

PRONTUARIO SINTETICO PER LA REDAZIONE DEL PROGETTO E DEL VERBALE DI STATO PASSIVO

Con il patrocinio della
*Commissione Procedure Concorsuali
dell'Ordine degli Avvocati di Milano*



ORDINE DEGLI
AVVOCATI DI MILANO

COMMISSIONE
PROCEDURE CONCORSUALI

SOMMARIO

Presentazione	4
1. Agenti e rappresentanti	6
2. Agenzia per il lavoro	9
3. Albergatore	11
4. Amministratore di società	14
5. Artigiano	17
6. Assicurazione	20
7. CONAI (fornitore)	22
8. Condominio negli edifici	24
9. Conto corrente e apertura di credito	27
10. Contratto preliminare vendita beni immobili	31
11. Cooperative	33
12. Cooperative sociali e agricole	37
13. Credito fondiario	40
14. Crediti per cassa mutua edile	44
15. Custode giudiziario	46
16. Deposito	49
17. Factoring	53
18. Fideiussione	58
19. Giustizia (spese di)	61
20. Indennità sostitutiva del preavviso	65
21. Imposte dirette	68
22. Imposte indirette	71
23. IVA di rivalsa	75
24. Ipoteca	77
25. Lavoro subordinato	80
26. Leasing	83
27. Legge Sabatini	87
28. Locazione	90
29. Mandato	93
30. Pegno	97
31. Pegno di crediti	100
32. Pegno irregolare	103
33. Prestatori d'opera intellettuale	106
34. Procacciatore d'affari	109
35. Professionista attestatore nel concordato preventivo	112

36. Professionisti	115
37. Sconto bancario	120
38. Sindaci	123
39. Somministrazione	125
40. Spedizioniere	127
Rassegna di giurisprudenza	130

* * * * *

Un particolare ringraziamento va al **Dott. Filippo Lamanna**,
ideatore e supervisore dell'iniziativa

* * * * *

Hanno Collaborato:

- Marco Angelo Russo, avvocato del Foro di Milano
- Giuseppe Battaglia, avvocato del Foro di Varese
- Matteo Camisasca, avvocato del Foro di Milano
- Albertina Gavazzi, avvocato del Foro di Milano
- Silvia Giavarrini, avvocato del Foro di Milano
- Giovanna Rango, avvocato del Foro di Milano
- Martino Andreoni, avvocato del Foro di Milano
- Maurizio Storelli, dottore commercialista del Foro di Milano
- Marco Moro Visconti, avvocato del Foro di Milano
- Cecilia Zanzi, avvocato del Foro di Milano

Presentazione

Cari Colleghi, ho il piacere di comunicarVi che sul sito dell'Ordine è pubblicato il Prontuario per la redazione del progetto e del verbale di stato passivo del fallimento. La materia delle procedure concorsuali, non solo in questo periodo di crisi, è di grande importanza; e nell'ambito delle procedure concorsuali il fallimento resta pur sempre quella con la quale, da sempre, i rapporti degli avvocati sono più frequenti. Molto spesso ci troviamo, nella nostra attività professionale, a tutelare clienti che hanno crediti verso imprenditori falliti, ed alcuni di noi svolgono l'attività di curatore: per questi motivi la consultazione del prontuario può essere di grande utilità, tanto ai primi, al fine di predisporre le domande di insinuazione al passivo, quanto ai secondi, al fine di predisporre il progetto di stato passivo contenente le proprie conclusioni da sottoporre al giudice delegato.

Il Prontuario è stato redatto, su iniziativa del dott. Filippo Lamanna, ad opera della Commissione per le Procedure Concorsuali del nostro Ordine presieduta dall'avv. Franco Lo Passo, ed in particolare grazie all'impegno dei colleghi Marco Angelo Russo, Albertina Gavazzi, Marco Moro Visconti e Giovanna Rango che della Commissione fanno parte. In questo loro meritorio lavoro, essi si sono avvalsi della collaborazione di giovani colleghi nelle persone di Martino Andreoni, Giuseppe Battaglia, Matteo Camisasca, Silvia Giavarrini e Cecilia Zanzi, oltre che della diversa professionalità del dott. Maurizio Storelli, commercialista.

Il Prontuario prende in considerazione le tipologie di crediti più frequentemente insinuati al passivo (in numero di quaranta), e per ciascuno di essi appronta una scheda esplicativa della natura chirografaria o privilegiata (ed in quest'ultimo caso della normativa specifica alla quale il privilegio è riconducibile), delle attività da svolgersi ai fini della verifica della esistenza del credito, delle problematiche che possono sorgere in corso di verifica, e della proposta-tipo che il curatore può avanzare nelle sue conclusioni. A ciascuna scheda si unisce una illustrazione teorica avente lo scopo di introdurre la nozione essenziale del tipo di credito, e di dare conto delle più importanti questioni giuridiche ad esso collegate. Conclude il lavoro una rassegna di

giurisprudenza, la quale contiene le più importanti decisioni sugli argomenti trattati dalle precedenti schede.

Sono certo che il Prontuario si rivelerà uno strumento prezioso per tutti noi, e che esso costituirà una sorta di *vademecum* essenziale ed immancabile tutte le volte in cui dovremo affrontare una questione relativa all'ammissione di un credito al passivo.

**Il Presidente dell'Ordine
degli Avvocati di Milano
Avv. Remo Danovi**

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

1

A	Categoria:	AGENTI E RAPPRESENTANTI
B	Classe:	privilegio generale
C	Artt. privilegio	art. 2751- <i>bis</i> n. 3 C.C.
D	Documentazione:	certificato d'iscrizione al registro delle imprese come agenti e/o rappresentanti, copia contratto di agenzia sottoscritto dalle parti.
E	Attività di verifica:	verificare fatture o note <i>proforma</i> dalle quali risulti l'ammontare delle provvigioni e gli affari cui si riferiscono. Accertare inoltre il corretto ammontare delle provvigioni.
F	Possibili problematiche:	<p>l'agente ha l'onere di documentare che l'affare è stato concluso e ha avuto esecuzione. Non sono assistiti dal privilegio le spese e l'IVA per le prestazioni rese.</p> <p>A seguito dell'abolizione della clausola dello "star del credere", la responsabilità dell'agente per l'inadempimento del terzo è limitata ai casi eccezionali di cui all'art. 1746, 3° comma, C.C.; l'eccezione d'inadempimento dovrà essere formulata dal curatore nel progetto di stato passivo.</p> <p>Le indennità si distinguono in indennità di preavviso, di scioglimento e suppletiva di clientela e godono del medesimo privilegio.</p> <p>Escludere il privilegio ove l'attività sia svolta sotto forma di società di capitali.</p>
G	Proposta tipo:	<p>Trattasi di provvigioni maturate in favore dell'istante, risultanti da idonea documentazione.</p> <p>Si propone l'ammissione al privilegio richiesto per € xxx, esclusa la differenza di € xxx poiché relativa a differenze maturate anteriormente all'ultimo anno di prestazione (Cass. 99/12852), escluso il maggior credito richiesto per spese, poiché l'agente non ha diritto al rimborso delle stesse ex art. 1748, 7° comma, C.C., o escluso il maggior credito richiesto poiché l'agente non ha tenuto conto della garanzia prestata ed essendo risultato inadempito il relativo affare di cui ai docc. xxx.</p>

(a cura di M.A.R.)

AGENTI E RAPPRESENTANTI (DI COMMERCIO)

Ai sensi dell'art. 1742 C.C., con il contratto di agenzia una parte assume stabilmente l'incarico di promuovere, per conto dell'altra parte (proponente) e in cambio di un corrispettivo, la conclusione di contratti in una zona determinata.

L'agenzia differisce dalla mediazione sia perché l'agente è colui che ha ricevuto un incarico stabile di promuovere affari dall'imprenditore per il quale opera – mentre il mediatore non può essere legato ad alcuna delle parti da rapporti di collaborazione (v. art. 1754 C.C.) –, sia perché l'agenzia presenta come carattere essenziale la stabilità del rapporto – mentre il mediatore pone in relazione due o più parti in modo occasionale –.

Dal contratto di lavoro subordinato l'agenzia si differenzia perché, a differenza del lavoratore dipendente, l'agente gode di autonomia e non è soggetto agli ordini del proponente.

Dal rapporto di procacciatore d'affari essa si distingue, invece, perché tale rapporto si concreta nella limitata attività di colui che raccoglie le ordinazioni dei clienti e le trasmette all'impresa dalla quale ha ricevuto, senza vincoli di stabilità ed in via del tutto occasionale, l'incarico di procurare commissioni.

Dal rapporto di mandato si distingue, infine, perché, a differenza del mandatario, l'agente non stipula contratti, ma si limita a favorirne la stipulazione; nel caso in cui l'agente abbia anche il potere di rappresentare l'imprenditore nella conclusione di contratti (cfr. artt. 1745 e 1752 C.C.), al contratto di agenzia si affianca un mandato con rappresentanza. In tale ultima fattispecie, l'agente è comunemente definito *rappresentante (di commercio)*.

In definitiva, si può affermare che l'attività di agente (di commercio) è esercitata da chiunque sia stabilmente incaricato da una o più imprese di promuovere la conclusione di contratti in una o più zone determinate, e che l'attività di rappresentante (di commercio) è a sua volta esercitata da chiunque sia stabilmente incaricato da una o più imprese di concludere contratti in una o più zone determinate in nome e per conto del proponente, e dunque con potere di rappresentanza.

Gli agenti e i rappresentanti sono imprenditori – perché sopportano in proprio le spese della loro attività organizzata: v. art. 1748, ultimo comma, C.C. –, che possono agire sia nella veste di monomandatari (quando promuovono esclusivamente l'attività di un'impresa), sia nella veste di plurimandatari (quando promuovono contemporaneamente, in zone diverse e/o per rami differenti di attività, l'attività di più imprese: cfr. art. 1743 C.C.).

La disciplina codicistica del contratto di agenzia – che è stata novellata per dare attuazione ad alcune direttive comunitarie, prima dal D.Lgs. 10 settembre 1991, n. 303, poi dal D.Lgs. 15 febbraio 1999, n. 65, ed infine dalla L. 21 dicembre 1999, n. 526 – prevede che il contratto debba essere provato per iscritto (v. art. 1742, comma 2°, C.C.) e che l'agente abbia il diritto di percepire dall'impresa proponente una "provvigione" sugli affari conclusi per il suo tramite (art. 1748 C.C.) ed un'"equa indennità" al momento della cessazione del rapporto, qualora la sua attività abbia incrementato il giro d'affari del proponente (art. 1751 C.C.).

L'art. 1746, comma 3°, C.C. – come modificato dalla L. n. 526/1999 – vieta la clausola contrattuale del cosiddetto *star del credere* – in base alla quale l'agente, oltre a non percepire alcuna provvigione per gli affari che non fossero onorati dal pagamento, sarebbe anche tenuto a rifondere parzialmente il proponente delle perdite subite – e qualsiasi altro patto che ponga a carico dell'agente la responsabilità per l'inadempimento del terzo contraente; questo comma consente "eccezionalmente" alle parti di concordare "di volta in volta", per singoli affari, che l'agente presti un'apposita garanzia (commisurata all'entità della provvigione) sulla regolare esecuzione del contratto procacciato.

Per quanto concerne, invece, gli obblighi dell'agente, tale soggetto deve agire con lealtà e buona

fedele nella cura degli interessi del proponente, in conformità alle istruzioni ricevute, e deve informare il preponente delle condizioni del mercato e della zona assegnatagli (art. 1746 C.C.). La violazione di questi obblighi costituisce fonte di responsabilità contrattuale dell'agente nei confronti del proponente, in conformità ai principi civilistici generali.

Le disposizioni del codice civile che regolano i diritti e gli obblighi dell'agente si applicano anche nell'ipotesi in cui all'agente sia conferita dal preponente la rappresentanza per la conclusione dei contratti (art. 1752 C.C.). Al rappresentante (di commercio) si applicano, inoltre, le disposizioni contenute nella L. 3 maggio 1985, n. 204, e nel D.Lgs. 26 marzo 2010, n. 59, che regolano l'attività di agenzia.

La L. n. 204/1985 prevedeva che gli agenti dovessero iscriversi obbligatoriamente in un ruolo istituito presso ciascuna camera di commercio e la giurisprudenza ne aveva dedotto che chi non fosse iscritto a tale ruolo non potesse stipulare validamente un contratto di agenzia, sicché il contratto eventualmente concluso da un soggetto non iscritto doveva ritenersi nullo e l'agente non iscritto non avrebbe avuto il diritto di percepire le provvigioni relative agli affari da lui procacciati. Nel 1998 la Corte di Giustizia della Comunità europea aveva tuttavia stabilito che la mancata iscrizione ad un albo può dare luogo soltanto a sanzioni amministrative, poiché in caso contrario la norma avrebbe violato il principio comunitario della libertà di stabilimento e di concorrenza.

L'art. 74 D.Lgs. n. 59/2010 – con il quale è stata recepita la direttiva n. 123/2006/CE avente ad oggetto i servizi del mercato interno – ha poi previsto la soppressione, con decorrenza dall'8 maggio 2010, del ruolo degli agenti e dei rappresentanti di commercio previsto dalla L. 3 maggio 1985 n. 204, stabilendo che l'attività dell'agente fosse soggetta a dichiarazione di inizio di attività da presentare alla competente Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura.

Con l'entrata in vigore del D.M. 26 ottobre 2011, il ruolo degli agenti e dei rappresentanti di commercio è stato definitivamente soppresso con la previsione di nuove modalità di iscrizione al registro delle imprese ed al REA. Peraltro, le più recenti normative sull'esercizio dell'attività di agente o di rappresentante hanno lasciato invariato l'obbligo del possesso dei requisiti personali, morali e professionali previsti dalla L. n. 204/1985.

(a cura di S.G.)

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

2

A	Categoria:	AGENZIA PER IL LAVORO
B	Classe:	privilegio generale
C	Artt. privilegio	art. 2751- <i>bis</i> n. 5- <i>ter</i> C.C.
D	Documentazione:	L'impresa di somministrazione di manodopera dovrà allegare il contratto di somministrazione, le fatture e ogni altro documento comprovante il credito, indicare gli estremi dell'autorizzazione alla somministrazione di lavoro rilasciata al somministratore di cui al D.Lgs. 276/2003, art. 4
E	Attività di verifica:	accertare il titolo delle somme richieste, verificando se si riferiscono a costi per contributi e retribuzioni, per i quali spetta il privilegio, da tenere distinti dai costi per la remunerazione dei servizi o per ricarichi ad altro titolo per i quali spetta il chirografo.
F	Possibili problematiche:	come detto al punto che precede, si pone il problema di individuare nel complessivo importo richiesto dalla fornitrice i soli crediti per riaddebito dei costi effettivamente sostenuti per contributi e retribuzione pagate ai dipendenti, tenendoli distinti dalle altre voci, quali ad es. la remunerazione dei servizi o altre spese esposti a titolo di ricarico o guadagno dell'impresa fornitrice.
G	Proposta tipo:	Trattasi di crediti per forniture di lavoro risultanti dagli ordini e dalle fatture. Si ammette al privilegio richiesto per € xxx, esclusa la differenza per € xxx poiché relativa alla remunerazione del servizio e non al riaddebito di costi sostenuti per contributi e retribuzioni (Trib. Nola 26/06/2008) [oppure: escluso il privilegio chiesto non contenendo il contratto di somministrazione tutti i dati richiesti dall'art. 21 D.Lgs. 276/03; o ancora: escluso il privilegio richiesto non essendo stato provato l'ottenimento dell'apposita autorizzazione del Ministero del Lavoro ex art. 4 D.Lgs. 276/03]

(a cura di M.A.R.)

AGENZIA PER IL LAVORO

La c.d. Agenzia per il Lavoro è un ente pubblico e/o privato, che effettua attività di collocamento al lavoro, previa autorizzazione rilasciata dal competente Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali o, solo a livello regionale, dalle Regioni cui sono state conferite dal pacchetto di Riforme Bassanini funzioni in materia di collocamento dei lavoratori.

La disciplina legislativa dell'Agenzia per il Lavoro è racchiusa nella Legge Biagi (D.Lgs. n. 276/03), la quale ha modificato la procedura di autorizzazione ed soppresso le precedenti agenzie di lavoro interinale, di cui alla L. n. 196/97 (c.d. Pacchetto Treu).

L'Agenzia per il Lavoro svolge attività di somministrazione, intermediazione, ricerca e selezione del personale, nonché attività di supporto al reinserimento professionale delle persone prive di occupazione.

Le suddette funzioni sono svolte nell'ambito di un sistema coordinato con la Borsa Continua Nazionale del Lavoro, prevista dall'art. 15 D.Lgs. n. 276/03, quale strumento telematico di collegamento e raccordo tra pubblico e privato per agevolare il collocamento dei lavoratori, oggi liberalizzato attraverso la intervenuta soppressione degli uffici di collocamento e delle relative liste.

L'Agenzia per il Lavoro autorizzata o accreditata, ex art. 4 D.Lgs. n. 276/03, deve essere iscritta in un apposito Albo Unico delle Agenzie per il Lavoro, istituito presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, articolato nelle 5 seguenti sezioni:

- 1) agenzie di somministrazione di lavoro, abilitate allo svolgimento di tutte le attività di cui all'art. 20 D.Lgs. n. 276/03;
- 2) agenzie di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, abilitate a svolgere esclusivamente una delle attività specifiche di cui all'art. 20, co. 3, lett. a), b), c), d), e), f), g) e h), D.Lgs. n. 276/03;
- 3) agenzie di intermediazione;
- 4) agenzie di ricerca e selezione del personale;
- 5) agenzie di supporto alla ricollocazione professionale.

Con l'art. 86, co. 4, D.Lgs. n. 276/03, è stato, infine, chiarito dal legislatore come la disposizione di cui all'art. 2751-*bis*, co. 5-*ter*, C.C. debba riferirsi alla disciplina della somministrazione prevista dal decreto stesso e, per l'effetto, alla natura e al tipo d'attività svolta dall'Agenzia per il Lavoro.

(a cura di M.C.)

A	Categoria:	ALBERGATORE
B	Classe:	privilegio speciale
C	Artt. privilegio	art. 2760; art. 2778 n.12 C.C.
D	Documentazione:	contratto di albergo; fatture e/o ricevute; corrispondenza.
E	Attività di verifica:	accertare l'effettiva sussistenza di un contratto d'albergo dal quale derivi il credito dell'albergatore; verificare che il contratto sia stato concluso con il fallito, chi sia il soggetto che ha usufruito dei servizi dell'albergatore e, nell'eventualità in cui non si tratti del fallito, che rapporti abbia con quest'ultimo. Verificare che i beni sui quali il privilegio deve essere esercitato si trovino ancora nell'albergo e siano di proprietà del fallito
F	Possibili problematiche:	il credito può essere ammesso solo se sia provato documentalmente che il contratto di albergo è stato stipulato dall'imprenditore poi fallito e che il soggetto che ha usufruito delle prestazioni dell'albergatore sia il fallito stesso o un soggetto a lui riconducibile, che abbia usufruito dei servizi nell'ambito dell'attività d'impresa. Ai sensi dell'art. 2954 C.C. il credito dell'albergatore si prescrive con il decorso di sei mesi. Si tratta, però, di prescrizione presuntiva, che può, quindi, essere superata dalla prova, che deve essere fornita dall'albergatore, che il pagamento non è avvenuto. Il credito dell'albergatore per "mercedi e somministrazioni" (intese come le prestazioni fornite dall'albergatore ai clienti, ossia l'alloggio in uno o più locali dell'albergo, convenientemente ammobiliati e forniti di adeguati servizi, e la fornitura di cibi e bevande) verso le persone albergate gode del privilegio speciale di cui all'art. 2760 C.C., da esercitarsi sulle cose portate in albergo (per esempio il bagaglio, l'autovettura introdotta nel parcheggio dell'albergo, i valori consegnati in deposito, ecc.), sulle quali l'albergatore può esercitare un diritto di ritenzione anche in pregiudizio di eventuali diritti vantati da terzi; su di esse ha diritto di preferenza rispetto agli altri eventuali creditori del cliente. Affinché, quindi, il privilegio possa essere riconosciuto, è necessario che i beni sui quali deve essere esercitato si trovino ancora nell'albergo e siano stati o, comunque, possano essere inventariati dalla procedura. Se, quindi, la persona effettivamente albergata non è il fallito e, pertanto, i beni che dovessero ancora trovarsi nell'albergo non siano di proprietà di quest'ultimo, il credito potrà essere ammesso, ove risulti provato che il contratto di albergo è stato stipulato con il fallito, ma al chirografo.
G	Proposta tipo:	Trattandosi di credito fondato su contratto concluso dall'albergatore con l'imprenditore poi fallito, mediante il quale quest'ultimo ha usufruito delle prestazioni alberghiere, e riscontrato che i beni sono di proprietà dello stesso, sono stati

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

		acquisiti alla massa e sono rimasti allocati nell'albergo: si propone ammissione per € xxx al privilegio ex artt. 2760 e 2778 n.12 C.C.
--	--	---

(a cura di G.R.)

