Fallimentare, decreto 26 ottobre 2013

### **Decisioni conformi**

Cassazione Ordinanza n. 22747 del 2011

Tribunale di Mantova, 09 febbraio 2011 - Pres. Nora - Rel. Bettini.

### *Note esplicative*

La necessità di liberare gli immobili pignorati è proprio l'effetto voluto chiaramente dalla riforma del 2005/06.

Il fallito ha diritto di vivere nella propria casa di abitazione finché la stessa non venga posta in vendita nell'ambito delle operazioni di liquidazione dell'attivo fallimentare compiute dagli organi della procedura.

### **Decisioni difformi**

Tribunale di Vicenza del 13/03/2009

### *Note esplicative*

Il fallito può abitare la sua casa fino alla vendita, cioè fino al decreto di trasferimento.

### **Riferimenti normativi:**

Art. 47 comma 2° L.F.

Art. 560 comma 3° c.p.c.

Art. 107 comma 2° L.F.

*Copyright © - Riproduzione riservata*

### **Riferimenti normativi:**

[\(Decreto Tribunale Reggio Emilia 26/10/2013\)](#)

## **Truffa ai danni dello Stato**

### **Percezione indebita di prestazioni, finanziamenti o contributi rateizzati: quanto "dura" il reato?**

E' opportuno ricordare che nell'ordinamento giuridico italiano la truffa è un reato previsto dall'art. 640 del codice penale ed è un esempio di reato a forma vincolata.

È definita come attività ingannatoria capace di indurre la parte offesa in errore attraverso artifici e raggiri per indurla a effettuare atti di disposizione patrimoniale che la danneggiano e favoriscono il truffatore o altri soggetti, procurando per quest'ultimi un profitto corrispondente al danno inferito alla vittima. Sono inoltre previste due circostanze aggravanti speciali che rendono il reato procedibile d'ufficio:

- a) se la truffa è a danno dello Stato o di altro ente pubblico;
- b) se è commessa facendo nascere nella persona offesa il timore di un pericolo immaginario o l'erroneo convincimento di dover eseguire un ordine dell'autorità.

Per quanto qui di interesse, la fattispecie della truffa in danno dello Stato o di un altro ente pubblico (inclusi gli Stati membri dell'Unione e le istituzioni dell'Unione Europea) si configura qualora, al fine di realizzare un ingiusto profitto, siano posti in essere artifici o raggiri tali da indurre in errore o da arrecare un danno allo Stato o ad altro ente pubblico.

Tale tipologia di reato può essere posta in essere in ogni ambito aziendale, soprattutto in quelli che sono impegnati nella partecipazione a gare d'appalto della P.A., nell'ottenimento di concessioni, licenze ed autorizzazioni da parte della P.A., nella gestione delle risorse umane per l'ottenimento di agevolazioni contributive, assistenziali e previdenziali, nelle dichiarazioni e liquidazioni di tributi.

Costituisce truffa aggravata ai danni dello Stato, ad esempio, la produzione alla P.A. di documenti falsi attestanti l'esistenza di condizioni essenziali per partecipare ad una gara, per ottenere licenze, autorizzazioni, concessioni etc.

La truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche si realizza attraverso l'impiego di artifici o raggiri per ottenere contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni similari.

Ad esempio, una società potrebbe comunicare dati non corrispondenti al vero o predisporre una documentazione falsa per ottenere finanziamenti pubblici.

Tanto premesso, nella pronuncia in esame il giudice di legittimità si occupa di un caso di truffa aggravata emerso a seguito di una complessa attività di indagine avviata dalla Guardia di

Finanza, Nucleo di Polizia Tributaria, da cui era scaturita l'ipotesi accusatoria secondo la quale una s.r.l., legalmente rappresentata da S.R., dopo aver presentato domanda per ottenere il contributo pubblico previsto dall'art. 2 legge n. 662/1996, finalizzato alla realizzazione di un complesso alberghiero con annesso centro benessere, e dopo essere stata ammessa al contributo per oltre otto milioni di euro, avrebbe ottenuto le prime due tranches e tentato di ottenere la terza, con artifici e raggiri consistiti nella presentazione di false dichiarazioni sostitutive di atto notorio, concernenti le spese sostenute e gli stati di avanzamento dei lavori, e di un fittizio aumento di capitale.