CONTRATTO D'ALBERGO

L'albergatore è qualificabile come imprenditore commerciale, ossia come un soggetto dotato di un apparato organizzativo che svolge attività economica, al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi.

Il contratto d'albergo costituisce un contratto atipico, con il quale l'albergatore si impegna a fornire al cliente, dietro corrispettivo, una serie di prestazioni di dare e di fare che si incentrano nella concessione dell'uso di un alloggio, cui si accompagnano altri servizi, strumentali ed accessori al primo. Il cliente che beneficia dei servizi di ospitalità offerti dall'albergatore non sempre coincide con il contraente, dal momento che il contratto può essere concluso da una persona (fisica o giuridica) che non corrisponde al fruitore del servizio. Nella pratica alberghiera può, infatti, verificarsi che venga stipulato un contratto per persona da nominare, in cui il prenotante si riserva, al momento della prenotazione, la nomina di una persona che acquisterà i diritti ed assumerà gli obblighi che derivano dal contratto (esempio tipico la prenotazione effettuata da un'azienda a favore di un proprio collaboratore il cui nome verrà comunicato in seguito) restando, comunque, inteso che, in caso di mancata nomina, lo stipulante rimane parte del contratto, e pertanto gli effetti negoziali si produrranno nei suoi confronti. Le parti in genere si accordano sul termine di comunicazione della nomina; in mancanza, l'accettazione della nomina da parte della persona nominata (ai sensi dell'art. 1402, co. 2, C.C.) s'intende verificata al momento di presentazione in albergo del cliente. Si tratta di un contratto a forma libera che può concludersi per iscritto tramite telegramma, fax, lettera cartacea o elettronica, ovvero verbalmente, di persona o telefonicamente, o, infine, attraverso un comportamento concludente, e che, secondo la prevalente giurisprudenza, si perfeziona con l'accettazione, da parte del cliente o dell'agenzia di viaggio, dell'offerta dell'albergatore.

(a cura di G.R.)

4

A	Categoria:	AMMINISTRATORE DI SOCIETÀ
B	Classe:	chirografo
C	Artt. privilegio	///
D	Documentazione:	delibera di nomina, delibera compenso, fatture o note <i>proforma</i>
E	Attività di verifica:	accertare la regolare delibera da parte dell'assemblea.
F	Possibili problematiche:	il compenso dell'amministratore di società non gode del privilegio ex art. 2751- <i>bis</i> n. 1 C.C. né di quello previsto al n. 2 di tale norma, poiché non può qualificarsi né come credito da lavoro dipendente, né come credito per prestazione professionale o d'opera. Si pone talora il problema di svolgere eccezioni riconvenzionali verso l'amministratore per i suoi eventuali atti di <i>mala gestio</i> , che potrebbero escludere il diritto al compenso o potrebbero finanche fondare azioni risarcitorie da proporre in separata sede nei suoi confronti.
G	Proposta tipo:	Trattasi di crediti per emolumenti maturati a favore dell'istante e risultanti da delibera dell'assemblea. Si propone l'ammissione al chirografo per € xxx, escluso il privilegio richiesto, poiché il credito dell'istante deriva da prestazione di amministratore di società non conciliabile con il vincolo della subordinazione che caratterizza il lavoratore dipendente [oppure: escluso il privilegio richiesto di cui all'art. 2751- <i>bis</i> n. 2 C.C., poiché la norma tutela lo svolgimento di prestazioni riconducibili nella previsione di cui all'art. 2222 C.C. mentre l'attività dell'amministratore non è qualificabile come prestazione d'opera avendo i caratteri della medesima attività societaria, atteso che l'amministratore si identifica organicamente con essa (Trib. Firenze 2/05/2001)]

(a cura di M.A.R.)

AMMINISTRATORE DI SOCIETÀ

Agli amministratori di società spetta la gestione dell'impresa, che si sostanzia nel compimento di tutte le operazioni necessarie e utili per l'attuazione dell'oggetto sociale.

Posto questo principio generale, occorre distinguere tra i vari tipi sociali, e in particolare tra società di capitali e società di persone.

Nelle società di capitali, l'organo amministrativo, nella formula alternativa del consiglio di amministrazione o di gestione, o, se la società non ha titoli quotati, anche dell'amministratore unico, costituisce un organo necessario, mentre, come vedremo, nelle società di persone il potere amministrativo può spettare (ed anzi, questo è il modello legale) a ciascun socio (illimitatamente responsabile).

Nelle società per azioni, la legge prevede tre sistemi di amministrazione e controllo: il sistema tradizionale, nel quale l'amministrazione compete a un organo (consiglio di amministrazione o amministratore unico) e il controllo compete al collegio sindacale (artt. 2380-*bis* e ss. C.C. e artt. 2397 e ss. C.C.); il sistema dualistico, nel quale vi è un consiglio di sorveglianza nominato dall'assemblea, cui competono funzioni di controllo, il quale designa un consiglio di gestione, cui compete la gestione (artt. 2409-*octies* e ss. C.C.); il sistema monistico, nel quale l'assemblea nomina un consiglio di amministrazione, cui spetta la gestione, il quale costituisce al suo interno un comitato per il controllo sulla gestione (art. 2409-*sexiesdecies* e ss. C.C.).

Gli amministratori (o l'amministratore unico) in linea generale sono nominati dall'assemblea, fatta eccezione per i primi amministratori che vengono nominati dall'atto costitutivo (art. 2383 C.C.). Gli amministratori possono essere nominati per un periodo massimo di tre esercizi e, nel silenzio dello statuto o della deliberazione di nomina, la scadenza viene fatta coincidere con la data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio. Gli amministratori possono essere rieletti nella carica dopo la scadenza del loro mandato.

Nelle società a responsabilità limitata la legge prevede una maggiore libertà e flessibilità nella forma organizzativa (art. 2475 C.C.). Si può dunque scegliere tra un organo monocratico o una pluralità di amministratori, i quali possono formare un consiglio di amministrazione ovvero dare vita a un sistema di amministrazione congiuntiva o disgiuntiva, con l'applicazione, in questi ultimi due casi, delle regole previste per le società di persone. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci, nominati con decisione dei soci presa in sede assembleare o, se lo statuto lo consente, extra assembleare. L'atto costitutivo può tuttavia riconoscere ai soci (o ad alcuni di essi) il diritto particolare di amministrare, secondo l'impostazione tipica delle società di persone. Diversamente da quanto è previsto per le società per azioni, nelle società a responsabilità limitata non è previsto alcun limite alla durata della carica. È possibile che il consiglio di amministrazione deleghi, a uno o più amministratori, alcune funzioni di gestione, salvo quelle che la legge indica come non delegabili. È altresì possibile che il consiglio di amministrazione crei al proprio interno un organo collegiale, il comitato esecutivo, al quale delegare alcune delle sue funzioni (art. 2381 C.C.). La delega di funzioni ha rilevanza in tema di responsabilità degli amministratori.

Gli amministratori, sia nelle s.p.a. sia nelle s.r.l., possono in ogni tempo essere revocati con decisione dei soci, salvo l'eventuale obbligo di risarcimento del danno a carico della società se manca la giusta causa (art. 2383 C.C.).

Gli amministratori devono adempiere ai doveri loro imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze (art. 2392 C.C.).

La natura del rapporto tra società e amministratori è assai dibattuta. Esso è stato nel tempo

considerato alla stregua di un contratto di mandato o di pura preposizione organica, ovvero di un rapporto di parasubordinazione. Più di recente, è stato configurato come un contratto di amministrazione, che si conclude per effetto dell'atto di nomina e dell'accettazione da parte dell'amministratore. Altri, infine, ritengono che la fonte del rapporto sarebbe l'atto costitutivo, integrato dalle disposizioni della legge, che attribuirebbe all'amministratore un potere autonomo e originario. La natura del rapporto, e il dibattito su di essa, si riflette sulla natura del relativo compenso, cui l'amministratore ha diritto. La giurisprudenza di legittimità esclude che il credito degli amministratori goda del privilegio generale mobiliare di cui all'art. 2751-*bis*, comma 1, n. 2, C.C., in quanto la prestazione dell'amministratore non sarebbe riconducibile a una prestazione d'opera intellettuale (Cass. 27 febbraio 2014, n. 4769).

Il compenso degli amministratori viene stabilito dall'assemblea, nell'atto di nomina, o dallo statuto (art. 2389 C.C.). Il compenso può essere articolato in diverse forme. Nella prassi, si riscontrano casi di remunerazione fissa, di remunerazione differita alla scadenza del mandato, di gettoni di presenza alle riunioni del consiglio di amministrazione, di remunerazione variabile collegata ai risultati economici, forme di partecipazione agli utili o diritti di acquisto o di sottoscrizione di azioni o quote.

Per quanto concerne le s.p.a., l'art. 2389, comma 3, C.C. prevede che il compenso per gli amministratori investiti di particolari cariche in conformità dello statuto è stabilito dal consiglio di amministrazione, sentito il parere del collegio sindacale. Se la s.p.a. ha adottato il sistema dualistico, il compenso degli amministratori, salva diversa disposizione dello statuto, è determinato dal consiglio di sorveglianza.

Nelle società di persone, in assenza di specifiche norme dell'atto costitutivo, il potere di amministrare spetta a ciascuno dei soci illimitatamente responsabili. Salvo che il contratto sociale non disponga diversamente, ciascun socio è investito del potere di amministrare la società disgiuntamente dagli altri soci (art. 2257, comma 1, C.C.).

Sia nelle società di persone, sia nelle società di capitali, si ammette che, quale amministratore, possa essere nominata anche una persona giuridica.

(a cura di M.A.)

5

A	Categoria:	ARTIGIANO
B	Classe:	privilegio generale
C	Artt. privilegio	2751- <i>bis</i> n. 5 C.C.
D	Documentazione:	iscrizione Albo Imprese Artigiane
E	Attività di verifica:	accertare la sussistenza dei requisiti di cui alla Legge 443/1985 e, quindi, verificare la partecipazione dell'imprenditore al processo produttivo. La qualifica di artigiano è ravvisabile nell'imprenditore che svolge in prima persona, pur con la collaborazione di personale dipendente, l'attività lavorativa nella sua impresa. Verificare inoltre che non si tratti di attività di mera vendita, dovendo sussistere quantomeno l'attività di trasformazione.
F	Possibili problematiche:	<ul style="list-style-type: none">- il creditore chiede il privilegio anche alla parte di credito corrispondente all'I.V.A. sulle fatture emesse, mentre il credito di rivalsa I.V.A. è assistito dal privilegio di cui all'art. 2758 C.C., la cui applicazione richiede l'individuazione del bene cui si riferisce la fornitura;- il fornitore non produce il certificato di iscrizione all'albo delle imprese artigiane, necessaria secondo la normativa vigente per godere del privilegio previsto per le prestazioni effettuate da imprese artigiane.- il privilegio artigiano non spetta al credito per il compenso dell'appalto d'opera (Cass. 20116/2010 e 13396/2005)
G	Proposta tipo:	Trattasi di credito per prestazioni che è stato verificata sulla scorta della contabilità della fallita e della documentazione prodotta dall'istante (Cass. 31/05/2011, n. 12013) e che si ritiene congruo [e che si ritiene di ridurre a euro xxx, non risultando provata la differenza], da ammettere al concorso in via privilegiata ex art. 2751- <i>bis</i> n. 5 C.C. per la parte di credito corrispondente all'imponibile delle fatture emesse e prodotte, risultando provata la natura di impresa artigiana secondo la normativa vigente, rilevandosi per contro la non applicabilità del privilegio speciale ex art. 2752, 2° comma, C.C. per la parte corrispondente alla rivalsa dell'I.V.A. esposta in fattura, non potendosi individuare i beni su cui esercitarlo (al chirografo, essendo stato provato il credito, escluso il privilegio richiesto non essendo stata provata l'iscrizione all'albo, o ancora poiché il legale rappresentante dell'istante non risulta svolgere personalmente l'attività nella società).

(a cura di M.A.R.)

ARTIGIANO

Nel codice civile non c'è una definizione specifica dell'artigiano, figura che è stata inserita, insieme a quella dei coltivatori diretti e dei piccoli commercianti, nella nozione di piccolo imprenditore (art. 2083 C.C.), ovvero di colui che esercita un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia.

Successivamente il legislatore è intervenuto per definire in modo più preciso l'imprenditore e l'impresa artigiana, specificandone i limiti dimensionali (con il superamento definitivo della corrispondenza tra imprenditore artigiano e piccolo imprenditore) e stabilendo quale criterio di riferimento quello della natura dell'attività svolta e della prevalenza del lavoro rispetto al capitale investito.

In particolare, la legge 8 agosto 1985, n. 443, cd. "legge-quadro per l'artigianato", oltre ad aver introdotto l'albo delle imprese artigiane, ha dato una definizione sistematica di imprenditore artigiano e di impresa artigiana ed ha precisato gli ulteriori elementi caratterizzanti, quali i limiti dimensionali e la possibilità di esercitare l'attività artigiana in forma societaria.

Ai sensi di tale legge, pertanto, l'imprenditore artigiano è colui che esercita personalmente, professionalmente e in qualità di titolare l'impresa artigiana, assumendone i relativi oneri e rischi, e svolgendo in misura prevalente il proprio lavoro, anche manuale, nel processo produttivo.

L'attività svolta dall'imprenditore artigiano deve avere quale scopo prevalente la produzione di beni o la prestazione di servizi, con esclusione di attività agricole, commerciali, di intermediazione nella circolazione dei beni, di somministrazione al pubblico di alimenti o bevande, e deve rispettare precisi limiti dimensionali.

Infatti, pur essendo requisito fondamentale dell'impresa artigiana che l'attività sia svolta personalmente dall'imprenditore, quest'ultimo può avvalersi della collaborazione di personale dipendente o di soci purché non siano superati i limiti massimi variabili da 8 a 32 dipendenti a seconda dell'attività produttiva svolta (ad esempio, per le imprese di trasporto il limite è di 8 dipendenti, per il settore delle lavorazioni artistiche e abbigliamento su misura di 32 dipendenti, per le imprese che lavorano in serie il limite massimo è di 9 dipendenti).

Come accennato, la Legge-quadro ha introdotto la possibilità di esercitare l'impresa artigiana in forma societaria purché nella forma di società in nome collettivo, società in accomandita semplice, società a responsabilità limitata (in forma uni personale o pluripersonale) o società cooperativa, con esclusione quindi delle società per azioni e società in accomandita per azioni. E' inoltre necessario che la maggioranza dei soci (ovvero uno in caso di due soli soci) svolga in prevalenza lavoro personale, anche manuale, nel processo produttivo.

Ai fini del riconoscimento del privilegio di cui all'art. 2751-bis n. 5 C.C., i contrapposti orientamenti interpretativi (l'uno che riteneva di doversi fare riferimento unicamente alla nozione di impresa artigiana dell'art. 2083 C.C., e l'altro che riteneva potersi riconoscere il privilegio all'impresa artigiana secondo la definizione più estensiva data dalla Legge-quadro) hanno trovato una definitiva composizione nel cd. "decreto semplificazioni" (decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5 conv. in L. 4 aprile 2012, n. 35), che – con l'art. 36 - ha introdotto nell'art. 2751-bis n. 5 C.C. il riferimento implicito alla legge-quadro. Tale norma, infatti, nella nuova formulazione stabilisce che fruiscono del privilegio generale

“...5) i crediti dell'impresa artigiana, definita ai sensi delle disposizioni legislative vigenti ...”, con l'effetto che la qualifica artigianale ai fini del riconoscimento del privilegio in questione non può basarsi su criteri diversi da quelli previsti dalla legge-quadro sull'artigianato n. 443/1985.

(a cura di C.Z.)

6

A	Categoria:	ASSICURAZIONE
B	Classe:	chirografario / prededuzione
C	Artt. privilegio	
D	Documentazione:	contratto di assicurazione.
E	Attività di verifica:	verificare se il bene assicurato è stato o meno inventariato, se l'assicurazione sia già scaduta o se, in deroga al principio di prosecuzione automatica del contratto, lo stesso si sia sciolto in forza di patto contrario, che deve risultare in forma scritta <i>ad probationem</i> , o per aggravamento del rischio con la precisazione che, ove si prosegua nel contratto, all'assicuratore dovrà essere riconosciuto il pagamento in prededuzione anche dei premi anteriori non pagati. Verificare la correttezza del calcolo degli interessi. Qualora il contratto sia stato già risolto prima della dichiarazione di fallimento le somme maturate dall'assicurazione dovranno essere riconosciute al chirografo.
F	Possibili problematiche:	da non confondere le polizze assicurative con le polizze fideiussorie. L'art. 82 L.F. non è applicabile a tali polizze, dette anche polizze cauzionali, che non possono essere qualificate come contratti di assicurazione, essendo sottotipi innominati della fideiussione. L'art. 82 L.F. si ritiene non applicabile neppure per le assicurazioni malattie ed infortuni, in quanto riguarda la persona del fallito e non è, quindi, di interesse per la massa dei creditori.
G	Proposta tipo:	Trattasi di credito fondato su contratto assicurativo, provato con la produzione della documentazione relativa ai premi rimasti impagati. Si propone l'ammissione come da domanda, ovvero si propone l'ammissione del minor importo di € xxx, esclusa la differenza poiché non documentata.

(a cura di M.A.R.)

ASSICURAZIONE

Il contratto di assicurazione, ai sensi degli artt. 1882 e ss. C.C., ha ad oggetto la garanzia contro il verificarsi di un evento futuro e incerto, generalmente dannoso per la salute o il patrimonio.

Il contratto appartiene alla categoria dei contratti consensuali, poiché trae origine dall'accordo intercorrente tra assicuratore e assicurato, volto a garantire il secondo dal sopraggiungere della verifica del "rischio", circostanza non controllabile da nessuna delle due parti.

Nei fatti, l'assicurazione ha quale unico scopo precipuo quello di "trasformare il rischio in spesa", in quanto, attraverso la stipulazione del contratto, l'assicurato intende monetizzare il danno patrimoniale che egli potrebbe soffrire se l'evento garantito si verificasse, attraverso la postuma percezione di un capitale o di una rendita pattuita.

Quale controprestazione alla garanzia, nella logica del perfezionamento del sinallagma contrattuale, vi è il versamento del premio assicurativo, che, una volta corrisposto, determina l'accollo della possibilità del verificarsi del sinistro in capo all'assicuratore.

Il premio è calcolato sulla base della probabilità statistica di accadimento dell'evento stesso, a fronte del quale l'assicuratore si impegna a sopportare un rischio economico fino ad un individuato capitale assicurato o massimale assicurativo.

Occorre chiarire che sovente si confonde il soggetto contraente l'assicurazione con l'effettivo beneficiario della stessa.

Il contraente, infatti, è colui che stipula il contratto, mentre il beneficiario è il titolare del diritto alla prestazione: il contraente può nominare se stesso come beneficiario, ma, specialmente nella c.d. assicurazione-vita, spesso individua un terzo (es. moglie, figlio ecc.)

Si possono sommariamente distinguere due macro categorie di contratti d'assicurazione:

- assicurazione contro i danni, in cui il contratto assume un carattere indennitario, avendo lo scopo di garantire all'assicurato il ristoro di un danno subito, ovvero tutelarne il patrimonio dalle conseguenze economiche di un determinato evento, fermo restando il generale principio secondo cui non è mai possibile versare all'assicurato un'indennità superiore al danno subito, così da scongiurare l'ipotesi d'indebita locupletazione. In detta categoria sono ricomprese le assicurazioni a tutela di eventi quali la distruzione, la perdita, il deterioramento di beni (assicurazione per i danni a cose); la diminuzione o la totale perdita della capacità di produrre reddito (assicurazione per i danni alla persona); la responsabilità dell'assicurato per i danni arrecati a terzi o a cose di terzi (assicurazione della responsabilità civile);
- assicurazione sulla vita, in cui l'assicuratore si obbliga a pagare un capitale ovvero una rendita quando sopraggiunge la morte dell'assicurato (assicurazione per il caso di morte); o l'assicurato raggiunge una determinata età (assicurazione per il caso di vita); o alla scadenza di un termine prefissato o in caso di morte dell'assicurato (polizze miste).

(a cura di M.C.)

7

A	Categoria:	CONAI - CONSORZIO NAZIONALE IMBALLAGGI (FORNITORE)
B	Classe:	Chirografo
C	Artt. privilegio	///
D	Documentazione:	fatture o estratto autentico del libro giornale
E	Attività di verifica:	verificare la corrispondenza dei crediti con le scritture contabili.
F	Possibili problematiche:	Il CONAI generalmente chiede l'ammissione al passivo in via privilegiata ex art. 2758 C.C. Il privilegio viene riconosciuto talora da alcuni giudici di merito. Il Tribunale di Milano, tuttavia, esclude la natura privilegiata del credito.
G	Proposta tipo:	Trattasi di crediti risultanti da fatture riscontrate in contabilità. Si propone l'ammissione in via chirografaria, escluso il richiesto privilegio essendo il CONAI un soggetto di diritto privato (Trib. Milano, 26/06/2006; App. Milano, 19/09/2007).