La truffa sarebbe stata realizzata dal legale rappresentante e dal coniuge, gestore di fatto della società, in concorso con altri soggetti economici a vario titolo coinvolti in operazioni contabili e finanziarie funzionali al raggiungimento degli scopi illeciti. Il GIP, su richiesta del PM, disponeva il sequestro preventivo dell'area e del cantiere termale-alberghiero, nonché di somme di danaro, beni ed altre utilità appartenenti agli indagati in relazione al reato di truffa, fino ad un valore corrispondente alla somma di euro 4.343.200,51.

Ricorrevano per cassazione alcuni degli indagati deducendo la violazione di legge in relazione alla ritenuta sussistenza del concreto pericolo di reiterazione criminosa, e mancanza e manifesta illogicità di motivazione sul punto, avendo il Tribunale omissivo di considerare che le condotte di cui alla contestazione provvisoria si sarebbero arrestate nel mese di giugno 2008, periodo in cui era stata avanzata l'ultima richiesta di proroga del termine di ultimazione dei lavori.

Orbene, sul punto, la Cassazione chiarisce che, nella fattispecie di truffa ai danni dello Stato per percezione di prestazioni indebite di finanziamenti e contributi la cui erogazione sia rateizzata periodicamente nel tempo, non si verte in tema di

reato permanente, ne' di reato istantaneo ad effetti permanenti, bensì di reato a consumazione prolungata, giacché il soggetto palesa la volontà, fin dall'inizio, di realizzare un evento destinato a durare nel tempo.

Ne discende che, ai fini della consumazione del reato, non viene in considerazione il tempo e il luogo in cui viene emesso il provvedimento concessorio dei finanziamenti e/o si realizza la "*deminutio patrimonii*" per l'ente pubblico, bensì il tempo e il luogo in cui il soggetto attivo concretamente percepisce l'ingiusto profitto consistente nelle indebite erogazioni pubbliche: solo in tale momento si consolida la loro definitiva perdita da parte del "*deceptus*".

Il momento consumativo del reato, ove le indebite erogazioni pubbliche siano state effettuate in via frazionata, coincide, quindi, con la cessazione dei pagamenti, che segna anche la fine dell'aggravamento del danno (v., per tutte: Cass. pen., Sez. 2, n. 28683 del 09/07/2010 - dep. 21/07/2010, B. e altri, in *CED Cass.*, n. 247671). Per quanto riguarda il tempo del commesso reato, dunque, seconda la Cassazione, il Tribunale con logica motivazione e in aderenza ai principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità, ha quindi evidenziato come la condotta delittuosa del reato di truffa non potesse ritenersi definitivamente arrestata al mese di giugno 2008, periodo cui si riferiva l'ultima richiesta di proroga del termine di ultimazione dell'intervento, bensì alla data del 25.2.2011, allorchè, con la rinuncia alla terza tranche di contributo, momento che segna la fine dell'aggravamento del danno relativo alla terza indebita elargizione per l'ente pubblico, era cessata definitivamente la condotta delittuosa.

*A cura della Redazione*

*Copyright © - Riproduzione riservata*

#### **Riferimenti normativi:**

(Sentenza Cassazione penale 05/11/2013, n. 44624)

[Torna indietro](#)

---

#### **Condono edilizio**

### **Data di ultimazione delle opere abusive ai fini del condono edilizio**

Il Consiglio di Stato affronta la problematica di quando devono considerarsi ultimate le opere abusive ai fini della possibilità di richiedere il condono edilizio.

Le leggi sul condono edilizio stabiliscono, infatti, tra i requisiti per la concessione della sanatoria, che le opere abusive siano stata realizzate prima di una certa data e pertanto diviene molto importante stabilire il momento in cui gli interventi abusivi possono considerarsi ultimati ai fini della normativa del condono edilizio.

La pronuncia in esame affronta il caso dell'istanza di condono edilizio per un mutamento di destinazione d'uso del sottotetto in mansarda abitabile e annessi terrazzi ad uso esclusivo, richiesto ai sensi della legge 23 dicembre 1994, n. 724.