(a cura di M.A.R.)

CONAI – Consorzio Nazionale Imballaggi

Il CONAI (Consorzio Nazionale Imballaggi), ex art. 41, co. 6, D.Lgs. n. 22/1997, come modificato dall'art. 10, co. 2, L. 93/2001, è un consorzio avente personalità giuridica di natura privata, privo di finalità di lucro, costituito dai produttori e dagli utilizzatori di imballaggi, con lo scopo di perseguire gli obiettivi di recupero e riciclo dei materiali di imballaggio previsti dalla legislazione europea e recepiti in Italia attraverso il c.d. Decreto Ronchi (D.Lgs. n. 152/2006), in sostituzione dell'originario D.Lgs. n. 22/1997, legge-quadro del settore emanata in attuazione delle direttive europee 91/156/CEE (sui rifiuti), 91/689/CEE (sui rifiuti pericolosi) e 94/62/CEE (sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio).

Il CONAI è, quindi, l'organismo a cui il legislatore ha delegato il passaggio e il coordinamento da un sistema di gestione dei rifiuti basato sulla discarica a un sistema integrato di gestione basato sul recupero e sul riciclo dei rifiuti di imballaggio.

L'adesione al CONAI è obbligatoria per le imprese inserite nella filiera degli imballaggi, vale a dire i **produttori** (es. fornitori di materiali di imballaggio, fabbricanti, trasformatori e importatori di imballaggi vuoti e di materiali di imballaggio) e gli **utilizzatori** (es. commercianti, distributori, addetti al riempimento, utenti di imballaggi e importatori di merci imballate), poiché soggetti responsabili della corretta gestione ambientale degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio generati dal consumo dei propri prodotti.

Il CONAI, inoltre, garantisce il necessario raccordo tra la Pubblica Amministrazione e sei ulteriori Consorzi rappresentativi dei principali materiali d'imballaggio, indirizzandone e coordinandone le rispettive attività:

Consorzio RICREA – acciaio;

CIAL – alluminio;

COMIECO – carta,

RILEGNO – legno;

COREPLA – plastica;

COREVE – vetro.

Per ciascuno dei citati materiali d'imballaggio, il sistema CONAI ha stabilito un Contributo Ambientale, che costituisce la forma di finanziamento per ripartire tra produttori e utilizzatori i costi per i maggiori oneri relativi alla raccolta differenziata e per il recupero e riciclo degli imballaggi.

I soggetti tenuti al versamento del Contributo Ambientale sono coloro che per primi immettono l'imballaggio finito nel mercato nazionale, quali, ad esempio, i produttori, gli autoproduttori (soggetti che acquistano materie prime e materiali di imballaggio al fine di fabbricare/riparare gli imballaggi per confezionare i propri prodotti), gli importatori di imballaggi vuoti e gli importatori di merci imballate.

(a cura di M.C.)

8

A	Categoria:	CONDominio NEGLI EDIFICI (spese condominiali)
B	Classe:	chirografo (o prededuzione)
C	Artt. privilegio	///
D	Documentazione:	delibere assembleari, consuntivi spese condominiali
E	Attività di verifica:	verificare titolarità del bene in capo al fallimento, corrispondenza dei crediti con le scritture contabili.
F	Possibili problematiche:	<p>le spese condominiali maturate post fallimento relativamente ad un immobile di proprietà del fallimento godranno della prededuzione.</p> <p>Le spese maturate ante fallimento vanno al chirografo.</p> <p>Nell'ipotesi in cui l'immobile sia occupato dal fallito per essere adibito a casa dello stesso, secondo una parte della giurisprudenza le spese restano a suo carico e non può essere riconosciuta la prededuzione (Trib. Roma 16/06/1999).</p>
G	Proposta tipo:	<p>Trattasi di credito del condominio per spese relative all'immobile dell'impresa fallita; sono stati prodotti i consuntivi.</p> <p>Si propone l'ammissione al chirografo per spese condominiali maturate ante fallimento per € xxxx esclusa eventuale differenza non documentata. Si ammette in prededuzione per le spese maturate successivamente alla data del fallimento, salve le successive in corso di maturazione.</p>

(a cura di M.A.R.)

IL CONDOMINIO NEGLI EDIFICI

Il Condominio negli edifici è la figura più importante di comunione, data dalla coesistenza di proprietà esclusive e di parti comuni indivise. Ciascun partecipante al condominio, detto condòmino, ha la proprietà esclusiva di uno o più piani (o porzioni di piano) e un diritto di comproprietà sulle parti comuni.

Il condominio è, dunque, una struttura complessa nella quale coesistono beni soggetti ad un regime giuridico differenziato (proprietà esclusiva e proprietà comune).

Il condominio è disciplinato dal codice civile (articoli 1100 – 1139), dalle Disposizioni di attuazione del codice civile (articoli 61 – 72 e 155), dal codice di procedura civile (art. 23) e dalla legge n. 220 del 11 dicembre 2012 (“Modifiche alla disciplina del condominio negli edifici”), entrata in vigore il 18/6/2013.

Le parti comuni sono individuate dall’art. 1117 C.C. e meglio specificate dalla riforma (“1) tutte le parti dell’edificio necessarie all’uso comune, come il suolo su cui sorge l’edificio, le fondazioni, i muri maestri, i pilastri e le travi portanti, i tetti e i lastrici solari, le scale, i portoni di ingresso, i vestiboli, gli anditi, i portici, i cortili e le facciate; 2) le aree destinate a parcheggio nonché i locali per i servizi in comune, come la portineria, incluso l’alloggio del portiere, la lavanderia, gli stenditoi e i sottotetti destinati, per le caratteristiche strutturali e funzionali, all’uso comune; 3) le opere, le installazioni, i manufatti di qualunque genere destinati all’uso comune, come gli ascensori, i pozzi, le cisterne, gli impianti idrici e fognari, i sistemi centralizzati di distribuzione e di trasmissione per il gas, per l’energia elettrica, per il riscaldamento ed il condizionamento dell’aria, per la ricezione radiotelevisiva e per l’accesso a qualunque altro genere di flusso informativo, anche da satellite o via cavo, e i relativi collegamenti fino al punto di diramazione ai locali di proprietà individuale dei singoli condomini, ovvero, in caso di impianti unitari, fino al punto di utenza, salvo quanto disposto dalle normative di settore in materia di reti pubbliche”), anche se l’elencazione non è tassativa, e sempre che non risulti diversamente dal titolo o dal regolamento.

La comproprietà delle parti comuni dell’edificio è strumentale al godimento delle proprietà esclusive; per questo si tratta di comunione forzosa, nel senso che un proprietario non può rinunciare al diritto su tali parti comuni per sottrarsi al pagamento delle spese (art. 1118, comma 2, C.C.).

Conseguenze di questo vincolo di destinazione funzionale delle parti comuni sono la indivisibilità delle parti comuni e l’obbligo di ciascun condominio di contribuire alle spese necessarie alla conservazione e alla manutenzione delle stesse.

Il valore della quota di parti comuni di proprietà di ciascun condòmino è misurato in millesimi, salvo che il titolo disponga diversamente; i millesimi sono riportati in apposite tabelle millesimali.

Le tabelle millesimali si utilizzano per la ripartizione delle spese condominiali, per la determinazione delle maggioranze di costituzione delle assemblee e delle votazioni delle deliberazioni.

Il godimento della proprietà esclusiva da parte di ciascun partecipante al condominio incontra due limiti: l’obbligo di non invadere la sfera privata degli altri partecipanti e il divieto di eseguire nel piano o porzione di piano di proprietà esclusiva opere che rechino danno alle parti comuni dell’edificio (art. 1122 C.C.).

E’ obbligatoria la nomina di un amministratore quando i condòmini siano più di otto (antecedentemente alla riforma del 2013, l’obbligo era previsto in caso di più di quattro condomini). L’amministratore è l’organo che esegue le deliberazioni dell’assemblea, riscuote i

contributi dai condòmini ed eroga le spese occorrenti per la gestione e la manutenzione, redige il rendiconto annuale (bilancio condominiale), rappresenta il condominio nei procedimenti giudiziari nei quali è parte; dura in carica due anni, salvo che sia revocato anticipatamente.

Quando il numero dei condòmini è superiore a dieci è obbligatoria la formazione di un regolamento di condominio ex art. 1138 C.C., anche se non è prevista alcuna sanzione nel caso in cui il Regolamento non esista. Il regolamento di condominio è un atto che contiene norme che definiscono i diritti e gli obblighi di ciascun condòmino, l'uso delle cose comuni, la ripartizione delle spese fra i condòmini, e dispone per la tutela del decoro dell'edificio e per l'amministrazione del condominio.

Il regolamento può avere natura contrattuale o assembleare. Nel primo caso esso è predisposto dal costruttore o dall'unico proprietario di un edificio, prima della costituzione del condominio ed è indicato negli atti di vendita delle singole unità immobiliari e adottato obbligatoriamente dagli acquirenti. Il regolamento con natura assembleare è approvato dall'assemblea dei condòmini con un numero di voti che rappresenti la maggioranza degli intervenuti (cioè la metà più uno) e almeno la metà del valore dell'edificio (500/1000) e con la stessa maggioranza può essere modificato.

L'assemblea dei condòmini è l'organo deliberativo del condominio.

Proprio la recente legge 220/2012 ha modificato il quorum necessario per assumere una delibera assembleare: anzitutto per la costituzione dell'assemblea in prima convocazione, occorre la presenza della maggioranza dei condòmini che rappresentino i 2/3 dei millesimi; per la costituzione in seconda convocazione (quella di solito effettiva) basta 1/3 dei condòmini e 1/3 dei millesimi. Per la validità delle delibere da assumere nell'assemblea in seconda convocazione è necessario il voto della maggioranza degli intervenuti rappresentanti almeno 1/3 dei millesimi.

Le spese condominiali sono distinte in: ordinarie e straordinarie.

La Corte di cassazione a Sezione Unite ha stabilito il principio della parziarietà delle obbligazioni condominiali, in sostituzione del principio di responsabilità solidale passiva (Cass. civ., Sez. un., 8 aprile 2008, n. 9148).

Il condominio è sostituito d'imposta, deve avere un proprio codice fiscale – in quanto è tenuto ad importanti adempimenti fiscali –, ma anche un proprio conto corrente.

Il "super-condominio" è costituito da un complesso immobiliare composto da più edifici (ciascuno dei quali di norma costituito in condominio; oppure si tratta dei villaggi residenziali composti da più villette), caratterizzato dalla presenza di cose, servizi e aree comuni cui siano applicabili le norme sul condominio; la riforma ha anche regolamentato questa realtà all'art. 1117-bis cc.

Si ha, invece, "condominio parziale" nel caso di gestione separata di un bene che, per obiettive caratteristiche funzionali, è destinato al servizio e/o al godimento di una parte soltanto dell'edificio in condominio.

(a cura di A.G.)

A	Categoria:	CONTO CORRENTE BANCARIO (apertura di credito, anticipazione bancaria)
B	Classe:	Chirografo
C	Artt. privilegio	///
D	Documentazione:	contratto di conto corrente, eventuali contratti collegati (quali apertura di credito, anticipazione, ecc.), estratto di conto corrente con certificazione di conformità alle scritture contabili.
E	Attività di verifica:	<p>accertare che il credito sia adeguatamente documentato con la produzione di contratto munito di data certa, estratti di conto corrente, verificare che gli interessi siano stati determinati con riferimento al tasso contrattualmente previsto ed al capitale scaduto, non essendo ammesso l'anatocismo.</p> <p>In presenza di scritture contabili, verificare la corrispondenza del credito insinuato con le risultanze della contabilità.</p> <p>La certificazione ex art. 50 TUB è ritenuta inidonea a sorreggere – da sola - la domanda.</p> <p>Secondo una circolare della Sezione Fallimentare del Tribunale di Milano, ai fini dell'ammissione vengono richiesti gli estratti di conto corrente per almeno i due anni antecedenti la chiusura o il passaggio a sofferenza; per le anticipazioni è necessaria la produzione delle distinte di presentazione degli effetti; per i mutui la prova dell'effettivo accredito dell'importo mutuato.</p>
F	Possibili problematiche:	<p>manca del contratto, errato calcolo degli interessi.</p> <p>Nell'esaminare gli estratti conto verificare se nel semestre antecedente alla dichiarazione di fallimento vi sia stato un rientro consistente e durevole ai fini dell'esperibilità della revocatoria (sempre che ricorra l'ulteriore requisito della <i>scientia decoctionis</i>).</p>
G	Proposta tipo:	Trattasi di saldo negativo di conto corrente bancario, adeguatamente documentato con la produzione del contratto di conto corrente, degli estratti conto e del calcolo degli interessi. Si propone l'ammissione come da domanda, ovvero si propone l'ammissione del minor importo di xxx esclusa la differenza per errato calcolo degli interessi o, ancora, si propone l'esclusione per mancata allegazione del contratto di conto corrente.

(a cura di M.A.R.)

CONTO CORRENTE

Il conto corrente ordinario è il contratto tipico con il quale le parti si obbligano ad annotare in un conto, rendendoli indisponibili e inesigibili fino alla chiusura di esso, i crediti derivanti da reciproche rimesse. Il saldo del conto è esigibile alla scadenza stabilita. Se non è richiesto il pagamento, il saldo si considera quale prima rimessa di un nuovo conto e il contratto s'intende rinnovato a tempo indeterminato (art. 1823 C.C.).

Qualora il contratto intervenga tra imprenditori, il conto corrente riguarda soltanto le operazioni inerenti alla gestione delle rispettive imprese (art. 1824 C.C.). I crediti annotati conservano la loro individualità giuridica e l'iscrizione di un credito nel conto non produce novazione del rapporto obbligatorio dal quale deriva. Sui crediti annotati decorrono gli interessi, nella misura stabilita dal contratto o dagli usi, ovvero, in mancanza, nella misura legale (art. 1825 C.C.).

L'esistenza del contratto di conto corrente non esclude i diritti di commissione e di rimborso delle spese, le azioni e le eccezioni relative agli atti da cui i crediti sono scaturiti, nonché le garanzie reali o personali e le obbligazioni solidali che assistono i singoli crediti (artt. 1826-1828 C.C.). Se non risulta una diversa volontà delle parti, l'inclusione nel conto delle rimesse costituite da crediti dei correntisti verso terzi si presume fatta con la clausola "salvo incasso" (art. 1829 C.C.).

La chiusura del conto corrente con la liquidazione del saldo è fatta alle scadenze stabilite dal contratto o dagli usi e, in mancanza, al termine di ogni semestre, computabile dalla data del contratto (art. 1831 C.C.). Se non ne è richiesto il pagamento, il saldo si considera quale prima rimessa di un nuovo conto ed il contratto si intende rinnovato a tempo indeterminato. L'approvazione dell'estratto conto trasmesso da una parte all'altra non preclude il diritto di impugnarlo, entro sei mesi, per errori di scritturazione o di calcolo, per omissione o per duplicazioni (art. 1832 C.C.).

Se il contratto è stato stipulato a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può recedere dal contratto ad ogni chiusura del conto, dandone preavviso almeno dieci giorni prima. In caso d'interdizione, d'inabilitazione, d'insolvenza, di morte di una delle parti, ciascuna di queste o gli eredi hanno diritto di recedere dal contratto. Lo scioglimento del contratto impedisce l'inclusione nel conto di nuove partite, ma il pagamento del saldo non può richiedersi che alla scadenza del periodo stabilito dall'art. 1831 C.C. (art. 1833 C.C.).

A differenza del contratto di conto corrente ordinario, il *conto corrente bancario di corrispondenza* è un contratto bancario collegato ad un deposito, ad un'apertura di credito e ad altre operazioni bancarie, con il quale la banca si obbliga ad eseguire pagamenti e riscossioni per conto del suo cliente; quest'ultimo, a sua volta, può disporre delle somme esistenti nel conto mediante il rilascio di assegni, l'esecuzione di bonifici ed il pagamento tramite carta di credito. La somma algebrica dei movimenti di dare e di avere è annotata sul conto e costituisce un saldo del quale il correntista può disporre in qualsiasi momento.

A differenza del contratto di conto corrente ordinario, il contratto di conto corrente bancario o di corrispondenza non è tipizzato dal codice civile – che si limita a disciplinare, agli artt. 1852-1857 C.C., le operazioni bancarie che possono essere regolate in conto corrente –. Tra questi articoli assumono particolare rilevanza le disposizioni dell'art. 1853 C.C., in base al quale se tra la banca ed il correntista esistono più rapporti o più conti,

ancorché in monete differenti, i saldi attivi e passivi si compensano reciprocamente, salvo patto contrario; nonché dell'art. 1856 C.C., per il quale la banca risponde secondo le regole del mandato per l'esecuzione degli incarichi ricevuti dal correntista.

Il conto corrente di corrispondenza è inoltre regolato per alcuni profili dal Testo Unico Bancario. Per la forma del contratto si applica la regola generale dettata dall'art. 117 T.U.B. per tutti i contratti bancari, che impone la forma scritta a pena di nullità rilevabile dal cliente e dal giudice (art. 127 T.U.B.). Nell'ambito di questa disciplina assume una particolare importanza il principio per il quale la banca è tenuta ad inviare estratti conto periodici, che si ritengono tacitamente approvati in mancanza di opposizione scritta da parte del cliente entro sessanta giorni dal loro ricevimento (art. 119, comma 3, T.U.B.). Le somme accreditate sul conto producono interessi, che devono essere resi pubblici dalle banche ed indicati nei contratti. Gli interessi sono calcolati secondo il metodo scalare, con applicazione di tassi diversi per gli interessi creditori e debitori.

(a cura di S.G.)

APERTURA DI CREDITO E CONTRATTI DI CREDITO

Con il contratto di apertura di credito la banca si obbliga a tenere a disposizione del cliente una somma di denaro, per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato (art. 1842 C.C.). L'apertura di credito può essere semplice oppure in conto corrente. Nel primo caso, il cliente ha il diritto di utilizzare il credito una sola volta, ancorché per mezzo di prelevamenti parziali; nel secondo caso, può anche ripristinare la disponibilità con successivi versamenti.

L'apertura di credito può essere garantita o allo scoperto. Nel primo caso, essa è assistita da un'idonea garanzia reale o personale, che si intende fornita per l'intera durata del contratto. Nel secondo caso, la banca può agire esclusivamente sul patrimonio dell'accreditato.

Dopo l'apertura di credito il cliente deve restituire alla banca non solo le somme effettivamente utilizzate, ma anche gli interessi sulle somme medesime ed una commissione a titolo di corrispettivo per la fruibilità del credito. Nell'ipotesi di apertura di credito a tempo determinato la banca può recedere dal contratto, salva diversa disposizione, per giusta causa; nell'ipotesi dell'apertura di credito a tempo indeterminato le parti possono recedere in qualsiasi momento, dando il preavviso stabilito dalla norme bancarie uniformi o, in mancanza, nel termine di quindici giorni (art. 1845 C.C.).

Il mutuo è un contratto di credito ad esecuzione istantanea ed ha natura reale; l'apertura di credito è invece un contratto consensuale, che ammette la rinnovata e ripetuta utilizzazione del credito dopo i rimborsi effettuati.

A sua volta, anche l'anticipazione bancaria – la quale è regolata dagli articoli 1846 ss. C.C. e costituisce una sottospecie dell'apertura di credito – è un contratto consensuale. Con questo contratto la banca mette a disposizione del cliente una somma di denaro chiedendo in cambio un pegno di titoli o di merci.

Infine, con il castelletto di sconto l'istituto bancario si impegna ad accettare per lo sconto i titoli che il cliente gli presenterà nel limite massimo del fido concesso dall'istituto medesimo; pertanto, a differenza dell'apertura di credito, il castelletto di sconto, anche

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

se regolato in conto corrente, non attribuisce al cliente la facoltà di disporre di una somma di denaro messa a disposizione dalla banca.

(a cura di S.G.)

A	Categoria:	CONTRATTO PRELIMINARE DI VENDITA IMMOBILIARE
B	Classe:	privilegio speciale
C	Artt. privilegio	art. 2775- <i>bis</i> C.C.
D	Documentazione:	contratto preliminare, nota di trascrizione
E	Attività di verifica:	accertare la validità della trascrizione del preliminare
F	Possibili problematiche:	<p>Il credito del promissario acquirente deriva dalla mancata esecuzione di un contratto preliminare redatto in forma scritta, a condizione che gli effetti della trascrizione non siano cessati al momento della risoluzione del contratto e non si ecceda il triennio previsto ex art. 2645-<i>bis</i> C.C..</p> <p>Nel caso in cui il curatore del fallimento della società costruttrice opti per lo scioglimento dal contratto preliminare, il conseguente credito del promissario acquirente (avente ad oggetto la restituzione della caparra versata contestualmente alla stipula del preliminare o acconti), benché assistito da privilegio speciale deve essere collocato con grado inferiore in sede di riparto rispetto a quello dell'istituto di credito che, prima della trascrizione del preliminare, abbia iscritto ipoteca relativamente al finanziamento concesso alla società costruttrice (Cass. S.U. 21045/2009).</p>
G	Proposta tipo:	<p>Trattasi di un credito sorto a favore del promissario acquirente a seguito della risoluzione del preliminare da parte del curatore, a ciò autorizzato.</p> <p>Si propone l'ammissione al privilegio ex art. 2775-<i>bis</i> C.C. dell'importo di € xxx.</p>

(a cura di M.A.R.)

IL CONTRATTO PRELIMINARE

Il codice civile regola il contratto preliminare senza mai definirlo; pertanto la definizione di contratto preliminare è frutto di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

A questa stregua, il contratto preliminare è il contratto con cui le parti si obbligano, reciprocamente, a stipulare un nuovo contratto, detto definitivo, del quale nel preliminare sono stabiliti gli elementi essenziali.

La prestazione oggetto del contratto preliminare è, dunque, quella di “prestare un consenso” per la conclusione del contratto definitivo.

Il contratto preliminare ha, quindi, effetti obbligatori consistenti nell'esecuzione di un *facere* infungibile; il contratto definitivo che le parti si obbligano a stipulare può essere, invece, ad effetti reali oppure obbligatori.

Qualora una parte del contratto preliminare si rifiuti di stipulare il contratto definitivo, la parte non inadempiente potrà ottenere dal giudice una sentenza cd. costitutiva, che produca gli effetti del contratto definitivo che le parti si erano obbligate a sottoscrivere con il contratto preliminare (art. 2932 C.C.). La parte non inadempiente deve comunque offrire al giudice l'adempimento della propria prestazione.

L'art. 1351 C.C. afferma che il contratto preliminare è nullo se non è fatto nella forma prevista per il contratto definitivo.

Le parti possono trascrivere nei registri immobiliari il contratto preliminare avente ad oggetto diritti su beni immobili (art. 2645-*bis* C.C.); in questo modo, gli effetti del futuro contratto definitivo (o dell'eventuale sentenza costitutiva) saranno opponibili ai terzi sin dall'avvenuta trascrizione del contratto preliminare.

Sebbene il contratto preliminare possa avere ad oggetto la stipula di qualsiasi contratto – anche se parte della dottrina nega che sia configurabile un contratto preliminare di contratto associativo o di donazione – il contratto in esame è utilizzato principalmente per vincolare le parti alla stipula di contratti ad effetti reali.

Il contratto preliminare può anche prevedere una parziale anticipata esecuzione delle prestazioni del contratto definitivo.

La giurisprudenza non considera la fissazione del termine per la stipula del contratto definitivo come un requisito essenziale del contratto preliminare; di conseguenza, la relativa mancanza non determina l'invalidità del contratto preliminare. In assenza di un termine per la stipula del contratto definitivo, le parti potranno rivolgersi al giudice ex art. 1183 C.C. (entro i dieci anni della prescrizione, decorrente dalla stipula del contratto preliminare salvo interruzioni del termine prescrizione), affinché determini il tempo dell'adempimento.

E' esclusa la validità del c.d. “preliminare di preliminare”, intendendosi con questa locuzione il contratto con cui le parti si impegnino a concludere in futuro un contratto con analoghi effetti obbligatori, che le vincolerebbe a stipulare, successivamente, una vendita definitiva.

(a cura di A.G.)

A	Categoria:	COOPERATIVE
B	Classe:	privilegio generale
C	Artt. privilegio	art. 2751- <i>bis</i> n. 5 C.C.
D	Documentazione:	certificato di iscrizione all'albo attestante la qualifica di cooperativa di produzione e lavoro (che però non ha natura costitutiva); statuto ai fini della verifica dell'oggetto sociale; elenco soci dipendenti della cooperativa; bilancio e modello Unico relativi agli anni in cui è sorto il credito; fatture da cui risulti che il credito deriva dalla vendita di prodotti.
E	Attività di verifica:	accertare che il principio della mutualità sia prevalente e che nel periodo in cui è sorto il credito le prestazioni del lavoro dei soci risultino in modo prevalente rispetto a quello dei salariati esterni e all'apporto di capitale (Trib. Monza, 13/07/2005). Verificare inoltre che il lavoro sia prevalente sul capitale investito, da valutarsi con riferimento al rapporto tra valore delle attrezzature e ammontare dei salari corrisposti (App. Milano 12/06/2008, n. 1912).
F	Possibili problematiche:	a prescindere dall'iscrizione all'Albo, accertare se sussistano o meno in fatto i requisiti ai fini dell'applicazione del privilegio, ossia se sia prevalente lo scopo mutualistico.
G	Proposta tipo:	Trattasi di credito di una cooperativa avente i requisiti per il riconoscimento del privilegio richiesto. Si propone l'ammissione al privilegio ex art. 2751- <i>bis</i> n. 5 C.C. dell'importo di € xxx [Si propone l'esclusione del privilegio richiesto non essendo la mera iscrizione nell'Albo sufficiente a configurare la società cooperativa istante quale cooperativa a mutualità prevalente a norma dell'art. 2512 C.C.. Oppure, si propone l'esclusione del privilegio richiesto non essendo stato provato il nesso di corrispettività tra credito per fornitura di merci o prestazioni di servizi e l'attività lavorativa svolta dai soci. O, ancora, si propone l'esclusione del privilegio richiesto non essendo stato provato che il credito derivi dai corrispettivi della vendita dei prodotti].

(a cura di M.A.R.)

COOPERATIVE

A differenza delle altre società di capitali, che sono caratterizzate dallo scopo di lucro – ed in conformità alla funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità, riconosciuta dall'art. 45 Cost. – le società cooperative sono società a capitale variabile con scopo mutualistico, iscritte in un apposito albo ministeriale (art. 2511 C.C.). La riforma del diritto societario, avvenuta nel 2003, non ha inciso sulla complessa legislazione speciale in tema di società cooperative, ma ha innovato la disciplina civilistica generale, introducendo, tra l'altro, la distinzione (che era invece assente nel codice civile del 1942) tra “società cooperative a mutualità prevalente” ed altre società cooperative.

Il D.M. 23 giugno 2004 ha istituito l'Albo delle società cooperative strutturandolo in due sezioni: nella prima devono iscriversi le società cooperative a mutualità prevalente (secondo la legge o secondo lo statuto), di cui agli artt. 2512, 2513 e 2514 C.C.; nella seconda devono invece iscriversi le società cooperative diverse da quelle a mutualità prevalente.

In base all'art. 2512 C.C. sono società cooperative a mutualità prevalente, in ragione del tipo di scambio mutualistico, quelle che: svolgono la loro attività prevalentemente in favore dei soci, siano essi consumatori o utenti di beni o servizi (così dette cooperative di consumo); o si avvalgono prevalentemente, nello svolgimento della loro attività, delle prestazioni lavorative dei soci (cosiddette cooperative di lavoro); oppure, infine, si avvalgono prevalentemente degli apporti di beni o servizi da parte dei soci (cosiddette cooperative di produzione o di trasformazione).

Il tratto qualificante di queste società è dunque il vantaggio cooperativo a favore dei soci (cosiddetti) cooperatori, i quali, peraltro, non hanno un vero e proprio diritto soggettivo alle prestazioni mutualistiche, ma potranno eventualmente azionare gli strumenti del diritto societario, qualora la gestione dell'impresa sociale non sia ispirata al rispetto dello scopo mutualistico secondo il principio della parità di trattamento dei soci (art. 2516 C.C.). Il codice civile consente comunque la presenza, accanto ai soci cooperatori, dei soci (cosiddetti) sovventori o finanziatori – esclusivamente interessati ad apportare il capitale di rischio necessario allo svolgimento dell'attività della cooperativa – e permette, inoltre, l'esercizio di un'attività d'impresa a favore di terzi.

Le cooperative a mutualità prevalente sono così specificamente regolate: il loro statuto deve prevedere clausole che limitino la distribuzione di utili e di riserve ai soci cooperatori (cfr. artt. 2514 e 2545-*quinquies* C.C.); perdono la loro qualifica le cooperative che, per due esercizi consecutivi, non rispettino le condizioni di prevalenza della gestione mutualistica (art. 2545-*octies* C.C.); e perdono altresì la loro qualifica le cooperative che sopprimano dall'atto costitutivo le clausole antilucrative previste dall'art. 2514 C.C.

Le altre società cooperative, le quali si iscrivono in una distinta sezione dell'albo delle società cooperative (art. 2512, comma 2, C.C.), possono deliberare (con il voto favorevole di almeno la metà dei soci) la trasformazione in una società di persone o di capitali, oppure in un consorzio (art. 2545-*decies* C.C.).

Poiché le società cooperative sono società di capitali – e, in quanto tali, godono di autonomia patrimoniale perfetta – delle obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio (art. 2518 C.C.).

Alle società cooperative si applicano, in quanto compatibili – e non derogate dalla specifica disciplina di tale tipo di società –, le disposizioni delle società per azioni. L'atto costitutivo può tuttavia prevedere che trovino applicazione, in quanto compatibili (e non derogate dalla specifica disciplina di tale tipo di società), le norme sulla società a responsabilità limitata nelle cooperative con un numero di soci cooperatori inferiore a venti ovvero con un attivo dello stato patrimoniale

non superiore a un milione di euro (art. 2519, commi 1 e 2 C.C.). L'adozione del modello organizzativo della società a responsabilità limitata è infine obbligatoria (art. 2522 C.C.) per le società cooperative costituite da meno di nove soci.

Per quanto concerne i loro caratteri strutturali, le società cooperative sono costituite mediante contratto – da redigersi nella forma dell'atto pubblico – da almeno nove soci (o da almeno tre, quando i soci siano persone fisiche e la società abbia la forma della società a responsabilità limitata: art. 2522, commi 1° e 2°, C.C.). I soci cooperatori devono possedere specifici requisiti soggettivi – i quali sono volti ad assicurare che essi svolgano un'attività compatibile con quella svolta dalla cooperativa alla quale partecipano –, fissati in generale dall'art. 23 D.Lgs. c.p.s. 14 dicembre 1947, n. 1577 (la così detta legge Basevi) e, a seconda del settore di attività della cooperativa, dalle numerose leggi speciali che specificano la particolare finalità sociale dell'impresa. L'art. 2527, comma 2, C.C. pone inoltre la regola generale, per la quale non possono in ogni caso diventare soci coloro che esercitano in proprio imprese in concorrenza con quella della cooperativa. Le variazioni del numero e delle persone dei soci e le conseguenti variazioni del capitale sociale non comportano modifiche all'atto costitutivo (art. 2528 C.C.): le società cooperative possono, dunque, qualificarsi come società a struttura aperta.

Gli organi delle società cooperative che seguono il modello della società per azioni sono i medesimi della società per azioni e simile è il riparto di funzioni. Alcune importanti differenze riguardano tuttavia la disciplina dell'assemblea: il (così detto) principio del voto capitaro per i soci cooperatori persone fisiche (art. 2538 C.C.), la facoltà del socio di farsi rappresentare in assemblea (se lo statuto non lo esclude) soltanto da un altro socio (art. 2539 C.C.) e, infine, la possibilità (oppure l'obbligo, nelle società con più di tremila soci che svolge la sua attività in diverse province, oppure se ha più di cinquecento soci e si realizzano più gestioni mutualistiche) di una formazione progressiva della volontà assembleare attraverso il meccanismo delle assemblee separate (art. 2540 C.C.).

Poche sono invece le differenze rispetto alle società per azioni per quanto concerne gli amministratori e i sindaci. Innanzitutto, la maggioranza degli amministratori deve essere scelta tra i soci cooperatori ovvero tra le persone indicate dai soci cooperatori persone giuridiche. L'atto costitutivo può attribuire la nomina di uno o più amministratori allo Stato o agli altri enti pubblici; può inoltre riconoscere ai possessori di strumenti finanziari il diritto di eleggere fino ad un terzo degli amministratori e può, infine, prevedere che uno o più amministratori siano scelti tra gli appartenenti alle diverse categorie dei soci (art. 2542 C.C.). Inoltre, la nomina del collegio sindacale è obbligatoria negli stessi casi in cui è obbligatoria la nomina di un sindaco nelle società a responsabilità limitata e quando la cooperativa ha emesso strumenti finanziari non partecipativi. L'atto costitutivo può attribuire il diritto di voto nell'elezione dell'organo di controllo proporzionalmente alle quote o alle azioni possedute ovvero in ragione della partecipazione allo scambio mutualistico (art. 2543 C.C.).

Le società cooperative sono sottoposte al controllo dell'autorità governativa (art. 2545-*quaterdecies* C.C.), finalizzato all'accertamento dei requisiti mutualistici, ed al controllo giudiziario sulla gestione previsto dall'art. 2409 C.C. per le società per azioni (art. 2545-*quinqüesdecies* C.C.); sono soggette a cause di scioglimento analoghe a quelle previste per le società di capitali (ma soltanto la perdita integrale del capitale sociale costituisce causa di scioglimento: art. 2545-*duodecies* C.C.) ed alle norme sul fallimento e sulla liquidazione coatta amministrativa, con l'applicazione del (così detto) criterio della prevenzione, in base al quale l'inizio di una procedura, quando entrambe siano applicabili, esclude l'altra (art. 2545-*terdecies* C.C.).

Regole particolari valgono, infine, per i consorzi di cooperative disciplinati dalla legge Basevi (nel testo modificato dalla L. n. 127/1971), per il gruppo cooperativo paritetico di cui all'art. 2545-

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

septies C.C., per le mutue assicuratrici o società di mutua assicurazione (regolate dagli artt. 2546-2548 C.C.) e per le cooperative che operano in particolari settori produttivi, le quali sono disciplinate da numerose leggi speciali, anche a carattere regionale.

(a cura di S.G.)

A	Categoria:	COOPERATIVE AGRICOLE
B	Classe:	privilegio generale
C	Artt. privilegio	art. 2751- <i>bis</i> n. 5 C.C.
D	Documentazione:	certificato di iscrizione all'albo attestante la qualifica di cooperativa agricola (che non ha però natura costitutiva); statuto ai fini della verifica dell'oggetto sociale; elenco soci dipendenti della cooperativa; bilancio e modello Unico relativi agli anni in cui è sorto il credito; fatture da cui risulti che il credito deriva dalla vendita di prodotti agricoli
E	Attività di verifica:	l'indagine deve essere indirizzata alla verifica dell'effettivo svolgimento dell'attività agraria da parte del creditore istante. E' irrilevante, ai fini del riconoscimento del privilegio, la dimensione quantitativa e la struttura organizzativa dell'impresa, avendo rilevanza, anziché la tutela del lavoro e dei soci, la natura del credito (Cass. 29/03/2001, n. 4585).
F	Possibili problematiche:	per il riconoscimento del privilegio in esame occorre accertare la prevalenza dell'apporto dei prodotti dei soci rispetto agli acquisti da terzi (Tribunale Bari 10/12/2004, n. 2463)
G	Proposta tipo:	Trattasi di un credito di una cooperativa avente i requisiti per il riconoscimento del privilegio richiesto. Si propone l'ammissione al privilegio ex art. 2751- <i>bis</i> n. 5- <i>bis</i> C.C. dell'importo di € xxx [Si propone l'esclusione del privilegio richiesto non essendo la mera iscrizione nell'Albo sufficiente a configurare la società cooperativa istante quale cooperativa a mutualità prevalente a norma dell'art. 2512 C.C.. Oppure, si propone l'esclusione del privilegio richiesto mancando la prova dell'effettivo svolgimento di un'attività agraria da parte del creditore istante (coltivazione fondo, allevamento bestiame, attività agricole connesse). O, ancora, si propone l'esclusione del privilegio richiesto non essendo stato provato che il credito derivi dai corrispettivi della vendita dei prodotti]

(a cura di M.A.R.)

COOPERATIVE SOCIALI E AGRICOLE

La L. 8 novembre 1991, n. 381 – recante la “Disciplina delle cooperative sociali” – ha introdotto, per la prima volta, una disciplina (semi)organica delle cooperative sociali o di solidarietà sociale (prima regolate, in generale, dal D.Lgs.c.p.s. 14 dicembre 1947, n. 1577, noto come “Legge Basevi”).

Si tratta di specifiche società cooperative, che gestiscono servizi socio-sanitari ed educativi oppure attività diverse – agricole, industriali, commerciali o di servizi – finalizzate all’inserimento lavorativo di persone svantaggiate, alle quali si applicano, in quanto compatibili con la L. n. 381/1991, le norme relative al particolare settore in cui esse operano. Agli statuti delle cooperative sociali si applicano i requisiti mutualistici di cui all’art. 26 D.Lgs. c.p.s. n. 1577/1947.

Accanto ai soci previsti dalla normativa vigente, gli statuti di queste cooperative possono prevedere la presenza di “soci volontari” che prestino la loro attività gratuitamente, i quali sono iscritti in un’apposita sezione del libro soci. Il loro numero non può superare la metà del numero complessivo dei soci.

La L. n. 381/1991 contempla, altresì, la figura del “socio svantaggiato” e prevede, infine, apposite convenzioni stipulabili tra enti pubblici (compresi quelli economici) o società di capitali a partecipazione pubblica e le cooperative sociali che svolgono attività finalizzate all’inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

Le cooperative sociali che rispettino la normativa della L. n. 381/1991 sono ONLUS di diritto – ai sensi dell’art. 10 D.Lgs. 4 dicembre 1997, n. 460 –, godono di particolari agevolazioni fiscali e sono iscritte negli appositi albi regionali delle cooperative sociali.

A differenza delle cooperative sociali, le cooperative agricole sono regolate dalle leggi speciali per specifici profili: si veda, innanzitutto, la L. 15 giugno 1984, n. 240 – recante “Norme previdenziali e assistenziali per le imprese cooperative e loro dipendenti che trasformano, manipolano e commercializzano prodotti agricoli e zootecnici” –. Si tratta di cooperative costituite da coltivatori, le quali conducono in proprietà o in affitto i terreni coltivati dai soci, o che forniscono loro servizi per il rifornimento di prodotti utili all’agricoltura o per il collocamento dei raccolti, oppure, infine, che gestiscono impianti per la lavorazione e la commercializzazione dei prodotti agricoli. Può dunque trattarsi, secondo i casi, di cooperative di lavoro oppure di cooperative di produzione e/o di trasformazione dei prodotti agricoli.

Con riferimento alle cooperative agricole per le affittanze collettive o per la conduzione di terreni, l’art. 23, commi 6 e 7, D.Lgs.c.p.s. 14 dicembre 1947, n. 1577 prevede che non possano essere ammesse come soci le persone che esercitino un’attività diversa dalla coltivazione della terra. I proprietari, gli affittuari e i mezzadri possono essere soci di tali cooperative solo quando coltivino direttamente la terra e la superficie da essi direttamente coltivata sia insufficiente ad assorbire tutta la mano d’opera del nucleo familiare. Limitatamente all’esercizio di mansioni amministrative e tecniche nell’interesse sociale, per il quale sia necessario il possesso della qualità di socio, è inoltre consentita l’ammissione a soci di persone che non siano lavoratori manuali della terra.

Con riferimento alle cooperative che operano nel settore della conservazione, manipolazione, trasformazione e commercializzazione dei prodotti agricoli e della pesca, della gestione di servizi tecnici per l’agricoltura, dell’allevamento del bestiame e della piscicoltura, la L. 1° giugno 1977, n. 285, prevede invece che i giovani di cui all’art. 18 della legge medesima possano essere soci anche se privi dei requisiti di cui agli ultimi due commi dell’art. 23 Legge Basevi.

Tra le disposizioni che si occupano della materia vi è l'art. 2751-*bis* n. 5-*bis* C.C. – inserito dall'art. 18, comma 2, L. 31 gennaio 1992, n. 59 –, in base al quale le cooperative agricole godono del privilegio generale sui mobili per i crediti relativi alla vendita dei loro prodotti. La L. 18 gennaio 1994, n. 44 – recante “Disposizioni in materia di cooperative agricole” – ha specificato che le disposizioni dell'articolo 2751-*bis*, n. 5-*bis*, C.C., introdotto dall'articolo 18, comma 2, L. n. 59/1992, si applicano anche ai crediti sorti anteriormente alla data di entrata in vigore della citata legge n. 59/1992. Tali disposizioni si applicano, altresì, se il privilegio è stato fatto valere anteriormente, qualora la procedura sia ancora in corso alla data di entrata in vigore della medesima legge n. 59/1992. I titolari di crediti privilegiati intervenuti nell'esecuzione o ammessi al passivo fallimentare in data anteriore a quella di entrata in vigore della citata legge n. 59/1992 possono, infine, contestare i crediti che, per effetto della nuova disposizione sono stati anteposti ai loro crediti nel grado del privilegio, proponendo opposizione a norma dell'articolo 512 C.P.C., fino alla distribuzione della somma ricavata dalla vendita, oppure l'impugnazione allo stato passivo prevista dalla legge fallimentare, fino a quando il giudice competente non abbia reso esecutivo il riparto finale, secondo le norme contenute nelle disposizioni medesime.