Quest'ultima legge ha previsto la condonabilità delle opere abusive ultimate entro il 31 dicembre 1993, richiamando le disposizioni della legge 28 febbraio 1985, n. 47.

L'art. 31 comma 2 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 prevede che ai fini delle disposizioni sul condono "si intendono ultimati gli edifici nei quali sia stato eseguito il rustico e completata la copertura, ovvero, quanto alle opere interne agli edifici già esistenti e a quelle non destinate alla residenza, quando esse siano state completate funzionalmente".

La pronuncia in esame osserva come nel caso di specie l'intervenuta trasformazione di preesistente sottotetto in mansarda rientri nel caso delle "opere interne agli edifici già esistenti" per cui si deve fare riferimento alla nozione di "completamento funzionale".

Quest'ultimo implica uno stato di avanzamento nella realizzazione tale da consentirne potenzialmente, e salve le sole finiture, la fruizione.

L'organismo edilizio deve aver assunto una sua forma stabile nella consistenza planovolumetrica (come per gli edifici, per i quali è richiesta la c.d. ultimazione "al rustico", ossia intelaiatura, copertura e muri di tompagno) e una sua riconoscibile e inequivoca identità funzionale, che ne connota con assoluta chiarezza la destinazione d'uso.



Al fine del "completamento funzionale" è necessario che siano state realizzate le "opere indispensabili a renderne effettivamente possibile un uso diverso da quello a suo tempo assentito, come nel caso in cui un sottotetto, trasformato in abitazione, venga dotato di luci e vedute e degli impianti di servizio (gas, luce, acqua, telefono, impianti fognari, ecc.), cioè di opere del tutto incompatibili con l'originaria destinazione d'uso" (Cons. Stato, Sez. V, 14 luglio 1995, n. 1071), ossia quelle opere che qualifichino in modo inequivoco la nuova e diversa destinazione (Cons. Stato, Sez. V, 4 luglio 2002, n. 3679 che ha considerato completate funzionalmente le opere nel caso in cui venga effettuata "la divisione dei locali, gli impianti elettrici ed idraulici").

**Esito:** conferma T.A.R. Campania - Napoli, Sez. IV, n. 7356.

**Precedenti giurisprudenziali:** Cons. Stato, Sez. IV, 26 gennaio 2009, n. 393; Cons. Stato, Sez. V, 4 luglio 2002, n. 3679; Cons. Stato, Sez. V, 14 luglio 1995, n. 1071.

#### Riferimenti normativi:

Art. 31 comma 2, Legge 28 febbraio 1985, n. 47;

Art. 39, Legge 23 dicembre 1994, n. 724.

A cura della Redazione

*Copyright © - Riproduzione riservata*

#### Riferimenti normativi:

(Consiglio di Stato Sentenza, Sez. IV, 08/11/2013, n. 5336)

[Torna indietro](#)

---

## Appalti

### Dichiarazioni sul possesso dei requisiti di moralità professionale del socio di maggioranza

L'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici) prevede che le dichiarazioni sul possesso dei requisiti di moralità professionale prescritti per l'ammissione alle procedure devono essere rese, per le società di capitali con meno di quattro soci, a pena di esclusione, anche dal socio di maggioranza.

La norma però non è chiara, non specificando se tale maggioranza sia quella "assoluta" (partecipazione superiore al 50% del capitale sociale) ovvero quella "relativa".

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è stata chiamata a pronunciarsi sul punto concludendo che le dichiarazioni richieste dall'art. 38, comma 1, lettere b), c) ed m-ter del Codice dei contratti pubblici, nelle società con meno di quattro soci debbano essere rese, oltre che dal socio titolare di una quota maggiore del 50%, da entrambi i soci partecipanti al 50% nel caso di due soci e, nel caso di tre soci, dal solo socio partecipante al 50%.

Per dirimere il quesito la pronuncia in esame opera una interpretazione della normativa alla luce della sua finalità che è quella di garantire, attraverso l'obbligo delle dichiarazioni per "il socio di maggioranza", che le stazioni appaltanti possano verificare l'affidabilità morale delle società concorrenti con un ristretto numero di soci, assicurando che sussistano i requisiti in capo al socio che esercita un potere decisionale condizionante la gestione.

Più nello specifico, la *ratio* della norma è assicurare che non partecipino alle gare, né stipulino contratti con le amministrazioni pubbliche, società di capitali con due o tre soci per le quali non siano attestati i previsti requisiti di idoneità morale in capo ai soci aventi un potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione della società, in quanto in grado di influenzare, in termini decisivi e ineludibili, le decisioni societarie.

Un socio ha un tale potere quando per adottare le decisioni non si può prescindere dal suo apporto, assumendo di conseguenza questo potere efficacia determinante non soltanto in negativo, in funzione di veto, ma anche in positivo, in funzione di codeterminazione, poiché il socio che ha il potere di interdire l'adozione di una decisione è anche quello che deve concorrere perché sia adottata.

Questa situazione si riscontra nel caso di due soci al 50% poiché nessuna decisione può essere presa se uno dei due è contrario mentre entrambi devono concordare su ciascuna decisione e, pertanto, entrambi i soci devono rendere le dichiarazioni prescritte.

Nella situazione di una società con tre soci la conclusione è diversa a seconda che nessuno dei tre soci partecipi al 50% ovvero ve ne sia uno titolare di tale partecipazione.

Nel primo caso nessun socio ha potere decisionale condizionante poiché ognuno può essere sostituito da uno degli altri due per raggiungere la maggioranza decisionale e, pertanto, nessuno di essi è tenuto a rendere le dichiarazioni in questione.

Nel caso invece in cui nella società con tre soci uno di essi detenga il 50% delle partecipazioni, questo socio è in grado di condizionare da solo le decisioni sociali che in nessun caso possono essere adottate senza il suo consenso, che risulta quindi sempre necessario e imprescindibile.

Il socio detentore del 50% (e non anche gli altri soci) sarà quindi obbligato a rendere le previste in quanto titolare di potere condizionante le decisioni della società.

**Esito:** restituisce gli atti al Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana.

**Riferimenti normativi:** art. 38, comma 1, lettere b), c) ed m-ter, Codice dei contratti pubblici.

A cura della Redazione

Copyright © - Riproduzione riservata

**Riferimenti normativi:**

(Consiglio di Stato Sentenza, Sez. Ad. plenaria, 06/11/2013, n. 24)

[Torna indietro](#)

---

## **Prelazione societaria**

### **La comunicazione deve contenere anche l'indicazione del nome del terzo offerente**

*Ivan Libero Nocera - Avvocato in Milano e Dottore di ricerca presso la Scuola Sant'Anna di Pisa*

#### **Il caso**

La fattispecie al centro della controversia in esame vede una S.r.l. adire il tribunale per la propria iscrizione a libro soci di una S.p.a. dal 19 dicembre 2007, avendone acquistato le azioni nell'ambito del trasferimento di un **ramo d'azienda** pari al 25% del capitale della società. Per contro, la S.p.a. eccepiva l'inesistenza del diritto, sostenendo, inoltre, l'inopponibilità della cessione in violazione della clausola di prelazione prevista dallo statuto;

Il giudice di prime cure respingeva la propria istanza di iscrizione a libro soci ritenendo eluso il diritto di prelazione. Infatti, la norma statutaria escludeva l'esercizio del diritto di prelazione nel caso di trasferimenti diretti o indiretti dai soci, come appunto nel caso di specie. Pertanto il rifiuto di iscrizione della S.p.a. doveva ritenersi illegittimo.

La S.p.a. proponeva, quindi appello sostenendo la falsa rappresentazione dal tribunale della propria eccezione di inefficacia della cessione azionaria, strumentalmente inserita in una cessione di ramo d'azienda, in violazione del diritto di prelazione dei soci.

#### **La clausola di prelazione**

La Corte di appello osserva come il tribunale si sia astenuto dal decidere sulla questione centrale della causa: ossia il rifiuto della S.p.a. di iscriverne a libro soci la suddetta **cessione di proprie azioni**, in quanto **elusiva del diritto di prelazione** riconosciuto ai soci dallo statuto.