Ai sensi dell'art. 16, comma 5, L. 14 agosto 1971, n. 817, le cooperative agricole risultano titolari dei diritti di prelazione e di riscatto agrari, senza che sia necessario accertare l'esistenza in capo ad esse del requisito soggettivo di coltivatore diretto, riferibile ad un soggetto persona fisica, in quanto è sufficiente la verifica dell'esistenza dei requisiti di cui all'art. 16, comma 1, della legge medesima, ove è previsto che i soci siano braccianti, coloni, mezzadri, fittavoli o altri coltivatori di terra.

Sempre con riferimento alle cooperative agricole, si può infine ricordare la disciplina dettata in tema di rappresentanza assembleare dall'art. 7 L. 17 febbraio 1971, n. 127, in base alla quale i coltivatori diretti (siano essi proprietari, assegnatari, enfiteuti, usufruttuari o affittuari), i miglioratori, i mezzadri, i coloni parziari, i compartecipanti (nel caso di compartecipazione associativa non limitata a singole coltivazioni stagionali od intercalari), che siano soci di cooperative o di altre società o associazioni di produttori agricoli, possono delegare per iscritto un altro socio, oppure un parente fino al terzo grado o un affine fino al secondo grado, purché compartecipe nell'esercizio dell'impresa agricola, ad intervenire all'assemblea con diritto di partecipare alle votazioni ed essere eletto dall'assemblea alle cariche sociali, permanendo in tal caso nelle cariche stesse fino alla loro scadenza.

(a cura di S.G.)

A	Categoria:	CREDITO FONDIARIO
B	Classe:	prelazione ipotecaria
C	Artt. privilegio	art. 2808 C.C.
D	Documentazione:	contratto, iscrizione ipotecaria, piano di ammortamento
E	Attività di verifica:	in sede di verifica occorre accertare i dati riportati nell'iscrizione ipotecaria relativamente al capitale garantito, al saggio degli interessi e alle spese, dovendo essere escluse richieste di interessi superiori a quelli indicati nell'iscrizione e/o maggiori spese.
F	Possibili problematiche:	<p>la disciplina del credito fondiario è regolamentata dagli artt. 38-41 del D. Lgs. 1/09/1993, n. 385. La normativa è applicabile ai contratti conclusi dall'1/01/1994. Le ipoteche derivanti da credito fondiario si consolidano nel termine di 10 giorni dall'iscrizione. Gli istituti di credito fondiario, nell'ipotesi di fallimento del mutuatario, possono iniziare o proseguire l'azione esecutiva individuale a garanzia dei propri crediti o attendere gli esiti della vendita effettuata dal curatore in sede concorsuale. In tale ipotesi il curatore è tenuto a riconoscere e versare all'istituto le rendite dei beni ipotecati, dedotte le spese di amministrazione e i tributi. Il credito fondiario va ammesso al passivo con il privilegio ipotecario per le quote di capitale scadute e non pagate fino all'eventuale risoluzione del contratto o, in mancanza, fino alla dichiarazione di fallimento, nonché l'importo del capitale residuo. Tra le spese garantite dal privilegio ipotecario non rientrano quelle per penali, anticipata risoluzione del contratto e premi di assicurazione (Cass. 2213/2009).</p> <p>Relativamente agli interessi si applica il limite di cui all'art. 2855 C.C., e di conseguenza vanno riconosciuti al privilegio gli interessi maturati nell'anno in corso e nei due anni precedenti al fallimento calcolati al tasso convenzionale e gli interessi maturati nell'anno successivo al fallimento, ma solo nella misura legale e sino alla vendita del bene (Cass. 8 luglio 1998, n. 6668).</p> <p>Non è riconosciuto il privilegio ipotecario agli interessi moratori, ma solo agli interessi corrispettivi, dovendosi ritenere l'espressione "capitale che produce interessi" riferito ai soli interessi che costituiscono remunerazione del capitale medesimo, con l'effetto che non possono essere ricompresi quegli interessi che trovano il loro presupposto nel ritardo imputabile al debitore (Cass. 21998/2011 e 17044/2014).</p>
G	Proposta tipo:	<p>Trattasi di credito sorto a seguito dell'erogazione di un mutuo, garantito da contestuale iscrizione ipotecaria.</p> <p>Si propone l'ammissione al privilegio ipotecario dell'importo di € xxx per capitale ed interessi. Al chirografo l'importo di € xxx per interessi corrispettivi maturati prima delle due annualità anteriori</p>

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

		al fallimento. Si propone l'esclusione del maggior credito richiesto per interessi, poiché il tasso non risulta indicato nell'iscrizione ipotecaria.
--	--	--

(a cura di M.A.R.)

CREDITO FONDIARIO

L'art. 38, comma 1, D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (Testo Unico Bancario) definisce il credito fondiario come concessione da parte di banche di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili.

Con la legge bancaria varata nel 1993 il legislatore ha innovato la concezione di credito fondiario, tenendo conto della funzione economico-sociale dell'istituto, superando la tradizionale distinzione tra le varie attività creditizie e abrogando espressamente le altre norme diverse dal citato art. 38, alcune addirittura dell'inizio del ventesimo secolo.

Nel credito fondiario dunque, secondo la riferita nozione, l'oggetto del contratto stipulato tra la banca e il cliente è costituito da finanziamenti a medio o lungo termine, garantiti da ipoteca di primo grado su immobili. Non è previsto, quale elemento essenziale del negozio, che la somma ottenuta dalla banca sia impiegata per il miglioramento dei fondi sui quali è iscritta l'ipoteca, né che la banca abbia il dovere di controllare il concreto utilizzo delle somme concesse a prestito: la fattispecie non configura dunque un mutuo di scopo.

A tutela del proprio credito fondiario, in forza della garanzia ipotecaria che lo assiste, la banca ha diritto di agire esecutivamente contro il mutuatario, i suoi aventi causa e successori, nonché nei confronti dell'eventuale terzo datore dell'ipoteca, dei suoi successori e dei suoi aventi causa.

L'azione esecutiva in questione, come noto, non subisce il divieto di cui all'art. 51 L.F.

Nell'ambito dell'istituto qui in esame è prevista la decorrenza automatica degli interessi corrispettivi maturati alle singole scadenze, nonché l'applicabilità degli interessi di mora sugli importi a tale titolo dovuti, al pari del capitale versato (cfr. Cass. 25 settembre 2013, n. 21885).

Si consideri che, come già ai sensi degli abrogati artt. 14 d.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7 e 16 legge 6 giugno 1991, n. 175, il mancato pagamento di una rata di mutuo fondiario comporta l'obbligo di corrispondere gli interessi di mora sull'intera rata, inclusa la parte relativa agli interessi di ammortamento (cfr. Cass. 12 novembre 2013, n. 25412).

Sebbene, come detto, il credito fondiario non possa essere considerato mutuo di scopo, se il finanziamento è erogato in frode ai creditori può essere dichiarata inefficace la garanzia ipotecaria, posto che non è impedita la verifica della causa del negozio: secondo la prevalente interpretazione della giurisprudenza, se a seguito dell'analisi della destinazione concreta delle somme prestate risulti che l'operazione sia stata realizzata in frode ai creditori, la garanzia ipotecaria può essere legittimamente revocata.

In altri termini, venuto meno lo stretto collegamento causale tra provvista e impiego, come sancito dal testo legislativo del 1905, non è comunque esclusa la possibilità di sindacare l'effettiva funzione assolta dall'operazione di mutuo, per accertare se essa sia assistita da un'autonoma causa di finanziamento o se vada inserita in una fattispecie complessa, volta a perseguire una finalità lesiva della *par condicio creditorum*, nel contesto di un procedimento indiretto caratterizzato da un collegamento negoziale.

Il 2° comma dell'art. 38 T.U.B. prevede che la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio, determini l'ammontare massimo dei finanziamenti di credito fondiario, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisca la concessione dei finanziamenti.

Si è posto in proposito il problema della nullità del contratto nelle ipotesi di superamento del limite di finanziabilità. La questione è stata risolta in senso negativo dalla giurisprudenza, che ha ritenuto come l'attribuzione alla Banca d'Italia del potere di determinare l'ammontare massimo dei finanziamenti attenga ad un elemento necessario del contratto concordato fra le parti, e non rientri nell'ambito della previsione di cui all'art. 117 T.U.B., che attribuisce invece all'istituto di vigilanza un potere "conformativo" o "tipizzatorio" del contenuto del contratto, prevedendo clausole-tipo da inserire nel regolamento negoziale a tutela del contraente debole; ne deriva che il superamento del limite di finanziabilità non cagiona alcuna nullità, neppure relativa, del contratto di mutuo fondiario (Cass. 28 novembre 2013, n. 26672).

Si consideri, poi, che l'art. 39 del T.U.B. prevede il consolidamento e la non revocabilità dell'ipoteca concessa a garanzia del finanziamento fondiario una volta che sia decorso il termine di dieci giorni dall'iscrizione.

Si segnala infine come sia stata superata in senso affermativo la questione concernente l'onere di insinuazione al passivo in capo al creditore fondiario: il 3° comma dell'art. 52 L.F. prevede che «le disposizioni del comma 2 (ossia quelle relative all'obbligo del concorso formale - ndr) si applicano anche ai crediti esentati dal divieto di cui all'art. 51»; e l'art. 110, 1° comma, L.F. è stato integrato con la previsione secondo la quale «nel progetto sono collocati anche i crediti per i quali non si applica il divieto di azioni esecutive e cautelari di cui all'art. 51».

(a cura di G.B.)

14

A	Categoria:	CASSA MUTUA EDILE
B	Classe:	privilegio generale
C	Artt. privilegio	art. 2751 <i>bis</i> n. 1 C.C.
D	Documentazione:	iscrizione della società alla Cassa, documenti giustificativi del credito.
E	Attività di verifica:	accertare che i crediti per i quali è stata chiesta l'ammissione riguardino lavoratori subordinati della fallita operanti nel settore edile. Si segnala che non tutte le somme richieste dalla cassa edile sono assistite dal privilegio generale, poiché il criterio distintivo è da ricercare nella funzione cui assolve il contributo non pagato (se retributiva o meno).
F	Possibili problematiche:	richieste indistinte di ammissione in via privilegiata di quote gravanti sulla società anziché sul lavoratore, poiché solo queste ultime sono assistite dal privilegio in esame (C. App. Bologna 27/05/2002)
G	Proposta tipo:	Trattasi di crediti sorti in favore dell'istante per omesso versamento dei contributi da parte della fallita. Si propone l'ammissione al privilegio ex art. 2751- <i>bis</i> n. 1 C.C. dell'importo di € xxx. Al chirografo le quote relative alle stesse voci gravanti sull'impresa.

(a cura di M.A.R.)

CASSA MUTUA EDILE

La Cassa Mutua Edile (o Cassa Edile) è un ente paritetico emanazione delle parti sociali (datori di lavoro e lavoratori) operanti nel comparto edile.

Essa svolge una complessiva funzione di promozione della leale concorrenza tra le imprese di settore attraverso l'esercizio di puntuali attività di verifica circa la correttezza dei rapporti di lavoro.

La Cassa Edile rappresenta lo strumento con il quale sono posti in essere accertamenti e azioni per il rispetto di quanto previsto dai contratti e dagli accordi collettivi di lavoro per i dipendenti delle imprese edili ed affini, stipulati tra le Parti Sociali di settore più rappresentative sul piano nazionale (es. ANCE e FeNEAL-UIL, FILCA-CISL, FILLEA-CGIL).

In concreto, la Cassa si occupa di verificare la corretta corresponsione del trattamento economico per ferie, gratifica natalizia ed Anzianità Professionale Edile nei confronti dei lavoratori.

La Cassa Edile assolve, inoltre, una funzione di garanzia di continuità dei trattamenti economico-normativi contrattualmente previsti, con riconoscimento dei versamenti effettuati presso ciascuna Cassa Edile, ai fini della ricostruzione unitaria della posizione lavorativa del lavoratore edile, la cui attività è caratterizzata da un'elevata mobilità territoriale ed interaziendale.

La Cassa Mutua Edile eroga, altresì, ulteriori importanti trattamenti di carattere assistenziale e mutualistico, quali ad esempio:

- borse di studio per i figli degli iscritti;
- compartecipazione a spese mediche documentate per gli iscritti e propri familiari;
- assegni di studio;
- assegni funerari;
- integrazione della retribuzione del dipendente iscritto in caso di malattia, infortunio e malattia professionale;
- assegni per i figli portatori di handicap;
- aiuti per il recupero delle difficoltà per figli tossicodipendenti.

Con il D.Lgs. n. 276/2003 e l'introduzione del D.U.R.C. (Documento Unico di Regolarità Contributiva), la Cassa Mutua Edile, svolge, infine, una funzione certificativa di rilievo pubblico relativa alla verifica della regolarità contributiva dell'impresa, intesa come correttezza nei pagamenti e negli adempimenti di carattere previdenziale-assistenziale.

L'obbligo di possesso del D.U.R.C. è stato esteso dal 1°.01.2009 a tutte le imprese che lavorano in regime di appalto o subappalto per qualsiasi tipo di lavoro anche fuori dall'ambito dell'edilizia, escludendosi, però, dall'obbligo, gli artigiani che lavorano in proprio senza dipendenti.

(a cura di M.C.)

A	Categoria:	CUSTODE GIUDIZIARIO
B	Classe:	prededuzione/privilegio generale
C	Artt. privilegio	art. 111 L.F. - 2755, 2756 e 2770 C.C.
D	Documentazione:	decreto di nomina, decreto di liquidazione compenso, eventuali spese documentate
E	Attività di verifica:	accertare se la nomina sia avvenuta prima o dopo la dichiarazione di fallimento; se avvenuta prima, verificare se l'attività sia stata prestata per mantenere il bene nel patrimonio del debitore o per evitare il suo deperimento e se il bene sia stato mantenuto nella disponibilità del debitore o del creditore; se avvenuta dopo il fallimento, verificare che l'attività sia avvenuta in conformità della nomina da parte degli organi del fallimento .
F	Possibili problematiche:	in caso di nomina avvenuta prima ed al di fuori della procedura, se dell'attività del custode non ha beneficiato la stessa, deve essere escluso il privilegio. Nel caso in cui sia astrattamente riconoscibile il privilegio di cui agli artt. 2755-2770 C.C., trattandosi di privilegio speciale sopra determinati beni, ai fini del riconoscimento dello stesso si pone il problema dell'individuazione dei beni oggetto del privilegio e della loro effettiva esistenza ed acquisizione alla massa. Per assolvere l'onere dell'individuazione ai sensi dell'art. 93 n. 4 L.F. è sufficiente che il creditore fornisca nel ricorso elementi idonei a rendere quanto meno individuabile detto bene, nell'ambito della più ampia categoria di beni sui quali il privilegio deve essere esercitato (Cass., 14 gennaio 2004, n. 334). Se il bene è nella disponibilità del creditore, invece che del debitore, il privilegio da riconoscere non è quello ex art.2755 C.C. bensì quello ex art. 2756 C.C. Quanto, invece, al diverso problema dell'esistenza del bene e della sua acquisizione alla massa, a seguito della sentenza Cass. SS.UU., 20 dicembre 2001, n. 16060, secondo cui l'ammissione al passivo fallimentare non presuppone, ove si tratti di privilegio speciale su determinati beni, che questi siano già stati acquisiti alla massa, non potendosi escludere la loro acquisizione successiva all'attivo fallimentare, il problema verrà rimandato al riparto
G	Proposta tipo:	In caso di nomina avvenuta nell'ambito ed in occasione di procedura concorsuale, verificatane la corrispondenza al decreto di liquidazione, si propone l'ammissione del credito di € XXXX in prededuzione ex art.111 L.F., come da domanda. In caso di nomina avvenuta prima e al di fuori della procedura concorsuale: si propone l'ammissione del credito di € XXX al privilegio ex artt.2755 C.C. (per i beni mobili) e 2770 C.C. (per i beni immobili) come da domanda, in quanto la custodia ha avuto l'effetto di conservare la disponibilità del bene, dell'attività ha

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

		beneficiario la procedura e il compenso è conforme alle tariffe. In caso di nomina avvenuta prima e al di fuori della procedura concorsuale ed il compenso è conforme alle tariffe: si propone l'ammissione del credito di € XXX al privilegio ex art. 2756 C.C. in quanto la custodia ha avuto solo l'effetto di impedire o limitare il deterioramento del bene del debitore che è ancora nella disponibilità del creditore.
--	--	--

(a cura di G.R.)

CUSTODE GIUDIZIARIO

Il Custode Giudiziario è uno degli ausiliari del Giudice, la cui attività, sotto il profilo normativo, è disciplinata dagli artt. 65, 66, 67, 559 e 560 C.P.C.; negli ultimi due articoli è fatto espresso riferimento agli obblighi del Custode Giudiziario nell'ambito della procedura di esecuzione immobiliare.

Il Custode Giudiziario riveste un ruolo di carattere pubblicistico; in altre parole, è un soggetto privato che, in forza di nomina proveniente dal Giudice, è investito di un pubblico ufficio di carattere temporaneo.

Il Custode Giudiziario trova, infatti, la sua legittimazione nell'alveo di un atto processuale, vale a dire il decreto di nomina, con conseguenti oneri di puntuale rendicontazione della sua gestione a colui che lo ha nominato, il Giudice.

Con specifico riferimento alle sue funzioni, deve essere richiamato l'art. 65 C.P.C., il quale prevede che il Custode Giudiziario debba conservare ed amministrare il bene pignorato, esercitando, ex art. 560, co. 5, C.P.C., previa autorizzazione del Giudice dell'Esecuzione, anche tutte le azioni previste dalla legge occorrenti per conseguire la disponibilità del bene affidatogli.

La conservazione del bene implica il dovere, gravante sul Custode Giudiziario, di porre in essere i comportamenti inderogabili necessari al mantenimento dell'integrità e della funzionalità del bene oggetto di custodia.

L'amministrazione del bene pignorato comporta per il Custode Giudiziario l'obbligo di curarne gli aspetti di natura patrimoniale, ponendo l'immobile, ove possibile, "a reddito".

Alle sopracitate funzioni si deve aggiungere quella introdotta dall'art. 560, co. 5, C.P.C., ovvero l'onere di "[...] adoperarsi affinché gli interessati a presentare offerta di acquisto esaminino i beni in vendita [...]", secondo le modalità indicate dal Giudice dell'Esecuzione nell'ordinanza di vendita.

Conseguentemente, sul Custode dell'immobile pignorato grava anche il compito di favorire la sua aggiudicazione all'asta adoperandosi per la sua pubblicizzazione e facendo visitare regolarmente il bene pignorato ai potenziali interessati all'acquisto.

Ai sensi dell'art. 65 C.P.C., il compenso al Custode Giudiziario è stabilito, con decreto, dal Giudice dell'Esecuzione, nel caso di nomina fatta dall'Ufficiale Giudiziario, e, in ogni altro caso, dal Giudice che lo ha nominato.

Sul Custode Giudiziario, ai sensi dell'art. 67 C.P.C., ricadono, infine, responsabilità per mancata esecuzione dell'incarico assunto, che comportano sanzioni di natura pecuniaria e penale, nonché oneri risarcitori in caso mancato esercizio della custodia secondo il criterio del buon padre di famiglia.

(a cura di M.C.)

A	Categoria:	DEPOSITO
B	Classe:	privilegio speciale
C	Artt. privilegio	art.2761 C.C.
D	Documentazione:	contratto di deposito, lettera di consegna, fatture, documentazione comprovante le spese sostenute per la conservazione del bene.
E	Attività di verifica:	accertare se il contratto è opponibile alla massa, se è a titolo oneroso o gratuito, se sono state sostenute e sono provate spese per la conservazione della cosa ulteriori rispetto a quelle ricomprese nella normale attività di conservazione, se il bene è ancora nella disponibilità del depositario, se è esattamente individuato e/o individuabile, se ha provveduto alla restituzione prima/dopo il fallimento, se è stato esercitato il diritto di ritenzione.
F	Possibili problematiche:	<p>una prima problematica, ai fini del riconoscimento del privilegio, per il quale è necessaria l'indicazione del titolo della prelazione, riguarda l'individuazione dei beni oggetto del privilegio stesso e la loro effettiva esistenza ed acquisizione alla massa al momento della domanda di ammissione al passivo.</p> <p>Quanto all'individuazione, il n. 4 dell'art. 93 L.F. richiede che, in caso di privilegio speciale, il creditore ricorrente indichi nella domanda la <i>"descrizione del bene sul quale la prelazione si esercita"</i>. In merito, la giurisprudenza ritiene necessario, per assolvere l'onere di "descrizione" del bene gravato dal privilegio speciale, che il creditore concorsuale fornisca nel ricorso elementi idonei a rendere quanto meno individuabile detto bene, nell'ambito della più ampia categoria di beni sui quali il privilegio deve essere esercitato (Cass., 14 gennaio 2004, n. 334); tale descrizione, comunque, non esenta il creditore dall'onere di indicare il titolo della prelazione che è, infatti, concetto non sovrapponibile a quello della descrizione (Cass., 22 marzo 2013, n.7287). Quanto, invece, all'esistenza del bene e della sua acquisizione alla massa, la Corte di cassazione a seguito della sentenza delle SS.UU. del 20 dicembre 2001, n. 16060, è orientata nel senso di ritenere che l'ammissione al passivo fallimentare non presupponga, ove si tratti di privilegio speciale su determinati beni, nè l'attuale esistenza degli stessi nè che questi siano già stati acquisiti alla massa, con la conseguenza che deve demandarsi alla fase del riparto la verifica della sussistenza o meno dei beni stessi, da cui dipende l'effettiva realizzazione del privilegio speciale (Cass., 21 giugno 2012, n. 10387; Cass., 24 marzo 2011 n. 6849; Cass., 24 ottobre 2005, n. 20550; Cass. SS.UU. 20 dicembre 2001, n. 16060).</p>

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

		<p>Il privilegio del depositario è un cosiddetto privilegio “possessuale” in quanto può essere riconosciuto solo con riguardo a quei beni “che il depositario detiene per effetto del deposito”. Mentre, però, per la Cassazione è necessario e sufficiente che il bene sul quale il privilegio insiste sia individuato e sia provata la relazione di detenzione, non rilevando invece che lo stesso sia attualmente esistente e/o sia già stato acquisito alla massa fallimentare, in quanto tale verifica dovrà essere effettuata e rileverà nella fase del riparto (Cass., 24 marzo 2011, n. 6849; Cass., 18 dicembre 2006, n. 27044; Cass., 3 febbraio 2006, n. 2348); viceversa per il Tribunale di Milano è necessario che il bene sul quale il privilegio deve esercitarsi sia non solo individuato, ma anche acquisito alla massa fallimentare. Ssì è invece pronunciato in tema di fallimento del depositante, nel senso di ritenere ammesso il credito nel caso in cui il bene sia esistente e da acquisirsi (quindi non ancora acquisito) alla massa fallimentare, Trib. Milano 20 marzo 2003.</p> <p>Un'altra problematica riguarda il collocamento di tale privilegio, che, secondo l'orientamento del Tribunale di Milano (Trib. Milano, 20 marzo 2003), confermato da quello della Corte di cassazione, deve essere collocato al 13° posto nell'ordine dei privilegi ai sensi dell'art.2778 C.C. e non può, quindi, essere soddisfatto con preferenza rispetto ai crediti che godono di privilegio generale mobiliare ex art. 2751-bis C.C. (Cass. 18 dicembre 2006, n. 27044).</p> <p>Per quanto riguarda l'ammontare del credito, se il deposito è a titolo oneroso, il creditore deve provare, secondo le regole generali, l'esistenza dell'accordo sul compenso pattuito, con data certa anteriore alla sentenza dichiarativa di fallimento ex art.2704 C.C. (Cass. 24 marzo 2011, n. 6849). In tal caso, il depositario conserva il diritto al compenso per tutto il periodo in cui ha esercitato il diritto di ritenzione riconosciutogli dall'art.2756 C.C. (Cass. 16 luglio 1997, n. 6520). In caso di fallimento del depositante, deve ritenersi che il depositario che abbia ancora la detenzione dei beni abbia diritto alla corresponsione del compenso sino al momento in cui abbia ricevuto la dichiarazione del curatore di voler abbandonare o ritirare la merce (Trib. Roma, 4 aprile 2002).</p> <p>Nel caso in cui sia a titolo gratuito, devono essere provate le spese sostenute per la conservazione della cosa ex art.1781 C.C. (Cass. 18 dicembre 1992).</p>
G	Proposta tipo:	<p>Trattasi di credito del depositario in relazione al quale l'istante richiede l'ammissione al privilegio sui beni detenuti per effetto del deposito. Si ammette al privilegio speciale ex art.2761, 3° comma, C.C. per € XXX</p>

(a cura di G.R.)

DEPOSITO

Il deposito è il contratto col quale una parte (cosiddetta depositaria) riceve dall'altra (cosiddetta depositante) una cosa mobile con l'obbligo di custodirla e di restituirla in natura (art. 1766 C.C.). Si tratta di un contratto reale perché si perfeziona con la consegna della cosa al depositario, che si presume gratuito salvo che dalla qualità professionale del depositario o da altre circostanze si desuma una diversa volontà delle parti (art. 1767 C.C.). Le obbligazioni derivanti dal deposito sono di regola a carico del depositario, che deve custodire la cosa depositata con la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1768 C.C.), non può servirsene o darla in consegna ad altri senza il consenso del depositante (art. 1770 C.C.), deve restituirla appena il depositante la richieda, salvo che sia convenuto un termine nell'interesse del depositario (ma il depositario può richiedere in qualunque tempo al depositante di riprenderla, salvo che sia convenuto un termine nell'interesse del depositante: art. 1771 C.C.), unitamente ai frutti della cosa che abbia percepito (art. 1775 C.C.). Qualora la cosa depositata provenga da reato, l'art. 1778 C.C. prescrive che, se la persona cui è stata sottratta è nota al depositario, quest'ultimo deve denunciare il deposito fatto presso di sé e si libera dall'obbligo di restituire qualora, decorsi dieci giorni dalla denuncia senza che gli sia stata notificata l'opposizione, restituisca la cosa al depositante.

Il depositante è, a sua volta, obbligato a corrispondere al depositario il compenso eventualmente pattuito, rimborsandogli le spese che abbia sostenuto per la conservazione della cosa, a tenerlo indenne dalle perdite cagionate dal deposito e a pagargli il compenso pattuito (art. 1781 C.C.).

Il depositario acquista la detenzione della cosa; è tuttavia frequente nella pratica il deposito irregolare, avente ad oggetto una quantità di danaro o di altre cose fungibili, con facoltà per il depositario di servirsene, nel quale il depositario acquista la proprietà delle cose depositate ed è tenuto a restituirne altrettante della stessa specie e qualità (art. 1782 C.C.).

Costituisce una particolare figura di deposito irregolare – in quanto i fondi depositati dalla clientela diventano di proprietà della banca, che assume l'obbligo di restituirli nella stessa specie monetaria – il deposito bancario regolato dagli articoli 1834-1838 C.C., con il quale la banca provvede alla raccolta del risparmio.

La disciplina civilistica prevede che nel deposito di una somma di danaro presso una banca, questa ne acquista la proprietà ed è obbligata a restituirla nella stessa specie monetaria, alla scadenza del termine convenuto ovvero a richiesta del depositante, con l'osservanza del periodo di preavviso stabilito dalle parti o dagli usi. Salvo patto contrario, i versamenti e i prelevamenti si eseguono alla sede della banca presso la quale si è costituito il rapporto (art. 1834 C.C.). Se la banca rilascia un libretto di deposito al risparmio, i versamenti e i prelevamenti si devono annotare sul libretto (art. 1835 C.C.).

Anche il deposito bancario è un contratto reale: esso si perfeziona con la consegna del danaro alla banca. L'effetto tipico del deposito bancario, consistente nel trasferimento della proprietà di una somma, è corrispondente a quello del mutuo, ma i due contratti si distinguono poiché nel deposito bancario il termine è soltanto un elemento accidentale, mentre nel mutuo la fissazione di un termine costituisce un elemento essenziale.

Il deposito bancario può avere ad oggetto anche titoli in amministrazione. In tal caso, la banca assume sia la veste di depositaria dei titoli, sia la veste di mandataria per l'amministrazione dei titoli medesimi, dovendo provvedere all'esercizio dei diritti ed al compimento degli atti che sono inerenti al titolo (esazione degli interessi e dei dividendi, esercizio dei diritti di opzione, cura delle riscossioni per conto del depositante e in generale tutela dei diritti inerenti i titoli), e riceve in

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

cambio un compenso nella misura stabilita dalla convenzione o dagli usi, nonché il rimborso delle spese necessarie sostenute.

(a cura di S.G.)

A	Categoria:	FACTORING
B	Classe:	Prededuzione/chirografo
C	Artt. privilegio	art.111 L.F., art.7 legge 52/1991
D	Documentazione:	contratto di factoring, documentazione comprovante la cessione del credito ed il pagamento del corrispettivo della cessione
E	Attività di verifica:	verificare se vi è stata regolare cessione del credito, opponibile al fallimento, se il cessionario abbia pagato il corrispettivo della cessione, se il pagamento abbia data certa opponibile al fallimento, se all'atto del pagamento, avvenuto nell'anno anteriore la dichiarazione di fallimento e prima della scadenza del credito ceduto, il cessionario conoscesse lo stato di insolvenza del cedente; verificare la natura del credito non ancora sorto alla data della sentenza dichiarativa di fallimento; verificare l'inadempimento del debitore ceduto
F	Possibili problematiche:	<p>il contratto di factoring, anche dopo l'entrata in vigore della disciplina contenuta nella L. 21 febbraio 1991, n. 52, è una convenzione atipica - la cui disciplina, integrativa dell'autonomia negoziale, è contenuta negli artt. 1260 e segg. C.C.- attuata mediante la cessione, <i>pro solvendo o pro soluto</i>, della titolarità dei crediti di un imprenditore, derivanti dall'esercizio della sua impresa, ad un altro imprenditore, con effetto traslativo al momento dello scambio dei consensi tra i medesimi, se la cessione è globale ed i crediti siano esistenti, ovvero differito al momento in cui vengono ad esistenza, se i crediti sono futuri.</p> <p>Ai sensi dell'art. 5 legge n. 52 del 1991, quando il cessionario abbia pagato, anche soltanto in parte, il corrispettivo della cessione e il pagamento abbia data certa ex art. 2704 C.C., la cessione è opponibile al fallimento del cedente, se la sentenza dichiarativa di fallimento è posteriore alla data del pagamento. Ai commi 2 e 3 dello stesso articolo, si precisa, poi, che il cessionario conserva la possibilità di rendere la cessione opponibile ai terzi come previsto dal codice civile ed è fatta salva l'efficacia liberatoria del pagamento del debitore ai terzi, sempre secondo le norme del codice civile. Sono, quindi, sempre validi, anche per la cessione dei crediti d'impresa, i mezzi previsti dagli artt. 1265 e 2914, n. 2, C.C.</p> <p>A tale proposito il Tribunale di Milano si è pronunciato nel senso di ritenere che, nell'ambito di un contratto di factoring in cui la cessione di un credito <i>pro soluto</i> e la modalità di <i>not notification</i> sono state previste come possibili opzioni e non in via esclusiva, vi sia stata regolare cessione del credito, opponibile al fallimento, se si è perfezionata in data anteriore alla relativa dichiarazione con notificazione al debitore ceduto (Trib. Milano,</p>

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

		<p>12 gennaio 2009, 320).</p> <p>L'art. 7 della legge 21 febbraio 1991, n.52, stabilisce, però, che l'efficacia della cessione verso i terzi non è opponibile al fallimento del cedente se il curatore prova che il cessionario conosceva lo stato di insolvenza del cedente quando ha eseguito il pagamento e sempre che il pagamento sia avvenuto nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento e prima della scadenza del credito ceduto.</p> <p>L'art.7 ha introdotto, quindi, un criterio di non opponibilità <i>sui generis</i>, che assolve anche la funzione tipica della revocatoria fallimentare, pur non configurandosi come revocatoria speciale.</p> <p>L'art. 7 stabilisce, poi, che il curatore del fallimento del cedente può recedere dalle cessioni stipulate dal cedente stesso, limitatamente ai crediti non ancora sorti alla data della sentenza dichiarativa e che, in caso di recesso, il curatore deve restituire al cessionario il corrispettivo pagato dal cessionario al cedente per tali cessioni. Il credito di restituzione di tale corrispettivo, l'ammissibilità del quale al passivo ha come presupposto l'inadempimento del debitore ceduto, è, quindi, prededucibile nel fallimento del cedente ed è subordinato alla retrocessione dei crediti non ancora riscossi.</p> <p>A tale proposito la Corte di cassazione, ha, però, precisato che tale esenzione dal concorso del credito del <i>factor</i> per crediti non ancora sorti non riguarda i crediti futuri, il cui sorgere è condizionato alla persistenza dell'attività d'impresa e che con la dichiarazione di fallimento e la conseguente cessazione dell'impresa non verranno mai ad esistenza, ma solo quelli per i quali la dichiarazione di fallimento non abbia travolto il rapporto dal quale dovrebbe sorgere il credito ceduto (Cass., 18 aprile 2001, n. 5724, che ha cassato la sentenza della Corte d'Appello di Milano 7 maggio 1999 n. 1169, che aveva invece ritenuto prededucibile l'intero credito, senza applicare tale distinzione ed ha confermato l'impostazione del Tribunale di Milano, che la Corte d'Appello aveva smentito).</p> <p>Il curatore può eccepire al <i>factor</i> cessionario:</p> <ul style="list-style-type: none"> - che il credito è incredibile per convenzione tra creditore cedente e debitore, della quale il <i>factor</i> era a conoscenza al tempo della cessione; - l'eventuale invalidità od inesistenza del negozio da cui è derivato il credito ceduto e/o la mancata prova dell'esistenza di quest'ultimo; - la liberazione dal debito per pagamento al creditore originario, in caso di mancata accettazione da parte del debitore ceduto o mancata notifica a costui dell'avvenuta cessione.
G	Proposta tipo:	<p>Trattasi di credito del cessionario nell'ambito della cessione, avente data certa, di crediti dell'impresa fallita per il quale l'istante ha pagato il corrispettivo dovuto per gli stessi. Si ammette in prededuazione per € XXX come da domanda a titolo</p>

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

		di corrispettivo pagato per la cessione.
--	--	--

(a cura di G.R.)

FACTORING

Il factoring è uno schema contrattuale nato negli Stati Uniti, ma ormai diffuso anche in Italia, sebbene sia qui considerato ancora atipico. Tale schema contrattuale si è sviluppato per fare fronte alle esigenze delle imprese commerciali che forniscono beni e servizi e che concedono, agli acquirenti di questi, dilazioni di pagamento (vendite a credito), diventando quindi titolari di una grande massa di crediti nei confronti della clientela.

Con il contratto di factoring, un'impresa specializzata (detta *factor*) si fa cedere dall'impresa i crediti non ancora esigibili di cui è titolare l'impresa stessa, fornendo a quest'ultima un'ampia gamma di servizi.

In primo luogo, il *factor* fornisce un'attività di gestione dei crediti, che si sostanzia in un servizio di contabilità e di riscossione dei crediti stessi, a fronte del pagamento di una commissione variabile. In questo caso, la cessione dei crediti si considera fatta per l'incasso.

In secondo luogo, il *factor* può effettuare a favore dell'impresa cliente anche un'operazione di finanziamento, nella quale il *factor* anticipa all'impresa, in tutto o in parte, il valore nominale dei crediti ceduti, addebitando all'impresa medesima i relativi interessi. In questo caso, alla scadenza, il *factor* riscuote il credito, trattenendo l'importo a rimborso dell'anticipazione concessa; se il credito non viene pagato, in tutto o in parte, il *factor* si rivale sull'impresa. La cessione del credito al *factor* avviene pertanto *pro solvendo*.

In terzo luogo, è possibile che il *factor* si accoli il rischio dell'insolvenza del debitore, impegnandosi a pagare all'impresa cliente l'ammontare del credito, indipendentemente dalla sua riscossione. In questo caso, la cessione del credito avviene *pro soluto*.

L'operazione di *factor* si impernia sulla cessione di crediti di massa. Per superare i limiti e le difficoltà derivanti dall'applicazione della norme codicistiche sulla cessione del credito (artt. 1260 C.C. ss.), il legislatore è intervenuto dettando una normativa speciale, contenuta nella legge 21 febbraio 1991, n. 52, che deroga alla disciplina codicistica. La L. 52/1991 si applica tuttavia solo nel caso in cui: (i) il cedente sia un imprenditore; (ii) i crediti siano pecuniari e sorgano da contratti stipulati dal cedente nell'esercizio dell'impresa; (iii) il cessionario sia una banca o un intermediario finanziario, il cui oggetto sociale preveda l'esercizio dell'attività di acquisto dei crediti di impresa.

La normativa speciale prevede la cessione globale dei crediti, anche di quelli futuri. Tale cessione può avvenire con un unico atto, con la conseguenza che i crediti futuri si trasferiranno automaticamente al cessionario man mano che verranno ad esistenza. È necessario che i crediti siano determinati o determinabili: si ritiene sufficiente, a tal fine, che sia indicato il nominativo dei debitori ceduti e il riferimento alla generalità dei crediti dell'impresa. La cessione di crediti futuri può avere ad oggetto solo crediti che sorgeranno da contratti da stipulare per un periodo non superiore a 24 mesi. Salvo patto contrario, la cessione è fatta *pro solvendo*: il cedente, in altre parole, garantisce la solvenza del debitore ceduto, nei limiti del corrispettivo pattuito.

Una specifica disciplina è dettata per l'opponibilità della cessione ai terzi, e in particolare agli aventi causa o ai creditori del cedente. La cessione del credito è opponibile ai terzi non solo quando, ai sensi dell'art. 1265 C.C., essa è notificata al debitore ceduto, ma anche quando il *factor* abbia pagato, in tutto o in parte, all'impresa cedente il corrispettivo della cessione con atto avente data certa anteriore al titolo di acquisto degli aventi causa del cedente, al pignoramento dei suoi creditori o al fallimento del cedente medesimo. La cessione non è tuttavia opponibile al fallimento del cedente, se il curatore prova che il cessionario conosceva lo stato di insolvenza del cedente

medesimo, sempre che il pagamento sia stato eseguito nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento e prima della scadenza del credito ceduto (art. 7, comma 1, L. 52/1991).

La legge speciale (art. 7, comma 2) prevede inoltre che il curatore del fallimento del cedente può recedere dal contratto limitatamente ai crediti non ancora sorti alla data della dichiarazione di fallimento. In caso di recesso, il curatore deve restituire al cessionario quanto da questi pagato per le cessioni (art. 7, comma 3) e si ritiene che il pagamento avvenga in via di prededuzione. Tuttavia, la giurisprudenza ha chiarito che l'esenzione dal concorso non opera per i crediti futuri il cui sorgere è condizionato alla persistenza dell'attività di impresa e che, a seguito della dichiarazione di fallimento, non verranno mai ad esistenza (Cass. 18 aprile 2001, n. 5724).

Una norma speciale è infine dettata in tema di revocatoria: l'art. 6 L. 52/1991 prevede che il pagamento compiuto dal debitore ceduto, se la cessione risponde ai requisiti fissati nella medesima legge, non è soggetto all'azione revocatoria; tuttavia quest'ultima può essere promossa nei confronti del cedente, qualora il curatore provi che quest'ultimo conosceva lo stato di insolvenza del debitore ceduto.

(a cura di M.A.)

18

A	Categoria:	FIDEIUSSIONE
B	Classe:	chirografario
C	Artt. privilegio	///
D	Documentazione:	contratto di fideiussione ed adeguata documentazione del credito garantito
E	Attività di verifica:	accertare l'esistenza e la validità dell'obbligazione garantita, potendo il fideiussore opporre al creditore tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre il debitore principale. Verificare se il contratto è a tempo determinato o indeterminato, per un valore fisso o indeterminato.
F	Possibili problematiche:	Deve essere chiesto solo l'importo effettivamente garantito. Occorre verificare che non ci sia la clausola della preventiva escussione dell'obbligato principale, cd. <i>beneficium excussionis</i> .
G	Proposta tipo:	Trattasi di credito per capitale, interessi e spese, garantito da idoneo contratto di fideiussione opponibile alla massa dei creditori. Si propone l'ammissione come da domanda ovvero si propone l'ammissione della minor somma di € xxx pari all'importo garantito, esclusa la differenza non prevista nel contratto.

(a cura di M.A.R.)

FIDEIUSSIONE

La fideiussione è un negozio giuridico con cui un soggetto, chiamato fideiussore, garantisce, ex art. 1936 C.C., l'adempimento di un'obbligazione altrui, anche in assenza di consapevolezza del debitore, obbligandosi personalmente nei confronti del creditore del rapporto obbligatorio, il quale, a differenza dei casi di pegno e ipoteca, potrà rivelarsi non su un bene specifico, bensì sull'intero patrimonio di una persona.