Si rivela opportuno precisare come la norma statutaria affermativa del diritto di prelazione era formulata in modo da riservare “per la cessione a terzi delle azioni [...] a qualunque titolo per atto tra vivi [...] ai soci un diritto di prelazione [...]” **regolandone** quindi **le modalità** secondo gli **oneri di comunicazione del socio cedente**, di **offerta delle azioni in opzione dal C.d.A. e di esercizio dai soci**, applicabili in particolare “nel caso di qualunque trasferimento, sia a titolo oneroso che gratuito [...] e comunque tutte le volte che si tendesse con qualsiasi atto a limitarne la portata o a eluderlo”; non applicandosi esso invece “alle ipotesi di trasferimenti, vendite o cessioni sotto qualsiasi forma ed in base a qualsiasi negozio [...] a una o più società controllate direttamente o indirettamente dai soci [...]”, con efficacia del trasferimento “nei confronti della società dal momento dell’iscrizione nel libro dei soci”.

## L’operazione di trasferimento delle azioni

Nella fattispecie, la società titolare della partecipazione totalitaria della S.r.l. ha conferito ad essa un ramo d’azienda composto da immobili e partecipazioni societarie, tra le quali in particolare le azioni della S.p.a. L’amministratore delegato della cedente ha quindi provveduto alla relativa comunicazione alla società, richiedendole l’iscrizione nel libro dei soci. Al tempo stesso, la società titolare ha ceduto l’integrale partecipazione nella S.r.l. ad un soggetto terzo.

In tal modo appare del tutto evidente come le azioni in oggetto, in virtù di un’operazione complessa articolata in negozi tra loro funzionalmente collegati, siano state **trasferite ad un soggetto al di fuori dell’ipotesi prevista dalla clausola di prelazione** e senza l’adempimento dalla socia cedente del proprio obbligo di comunicazione per consentire l’esercizio del diritto di prelazione agli altri soci.

Come precisato sopra, lo statuto della S.p.a. prevede espressamente l’esercizio del diritto di prelazione “nel caso di qualunque trasferimento, sia a titolo oneroso che gratuito [...] e comunque tutte le volte che si tendesse con qualsiasi atto a limitarne la portata o a eluderlo”.

La programmata scansione della suindicata operazione complessa di trasferimento rende evidente l’estraneità della cessione azionaria a quella del compendio aziendale, conferito per un suo ramo, assolutamente non strumentale all’esercizio dell’attività di impresa. Ma un tale trasferimento è avvenuto **solo apparentemente** alla propria controllata S.r.l., in quanto in realtà esso è avvenuto ad un soggetto terzo, fin troppo palesemente diverso dalla società cedente, di cui azionista quasi totalitario, con elisione pertanto del rapporto di controllo che giustifica l’esenzione dall’obbligo di attivazione della prelazione.

## La clausola di prelazione statutaria non configura una clausola di gradimento

La Corte di appello, pertanto, afferma che la suddetta norma statutaria **non integra assolutamente una clausola di gradimento**, ai sensi e per gli effetti stabiliti dall’art. 2355-*bis* c.c.. Infatti, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che l’indicazione nella *denuntiatio* del potenziale acquirente, in assenza di elementi di vincolo all’apprezzamento dei soci, **costituisce** anzi **un obbligo**, per l’esigenza di tutelare, in relazione al riscontro di una volontà delle parti che assegni rilevanza all’*intuitus personae*, non soltanto uno specifico **interesse a conservare una particolare omogeneità della compagine sociale**, ma anche per **consentire una completa valutazione** in ordine all’**opportunità di esercitare o meno la prelazione**. Infatti, la serietà e congruità dell’offerta possono dipendere anche dalla persona dell’offerente, dovendosi d’altra parte consentire ai soci titolari del diritto la valutazione sull’ingresso nella società di nuovi soci (in tal senso, si veda Cass. n. 7879/2001).

Di conseguenza, poiché la mancata attivazione del diritto di prelazione rende giustificato il rifiuto opposto alla richiesta di iscrizione della s.r.l. della cessione di azioni esaminata, la Corte di appello rigetta la domanda della S.r.l.

Copyright © - Riproduzione riservata

### Riferimenti normativi:

(Sentenza Corte d’appello Torino 14/10/2013)

[Torna indietro](#)