La fideiussione si caratterizza, quindi, per una manifestazione di volontà scritta di garanzia da parte di una persona fisica o giuridica intenzionata ad impegnarsi con il proprio patrimonio a "coprire" eventuali inadempienze di un terzo, con possibile recesso in qualunque momento nel caso di fideiussione prestata a tempo indeterminato.

A titolo esemplificativo, la fideiussione è solitamente prestata a favore di un terzo a garanzia di un prestito, di un mutuo, di un pagamento, della concessione di un bene o di un servizio, della buona riuscita di un'opera, di un intervento o di una costruzione.

Ciò premesso, l'obbligazione assunta dal fideiussore ha carattere accessorio: essa esiste nei limiti in cui esiste l'obbligazione garantita, ex artt. 1939 e 1945 C.C.

L'art. 1939 C.C. sancisce, infatti, che la fideiussione è valida solo se ad essere valida è anche l'obbligazione principale.

Qualora il descritto biunivoco rapporto di validità e accessorialità sussista, ai sensi dell'art. 1945 C.C., il fideiussore godrà della possibilità di opporre al creditore tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre il debitore principale, ad esclusione dell'eccezione d'incapacità.

L'entità della fideiussione non può, però, superare il valore del debito garantito e la stessa non potrà essere prestata a condizioni più onerose, essendo un'obbligazione accessoria valida solo nei limiti dell'obbligazione principale.

Il fideiussore è nella posizione di obbligato in solido con il debitore principale, cosicché il creditore potrà chiedere indifferentemente l'adempimento al fideiussore o al debitore.

È stato peraltro sostenuto che, pur in costanza del principio di solidarietà, il creditore avrebbe l'onere di chiedere l'adempimento prima al debitore garantito, potendo, solo dopo il rifiuto di questo, rivolgersi verso il fideiussore: c.d. onere di preventiva richiesta.

Tuttavia, le parti si possono chiaramente accordare affinché il creditore debba prima rivolgersi nei confronti del debitore principale (cosiddetto *beneficium excussionis*).

In base a detta precipua clausola, il fideiussore - convenuto ad esempio in giudizio dal creditore per l'adempimento dell'obbligazione - nel caso sia mancata la preventiva escussione del debitore principale potrà ottenere di non essere condannato attraverso l'indicazione dei beni del debitore principale che il creditore può sottoporre ad esecuzione.

In egual misura, il fideiussore potrà essere condannato, in tutto o in parte, solo dopo l'esito infruttuoso della procedura esecutiva avviata sui beni del debitore, che il fideiussore medesimo è tenuto ad indicare.

Nei casi in cui il fideiussore abbia dovuto adempiere all'obbligazione del debitore, potrà agire o in via surrogatoria (essendo surrogato nei diritti del creditore nei confronti del debitore) o sperando l'azione di regresso.

Dette azioni sono di natura concorrente e, pertanto, azionabili in via alternativa.

Nell'eventualità della surrogazione, il fideiussore può pretendere gli interessi dal momento in cui è scaduto il termine di adempimento, ma il debitore può opporre al fideiussore tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore originario.

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

Se il fideiussore agisce, invece, con l'azione di regresso, può solo pretendere gli interessi dal giorno in cui egli ha pagato al creditore e il debitore non potrà opporre le eccezioni opponibili al creditore originario.

Quale principio generale, il fideiussore ha l'onere di informare il debitore di aver effettuato il pagamento.

In caso di omessa denuncia del pagamento, il fideiussore non ha azione di regresso se il debitore ha pagato ugualmente il debito, potendo, inoltre, il debitore opporre al fideiussore le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore principale all'atto del pagamento.

Particolare tipo di fideiussione è la fideiussione *omnibus* con cui il fideiussore si obbliga a garantire i debiti presenti e anche futuri del debitore.

Tale tipo di fideiussione è valida solo se è stato stabilito un importo massimo garantito.

La fideiussione può, infine, avere ad oggetto anche un'altra obbligazione fideiussoria: è lo stesso codice civile a contemplare la *fideiussione della fideiussione*.

Da ultimo occorre ricordare come la fideiussione si estingua se viene meno il debito principale, nonché se, dopo la scadenza dell'obbligazione principale, non siano state proposte entro sei mesi le istanze contro il debitore e non siano state coltivate con diligenza.

(a cura di M.C.)

A	Categoria:	GIUSTIZIA (spese di)
B	Classe:	privilegio speciale
C	Artt. privilegio	2755, 2756 e 2770 C.C.
D	Documentazione:	provvedimento di liquidazione delle spese, documentazione comprovante le spese sostenute
E	Attività di verifica:	verificare il tipo di attività prestata e, in particolare, che le spese siano fatte per atti conservativi o di esecuzione su beni mobili o immobili, che abbiano apportato in concreto un vantaggio alla massa dei creditori e che le spese siano state sopportate dal titolare di un diritto di credito o da altri, nell'interesse comune dei creditori
F	Possibili problematiche:	<p>l'art. 2755 C.C. stabilisce che <i>«i crediti per spese di giustizia fatte per atti conservativi o per l'espropriazione di beni mobili nell'interesse comune dei creditori, hanno privilegio sui beni stessi»</i>.</p> <p>L'art.2770 C.C. dispone poi che <i>«i crediti per spese di giustizia fatte per atti conservativi o per l'espropriazione di beni immobili nell'interesse comune dei creditori, hanno privilegio sui beni stessi»</i></p> <p>Perché il privilegio possa farsi valere è necessario che ricorrano tre presupposti:</p> <p>a) che le spese siano fatte per atti conservativi o di esecuzione sui mobili o immobili;</p> <p>b) che esse apportino in concreto un vantaggio anche agli altri creditori;</p> <p>c) che le spese siano state sopportate dal titolare di un diritto di credito o da altri, nell'interesse comune dei creditori.</p> <p>Per spese di espropriazione si devono intendere quelle sostenute per l'esecuzione del pignoramento, mentre non sono ritenute tali quelle per l'atto di precetto (Trib. Torino, 10 luglio 2002). Non godono del privilegio in esame gli atti conservativi o di espropriazione eseguiti da un creditore su un bene che è già stato sottoposto a pignoramento da parte di altro creditore, e ciò perché non può dirsi che tali spese siano state sostenute nell'interesse comune. In questo caso le spese del secondo creditore sfuggono al privilegio in esame per ricadere invece sotto la disciplina dell'alt. 2749 C.C. come spese di intervento (Cass., 4 febbraio 1980, n. 763; Trib. Firenze, 12 marzo 1989).</p> <p>Il privilegio in questione va, quindi, riconosciuto:</p> <p>1) per le spese di espropriazione che vanno dal pignoramento in poi (Trib. Torino, 10 luglio 2002);</p> <p>2) al credito per spese erogate dall'aggiudicatario per la cancellazione delle ipoteche iscritte sull'immobile sottoposto ad</p>

	<p>espropriazione forzata, ordinata dal Giudice dell'esecuzione (Cass., 11 febbraio 1980, n. 929);</p> <p>3) per le spese sostenute dell'acquirente (diverso dall'aggiudicatario di cui sopra) di un immobile per la liberazione dell'immobile stesso dalle ipoteche;</p> <p>4) per le spese sostenute dal commissionario che, su incarico del Giudice dell'esecuzione, abbia eseguito la vendita dei beni pignorati anteriormente alla dichiarazione di fallimento (in senso contrario a tale indirizzo: Trib. Parma, 7 marzo 2002);</p> <p>5) per le spese per l'autorizzazione ed esecuzione del sequestro conservativo (Trib. Bari, 10 aprile 2008).</p> <p>Non va riconosciuto il privilegio al credito:</p> <p>1) per le spese del pignoramento risultato negativo o che abbia perduto efficacia o sia stato effettuato su beni già precedentemente pignorati, in quanto nessuna utilità deriva alla massa dagli atti espropriativi compiuti; queste spese vanno collocate in chirografo (in questo senso: Trib. Firenze, 12 marzo 1989);</p> <p>2) per le spese del pignoramento successivo al primo, per il motivo di cui sopra (in questo senso: Cass. 4 febbraio 1980, n. 763);</p> <p>3) per le spese di precetto (Trib. Torino, 10 luglio 2002);</p> <p>4) per le spese di accertamento giudiziale - sia in via ordinaria che monitoria - del credito e per la formazione del titolo esecutivo;</p> <p>5) per le spese del giudizio di merito, conseguente al sequestro conservativo (in senso conforme: App. Genova, 5 aprile 1991);</p> <p>6) per le spese del pignoramento e/o del sequestro conservativo di un bene già indisponibile (Trib. Firenze, 12 marzo 1989);</p> <p>7) per le spese del sequestro giudiziario in quanto rivolte ad evitare il pericolo di deterioramenti, alle quali va riconosciuto il diverso privilegio di cui all'art.2756 C.C., nel caso in cui il bene sia ancora nella disponibilità del creditore (Cass. 5 aprile 1993, n.5061).</p> <p>La Cassazione ha ritenuto, inoltre, che il privilegio possa essere riconosciuto al creditore istante per la dichiarazione di fallimento per le spese all'uopo sostenute, atteso il sostanziale parallelismo tra creditore procedente nella procedura esecutiva singolare e creditore istante nella procedura concorsuale (Cass. 24 maggio 2000, n. 6787). La giurisprudenza di merito era, invece, divisa sul punto (in senso favorevole ad es. Trib. Fermo, 15 gennaio 2010; in senso contrario, Trib. Milano 5 dicembre 2002 n. 4857; Trib. Padova, 28 maggio 2001). Ultimamente l'orientamento della Corte di legittimità sembra muoversi verso il riconoscimento finanche della prededuzione ex art. 111 L.F. quali spese funzionali.</p> <p>Nel caso in cui sia astrattamente riconoscibile il privilegio di cui</p>
--	--

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

		<p>agli artt. 2755-2770 C.C., trattandosi di privilegio speciale sopra determinati beni, ai fini del riconoscimento dello stesso, è necessaria l'indicazione del titolo della prelazione e si pone, poi, il problema dell'individuazione dei beni oggetto del privilegio e della loro effettiva esistenza ed acquisizione alla massa al momento della domanda di ammissione al passivo.</p> <p>Quanto all'individuazione, il n. 4 dell'art. 93 L.F. richiede che, in caso di privilegio speciale, il creditore ricorrente indichi nella domanda la <i>"descrizione del bene sul quale la prelazione si esercita"</i>, ma, a tal fine, è sufficiente che il creditore concorsuale fornisca nel ricorso elementi idonei a rendere quanto meno individuabile detto bene, nell'ambito della più ampia categoria di beni sui quali il privilegio deve essere esercitato (Cass. 14 gennaio 2004, n. 334); tale descrizione non esenta, comunque, il creditore dall'onere di indicare il titolo della prelazione che è, infatti, concetto non sovrapponibile a quello della descrizione (Cass., 22 marzo 2013, n.7287).</p> <p>Quanto, invece, al diverso problema dell'esistenza del bene e della sua acquisizione alla massa, la giurisprudenza, a seguito della sentenza Cass. Sez. U. 20 dicembre 2001, n. 16060 (secondo cui l'ammissione al passivo fallimentare non presuppone, ove si tratti di privilegio speciale su determinati beni, né l'attuale esistenza degli stessi né che questi siano già stati acquisiti alla massa), reputa che la verifica della sussistenza o meno dei beni stessi, da cui dipende l'effettiva realizzazione del privilegio speciale, debba essere rimandata alla fase del riparto (Cass., 21 giugno 2012, n. 10387; Cass., 24 marzo 2011, n. 6849; Cass., 24 ottobre 2005, n. 20550; Cass. SS.UU. 20 dicembre 2001, n. 16060)</p>
G	Proposta tipo:	<p>Trattasi di credito per spese di giustizia fatte per atti conservativi/per l'espropriazione dei beni mobili/immobili in relazione al quale l'istante chiede l'ammissione al privilegio ex art.2755/2770 C.C. sui beni stessi. Si ammette al privilegio ex art. 2755 C.C. /se si tratta di beni mobili o art.2770 C.C. se si tratta di beni immobili) per € XXX come da domanda</p>

(a cura di G.R.)

SPESE DI GIUSTIZIA

Le spese di giustizia, come definite nel d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia), sono da identificarsi nell'esecuzione d'intercettazioni ambientali e telefoniche, nell'effettuazione di consulenze e perizie, nella custodia dei beni sequestrati, nei compensi agli avvocati per il patrocinio a spese dello Stato, nelle testimonianze, nonché nelle indennità ai giudici popolari che siedono in Corte d'Assise.

Come previsto dall'art. 185 d.P.R. n. 115/2002, dette spese sono gestite attraverso aperture di credito a favore dei funzionari delegati e sono disposte più volte nel corso dell'anno con decreto dirigenziale della Direzione della giustizia civile.

I funzionari delegati sono solitamente individuati nei capi delle Corti d'appello e delle Procure generali, mentre l'apertura di credito è un modo per gestire la spesa in strutture organizzative complesse con articolazioni sul territorio, come l'organizzazione giudiziaria, l'amministrazione penitenziaria e la giustizia minorile, che a loro volta possono emettere aperture di credito a favore degli istituti penitenziari o degli uffici della giustizia minorile.

Limitatamente all'ambito fallimentare, il credito per spesa di giustizia deriva principalmente dall'applicazione degli artt. 2755, 2756 e 2770 C.C., in correlazione all'emergere di costi determinati dal compimento di atti conservativi, migliorativi o espropriativi di beni mobili o immobili, purché questi abbiano prodotto un concreto vantaggio comune all'intera massa dei creditori.

(a cura di M.C.)

A	Categoria	INDENNITÀ SOSTITUTIVA DI PREAVVISO
B	Classe	privilegio generale
C	Artt. privilegio:	2751- <i>bis</i> n. 1 C.C.
D	Documentazione:	buste paga, conteggi elaborati da consulente del lavoro
E	Attività di verifica:	Le fonti normative dell'indennità sostitutiva del preavviso sono l'art. 2118, secondo comma, C.C. (in mancanza di preavviso, il recedente è tenuto verso l'altra parte ad un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso); l'art. 2119, secondo comma, C.C. (non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa dell'azienda); l'art. 2751- <i>bis</i> n. 1 C.C. per l'attribuzione del privilegio e gli artt. 72 e 111 L.F. per la prededuzione da riconoscere in caso di prosecuzione endo-concorsuale del rapporto
F	Possibili problematiche:	in dottrina e giurisprudenza si rilevano due distinti orientamenti: una prima posizione sostiene la continuazione dei rapporti di lavoro sino alla comunicazione di licenziamento, con crediti retributivi maturati in prededuzione; la seconda posizione sostiene la sospensione del rapporto di lavoro in attesa di verificare la possibilità di proseguire l'attività. Se questa cessa, la risoluzione del contratto retroagisce al momento dell'apertura della procedura determinando il sorgere del diritto all'indennità sostitutiva del preavviso. La nuova formulazione dell'art. 72 L.F., relativo ai rapporti pendenti, costituisce ulteriore argomento a favore della sospensione. Occorre così distinguere due diverse ipotesi: 1) deve essere considerata prededucibile l'indennità sostitutiva del preavviso in favore del dipendente il cui rapporto di lavoro sia continuato durante il fallimento (Cass. 7.3.2003, n. 1832) ed è ugualmente prededucibile anche l'indennità in favore del lavoratore licenziato dal curatore dopo che sia stato disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa (Cass. 9.1.1987, n. 71); 2) dopo il fallimento, in mancanza di esercizio provvisorio, si verifica la sospensione del contratto fino a quando il curatore non dichiara di sciogliersi. Lo scioglimento comporta il maturare dell'indennità sostitutiva di preavviso ex art. 2118 C.C., indennità di natura risarcitoria e non retributiva, ancorché per legge commisurata alla retribuzione che sarebbe spettata durante il periodo di preavviso, che gode del privilegio di cui all'art. 2751- <i>bis</i> n. 1 C.C., rientrando a pieno titolo nella categoria delle "indennità dovute per effetto della cessazione del rapporto di lavoro" (Cass. 7.7.2008, n. 18565. Si tratta di orientamento condiviso anche da Trib. Milano 4.3.2004).

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

G	Proposta tipo:	Trattasi di credito per prestazioni di lavoro subordinato il cui importo corrisponde alle risultanze della società fallita e si propone l'ammissione al privilegio dell'importo di € XXXXX (retribuzioni, ferie, ROL, indennità sostitutiva di preavviso...) somme tutte che vengono ammesse al concorso al netto della ritenuta sociale a carico del dipendente e al lordo della ritenuta fiscale che sarà operata in sede di riparto sulle somme ripartite e secondo l'aliquota fiscale in allora vigente, oltre a rivalutazione dal XXXX alla data di esecutività dello stato passivo ed interessi legali sino al primo riparto anche solo parzialmente soddisfattivo.
---	----------------	---

(a cura di M.M.V.)

INDENNITA' SOSTITUTIVA DEL PREAVVISO

Ai sensi dell'art. 2118 C.C., ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando il c.d. *preavviso* nel termine e nei modi stabiliti dal contratto collettivo di categoria, dagli usi o dall'equità.

Il periodo di preavviso decorre dalla comunicazione del licenziamento al lavoratore, se non sorretto da giusta causa ex art. 2119 C.C., o dalla data di formalizzazione delle dimissioni al datore di lavoro da parte del lavoratore.

Durante tale periodo, il lavoratore deve continuare a prestare la sua attività lavorativa ed entrambe le parti rimangono soggette a tutti i diritti ed obblighi che derivano dal contratto di lavoro, il quale si estinguerà solo allo scadere del termine di preavviso.

L'istituto del preavviso assume la finalità di consentire al lavoratore di disporre del tempo necessario per reperire un nuovo impiego e all'imprenditore di sostituire il dipendente dimissionario con altro lavoratore.

Tuttavia, il datore di lavoro può dispensare il lavoratore dagli obblighi derivanti dal periodo di preavviso, facendo cessare immediatamente il rapporto, senza possibilità per il dipendente di pretendere l'unilaterale prosecuzione del contratto.

Qualora ciò avvenga, il datore di lavoro dovrà corrispondere al lavoratore l'indennità sostitutiva.

Tale indennità, assoggettata alle ordinarie contribuzioni previdenziali e assistenziali, è computata sulla base della retribuzione percepita dal dipendente al momento del recesso, tenendo conto di tutti gli emolumenti che abbiano carattere continuativo.

Ad avviso della giurisprudenza, infatti, il concetto di retribuzione, recepito dall'art. 2118 C.C. ai fini del computo dell'indennità sostitutiva del preavviso, è ispirato al criterio dell'onnicomprendività: nel calcolo devono essere ricompresi tutti gli emolumenti che trovano la loro causa tipica e normale nel rapporto di lavoro cui sono istituzionalmente connessi, anche se non strettamente correlati all'effettiva prestazione lavorativa, mentre devono essere escluse le somme rispetto alle quali il rapporto di lavoro costituisce una mera occasione ai fini della loro erogazione.

La descritta disciplina è, comunque, derogabile dalle parti e l'intervento di un accordo in tal senso può desumersi anche da comportamenti concludenti, quali l'accettazione senza riserve da parte del lavoratore dell'indennità sostitutiva del preavviso offertagli dal datore di lavoro con dispensa dalla continuazione delle prestazioni.

Per completezza informativa deve ricordarsi come l'indennità sostitutiva del preavviso sia dovuta anche al dipendente dimessosi per giusta causa e con effetto immediato.

In tale ipotesi, per prevalente giurisprudenza, il lavoratore potrà ottenere unicamente l'indennità di preavviso, essendogli preclusa la possibilità di agire per il risarcimento del danno, e non potendo beneficiare delle particolari tutele previste in caso di licenziamento illegittimo o ingiustificato. Ciò sulla base della considerazione che le dimissioni, pur se sorrette da giusta causa, determinano la risoluzione del rapporto per un atto di volontà che viene comunque espresso dal lavoratore.

(a cura di M.C.)

A	Categoria:	IMPOSTE DIRETTE (IRPEF, IRES, IRAP)
B	Classe:	privilegio generale/privilegio speciale
C	Artt. privilegio	art. 2752, comma 1, C.C., art. 2759 C.C.
D	Documentazione:	estratti di ruolo, avviso di mora
E	Attività di verifica:	accertare l'avvenuta trasmissione/iscrizione a ruolo o la notifica dell'avviso di mora. Se il curatore intende contestare la sussistenza/entità del credito o la prescrizione/decadenza dello stesso dovrà adire il giudice speciale tributario impugnando l'atto impositivo o la cartella. In tal caso, in sede di verifica, dovrà rendere nota al Giudice Delegato tale intenzione; ne seguirà l'ammissione del credito con riserva
F	Possibili problematiche:	<p>occorre distinguere i ruoli ordinari da quelli straordinari. Nei ruoli ordinari sono iscritte le imposte, i tributi e le tasse liquidate a fronte di rettifiche apportate dall'Ufficio fiscale sulla base delle dichiarazioni presentate e da quelle accertate; nei ruoli straordinari sono iscritte tutte le imposte, tributi e tasse per i quali l'Ufficio ritiene vi sia un pericolo per la riscossione. Il privilegio riguarda sia i ruoli ordinari che quelli straordinari.</p> <p>Dopo le modifiche intervenute a seguito dell'entrata in vigore del D.L. 6 luglio 2011, n. 98, convertito nella L. 15 luglio 2011, n.111, è stato abolito il limite temporale biennale dell'iscrizione/esecutività del ruolo per il riconoscimento del relativo privilegio come prima contemplato dall'art. 2752, primo comma, C.C.. Il privilegio si estende anche agli interessi di mora, quale accessorio del credito principale per il fatto dell'omesso pagamento nel termine, e sono calcolati dal decorso dei sessanta giorni dalla notifica della cartella fino alla data della domanda/ripartizione dell'attivo al tasso medio annualmente stabilito dal Ministero delle Finanze. In tal caso, però, occorre che sia provata la notifica della cartella ante fallimento, altrimenti tali interessi non potranno essere riconosciuti. Gli interessi per ritardata iscrizione a ruolo, che sono gli interessi calcolati su imposte o maggiori imposte dovute in base alla liquidazione o controllo delle dichiarazioni dei redditi o ad accertamento dell'Ufficio, sono pure da considerarsi accessorio del credito principale, e sono da ammettersi al medesimo grado di privilegio (vedasi sentenza Corte Costituzionale n. 162 del 28.5.2001).</p> <p>A seguito della modifica legislativa sopra indicata, il privilegio si estende altresì anche alle sanzioni amministrative, che in precedenza erano invece ammissibili solo in via chirografaria.</p> <p>Per quanto concerne invece l'ammissione delle spese, dei diritti e dei compensi richiesti dall'esattore, si deve distinguere il caso</p>

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

		<p>dei ruoli trasmessi all'esattore prima (a) o dopo (b) la dichiarazione di fallimento. Nell'ipotesi (a) si hanno due ulteriori distinzioni: a.1 – l'esattore ha posto in essere prima del fallimento procedure esecutive o vi è intervenuto: in tal caso le spese, i diritti e i compensi andranno ammessi con il medesimo privilegio previsto per il tributo al quale si riferiscono; a.2 – l'esattore non ha posto in essere prima del fallimento procedure esecutive: in tale ipotesi le spese, i diritti e i compensi andranno ammessi ma solo in via chirografaria. Nell'ipotesi (b), vale a dire se i ruoli sono stati trasmessi dopo la dichiarazione di fallimento, le spese, i diritti e i compensi andranno invece integralmente esclusi, in quanto il credito non può neppure considerarsi concorsuale.</p> <p>Va infine precisato che le <u>spese di insinuazione sono sempre da escludersi, in quanto non opponibili alla massa</u> a prescindere dalla data di trasmissione dei ruoli, e ciò in quanto la legge prevede che la domanda di insinuazione sia proponibile senza necessità di patrocinio.</p>
G	Proposta tipo:	<p>Trattasi di ruoli trasmessi in parte prima e in parte dopo la sentenza di fallimento, in assenza di azioni esecutive poste in essere. Si propone l'ammissione al privilegio per € XXX secondo le graduazioni richieste e al chirografo per € XXX; compensi, diritti e spese al chirografo per i ruoli trasmessi prima del fallimento, ed esclusi per quelli trasmessi dopo, ed escluse in ogni caso le spese di insinuazione in quanto non opponibili alla massa.</p>

(a cura di M.S.)

IMPOSTE DIRETTE (IRPEF, IRES E IRAP)

Le imposte dirette hanno come presupposto oggettivo quelle manifestazioni dirette ed immediate della ricchezza codificate dalla legge, ritenute rivelatrici di capacità contributiva del contribuente (soggetto passivo dell'imposta), e si sostanziano nel conseguimento di redditi o nel possesso di un patrimonio. In particolare le imposte sul reddito colpiscono il flusso corrente di ricchezza (come ad esempio rendite, salari/compensi, profitti, interessi) che viene acquisito dal soggetto passivo in un determinato periodo di imposta. Le imposte sul patrimonio, invece, colpiscono il valore dei beni posseduti dal contribuente in un determinato momento.

In Italia l'imposizione diretta è stata assoggettata nel tempo a diverse riforme; in particolare l'Imposta di Ricchezza Mobile, che colpiva il capitale e il lavoro, è nata con l'unità di Italia, ed è sostanzialmente sopravvissuta con alcune modifiche, affiancata, in epoca successiva, dall'Imposta Complementare su Reddito, fino alla riforma tributaria del 1973, allorquando nacquero tre nuove e separate imposte: l'IRPEF (Imposta sul Reddito delle Persone Fisiche), l'IRPEG (Imposta sul Reddito delle Persone Giuridiche) e l'ILOR (Imposta Locale sui Redditi). Quest'ultima, in particolare, sopravvissuta fino al 1998 allorquando è stata sostituita dall'IRAP, era un'imposta reale che colpiva il possesso di redditi fondiari, di capitale, di impresa e diversi, ed il cui gettito era in parte destinato agli enti locali. L'IRAP ha inoltre sostituito altre imposte dirette e indirette (oltre l'ILOR, l'ICIAP, l'imposta sul patrimonio netto delle imprese, il contributo al servizio sanitario nazionale e la tassa di concessione governativa sulla partita IVA), ed è qualificata come Imposta Regionale sulle Attività Produttive. Essa colpisce il valore netto della produzione delle imprese e del lavoro autonomo organizzato (in sostanza, semplificando, colpisce il reddito al lordo del costo del personale e degli oneri e proventi finanziari ed assimilati).

L'ultima e più importante riforma risale al 2004, allorquando, per adeguare la normativa fiscale italiana a quella europea, il Testo Unico delle Imposte su Redditi (emanato nel 1986) fu rivisitato, sostituendo l'IRPEG con l'IRES (Imposta sul Reddito delle Società) con riordino, armonizzazione e coordinamento delle norme riguardanti il reddito prodotto dalle società e quello prodotto dalle persone fisiche.

La riscossione delle imposte, allorquando vengano accertati, a carico del contribuente, versamenti omessi in tutto o in parte in sede dichiarativa o di emissione del cosiddetto "avviso bonario" o di avviso di liquidazione o di accertamento da parte dell'Agenzia delle Entrate, è affidata ai Concessionari della riscossione dei tributi, che esercitano tale attività a mezzo emissione di cartelle di pagamento, discendenti dalle relative iscrizioni a ruolo (ruoli che possono essere ordinari o straordinari), cartelle che, decorsi 60 giorni dalla notifica, acquisiscono la caratteristica di veri e propri titoli esecutivi.

(a cura di M.S.)

A	Categoria:	IMPOSTE INDIRETTE (Erariali: IVA, Registro, Ipotecarie/Catastali, Bollo, Successioni/Donazioni, Accise, Tasse di Concessione Governativa, Imposte doganali – Locali: IUC, che include IMU, TARI e TASI, Imposta sulla pubblicità, Diritti di affissioni pubbliche ed altre)
B	Classe:	privilegio generale/privilegio speciale
C	Artt. privilegio	art. 2752, commi 2 e 3, C.C., art. 2758 C.C.
D	Documentazione:	estratti di ruolo, avviso di mora
E	Attività di verifica:	accertare l'avvenuta trasmissione/iscrizione a ruolo o la notifica dell'avviso di mora. Se il curatore intende contestare la sussistenza/entità del credito o la prescrizione/decadenza dello stesso dovrà adire il giudice speciale tributario impugnando l'atto impositivo o la cartella. In tal caso, in sede di verifica, dovrà rendere nota al Giudice Delegato tale intenzione; ne seguirà l'ammissione del credito con riserva
F	Possibili problematiche:	<p>occorre distinguere i ruoli ordinari da quelli straordinari. Nei ruoli ordinari sono iscritte le imposte, i tributi e le tasse liquidati a fronte di rettifiche apportate dall'Ufficio/Ente Locale sulla base delle dichiarazioni presentate e sulla base di accertamento; nei ruoli straordinari sono iscritti le imposte, i tributi e tasse per le quali l'Ufficio/Ente Locale ritiene vi sia un pericolo per la riscossione. Il privilegio riguarda sia i ruoli ordinari che quelli straordinari emessi per parziali od omessi versamenti delle imposte indirette statali (quali ad esempio IVA, Registro, Bollo, Concessione Governativa, Successione e Donazione, Imposte doganali); per quanto riguarda il privilegio spettante per le imposte locali, tale privilegio deve essere stabilito dalla legge per la finanza locale. A titolo esemplificativo, ma non esaustivo, il privilegio di cui trattasi spetta, ad esempio, alle imposte comunali quali l'imposta sulla pubblicità, i diritti di affissioni pubbliche, contributi ed oneri di urbanizzazione, ed altri.</p> <p>Il privilegio si estende anche agli interessi di mora, come accessorio del credito principale per il fatto dell'omesso pagamento nel termine, ed essi sono calcolati dal decorso dei sessanta giorni dalla notifica della cartella fino alla data della domanda/ripartizione dell'attivo al tasso medio annualmente stabilito dal Ministero delle Finanze. In tal caso, però, occorre che sia provata la notifica della cartella ante fallimento, altrimenti tali interessi non potranno essere riconosciuti. Gli interessi per ritardata iscrizione a ruolo, che sono gli interessi calcolati su imposte o maggiori imposte dovute in base alla liquidazione o controllo della dichiarazione IVA o ad accertamento dell'Ufficio/Ente Locale sui tributi indiretti, sono</p>

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

		<p>pure da considerarsi accessorio del credito principale, e sono da ammettersi al medesimo grado di privilegio (Corte Costituzionale n. 162 del 28.5.2001).</p> <p>L'art. 2758, comma 1, C.C., inoltre, attribuisce allo Stato il privilegio speciale sui mobili e su altri beni indicati dalle leggi ai quali i tributi indiretti si riferiscono. E' il caso, ad esempio, dell'imposta ipotecaria e catastale dovuta sui passaggi di proprietà riguardanti un determinato immobile.</p> <p>Per quanto riguarda le sanzioni, sono da ammettere al privilegio <u>solo se afferenti l'Imposta sul Valore Aggiunto</u> (art. 2752, comma 2), mentre sono da collocare al chirografo per tutti gli altri tributi indiretti, non essendo prevista normativamente la collocazione al privilegio.</p> <p>Per quanto concerne invece l'ammissione delle spese, dei diritti e dei compensi richiesti dall'esattore, si deve distinguere il caso dei ruoli trasmessi all'esattore prima (a) o dopo (b) la dichiarazione di fallimento. Nell'ipotesi (a) si hanno due ulteriori distinzioni: a.1 – l'esattore ha posto in essere prima del fallimento procedure esecutive o vi è intervenuto: in tal caso le spese, i diritti e i compensi andranno ammessi con il medesimo privilegio previsto per il tributo al quale si riferiscono; a.2 – l'esattore non ha posto in essere prima del fallimento procedure esecutive: in tale ipotesi le spese, i diritti e i compensi andranno ammessi ma solo in via chirografaria. Nell'ipotesi (b), vale a dire se i ruoli sono stati trasmessi dopo la dichiarazione di fallimento, le spese, i diritti e i compensi andranno invece integralmente esclusi, in quanto il credito non può neppure considerarsi concorsuale.</p> <p>Va infine precisato che le <u>spese di insinuazione sono sempre da escludersi in quanto non opponibili alla massa</u>, a prescindere dalla data di trasmissione dei ruoli, e ciò in quanto la legge prevede che la domanda di insinuazione sia proponibile senza necessità di patrocinio.</p>
G	Proposta tipo:	<p>Trattasi di ruoli trasmessi in parte prima e in parte dopo la sentenza di fallimento, in assenza di azioni esecutive poste in essere. Si propone l'ammissione al privilegio per € XXX secondo le graduazioni richieste e al chirografo per € XXX; compensi, diritti e spese al chirografo per i ruoli trasmessi prima del fallimento, ed esclusi per quelli trasmessi dopo, ed escluse in ogni caso le spese di insinuazione in quanto non opponibili alla massa.</p>

(a cura di M.S.)

IMPOSTE INDIRETTE (Erariali: IVA, Registro, Ipotecarie/Catastali, Bollo, Successioni/Donazioni, Accise, Tasse di Concessione Governativa, Imposte doganali – Locali: IUC, che include IMU, TARI e TASI, Imposta sulla pubblicità, Diritti di affissioni pubbliche ed altre)

Nel settore delle imposte indirette l'indice rivelatore della capacità contributiva è dato dall'utilizzazione della ricchezza, vale a dire dal verificarsi di atti o di fatti che indirettamente fanno desumere la disponibilità di un reddito o di un patrimonio in capo al contribuente. Hanno come principale oggetto, in generale, i consumi, i trasferimenti e gli affari. In particolare le imposte sui consumi colpiscono il reddito in quanto utilizzato per l'acquisto di beni o servizi destinati al consumo.

Nei primi anni dopo l'unificazione italiana, il maggior gettito fiscale era sicuramente dato, più che dalle imposte dirette, dal gran numero di imposte indirette che gravavano sui contribuenti, tra cui spiccavano i Dazi sul Consumo e l'Imposta sul Macinato. Gli enti locali all'epoca erano dotati di una relativa autonomia impositiva, che consentiva l'introduzione di imposte e dazi propri e di sovra-imposizione sui dazi governativi. Con lo sviluppo economico acquisirono maggiore rilevanza, in termini di gettito, le imposte dirette rispetto a quelle indirette; queste ultime, in particolare, furono nel tempo razionalizzate, e, con l'abolizione delle cinte daziarie e il passaggio dell'intero gettito del dazio di consumo ai comuni, nacque, nel 1930, l'imposta sul consumo. Nel 1916 era stata inoltre introdotta un'imposta sugli scambi, che man mano assunse sempre maggiore importanza sia per la quantità dei beni tassati che per il fatto che si estese, nel 1940, anche alle prestazioni di servizi; da tale anno questa imposta assunse il nome di IGE (Imposta Generale sulle Entrate). Nel 1973, con l'organica riforma del sistema tributario che coinvolse sia le imposte dirette che quelle indirette, nacque l'IVA (Imposta sul Valore Aggiunto), che assorbì le precedenti imposte di consumo e l'IGE. Tale riforma mantenne le principali imposte sui trasferimenti di ricchezza, quali l'imposta sulle successioni e donazioni, l'imposta di registro, le imposte di fabbricazione, le tasse di concessione governativa (vale a dire tasse dovute allo Stato dai beneficiari di determinati provvedimenti amministrativi o di autorizzazioni, concessioni, licenze e simili) e altri tributi diversi. La cosiddetta legge di stabilità 2014 (n. 147/2013) ha inoltre introdotto la IUC (Imposta Unica Comunale), importante tributo locale che ha in parte assorbito precedenti tributi, articolato in tre diverse imposte locali con differenti presupposti impositivi, vale a dire l'IMU (Imposta Municipale Unica, che tassa il possesso degli immobili), la TARI (Tassa sui Rifiuti, che ha sostituito le precedenti TARSU, TIA e TARES), e la TASI (Tassa sui Servizi Indivisibili, che è tesa a coprire i servizi indivisibili forniti dal Comune, quali l'illuminazione, la sicurezza stradale, la gestione degli impianti e delle reti pubbliche, ed altro). E' da dire che la IUC, essendo articolata in tre diversi tributi, ha da un lato natura di imposta patrimoniale, con caratteristiche quindi di imposta diretta (in quanto include l'IMU che colpisce il possesso del patrimonio immobiliare) e dall'altro di imposta indiretta, tassando l'utilizzo di alcuni servizi, non collegati in modo diretto, quindi, alla capacità contributiva del fruitore degli stessi (in quanto in effetti TASI e TARI sono imposte su determinati servizi indistintamente forniti dal Comune). Ulteriori imposte locali indirette sono l'Imposta sulla Pubblicità, i Diritti di affissione pubbliche, Contributi ed Oneri di Urbanizzazione, ed altre.

La riscossione delle imposte sopra indicate, qualora il pagamento sia omesso in tutto o in parte, può essere demandata ai Concessionari della riscossione dei tributi, che esercitano tale attività a

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

mezzo emissione di cartelle di pagamento, discendenti dalle relative iscrizioni a ruolo (ruoli che possono essere ordinari o straordinari), cartelle che, decorsi 60 giorni dalla notifica, acquisiscono la caratteristica di veri e propri titoli esecutivi.

(a cura di M.S.)

A	Categoria	IVA DI RIVALSA
B	Classe	privilegio speciale
C	Artt. privilegio:	2758 C.C.
D	Documentazione:	fatture - note proforma
E	Attività di verifica:	Si tratta di privilegio speciale, per cui l'IVA di rivalsa viene soddisfatta integralmente se il bene che assiste il privilegio viene rinvenuto nell'attivo e se, dalla vendita dello stesso, vengono ricavate somme sufficienti per garantire il soddisfacimento del privilegio speciale. In caso di non acquisizione del bene oppure nell'ipotesi di ricavo, in sede di vendita, insufficiente alla copertura del credito per IVA, detto credito, in tutto o in parte, viene degradato al rango di chirografo, con conseguente soddisfazione nella percentuale che risulterà a favore dei chirografari.
F	Possibili problematiche:	occorre distinguere tra fornitori che hanno già emesso fattura e fornitori che, per contro, non hanno ancora emesso fattura. Per i fornitori che hanno emesso fattura, in sede di riparto l'IVA di rivalsa privilegiata sarà soddisfatta soltanto se il bene cui si ricollega l'IVA viene acquisito all'attivo della procedura e se dalla vendita dello stesso saranno ricavate somme sufficienti per il pagamento. In caso contrario il credito sarà degradato al chirografo con conseguente emissione di nota di variazione. Nel caso di fornitore di prestazione di servizi, non potendo essere normalmente rinvenuto il bene al quale è ricollegabile l'IVA, il credito per detta imposta subisce il degrado a credito chirografario. Nel caso di professionisti, che emettono fattura al momento del pagamento a seguito di riparto, l'imposta sul valore aggiunto sarà ammessa al concorso a presentazione fattura con il rango dei crediti chirografari. In dottrina e giurisprudenza si riscontrano due posizioni: 1) credito IVA che sorge con la conclusione della prestazione professionale (si vedano Cass. 12.6.2008, n. 15690 confermata da Cass. 11.4.2011, n. 8222 e da Cass. 14.2.2011, n. 3582); 2) credito IVA che sorge all'atto del pagamento del corrispettivo, momento nel quale deve essere emessa la fattura (artt. 6 e 21 d.P.R. 633/1972).
G	Proposta tipo:	Si eccepisce la non individuabilità dei beni su cui esercitare il privilegio speciale chiesto per la rivalsa dell'IVA esposta in fattura, trattandosi di servizi e/o beni non individuati né individuabili, e si propone l'ammissione del relativo importo in via chirografaria.

(a cura di M.M.V.)

IVA DI RIVALSA (PER FONITURE, PER PRESTAZIONI DI SERVIZI, SU COMPENSI PROFESSIONALI)

La fattispecie concernente l'Imposta sul Valore Aggiunto di rivalsa per forniture, prestazioni di servizi e compensi professionali è espressamente considerata dall'art. 2758 C.C.

In particolare, al 2° comma della norma menzionata è previsto che i crediti di rivalsa verso il cessionario ed il committente previsti dalle norme relative all'I.V.A. abbiano privilegio speciale sui beni che hanno formato oggetto della cessione o ai quali si riferisce il servizio.

Nell'ambito delle procedure concorsuali si pone la questione legata alla degradazione al chirografo dei crediti di rivalsa in discorso tutte le volte che non sia possibile individuare nella massa attiva i beni oggetto della cessione o ai quali si riferisce il servizio reso.

La problematica riguarda principalmente la sussistenza del privilegio qualora siano oggetto della cessione beni fungibili o il servizio si riferisca a beni fungibili. In proposito la giurisprudenza è orientata a ritenere che per l'applicazione del privilegio la norma di riferimento contenuta nel menzionato art. 2758 non richieda la "non fungibilità" del bene, e che debba dunque essere accertata in concreto l'esistenza del bene oggetto del privilegio, che può permanere nella massa attiva nella sua individualità ove non consumato o non confuso con altri beni. A tal proposito, si ritiene che costituisca onere del creditore, da adempiersi in sede di domanda di ammissione al passivo, quello di indicare non solo il titolo del privilegio speciale richiesto, ma anche il bene costituente l'oggetto specifico del diritto di prelazione.

Si rileva peraltro che, sotto il profilo del riconoscimento del privilegio speciale qui in esame, l'avvenuta insinuazione al passivo del credito in via privilegiata non impedisce la degradazione al chirografo del credito stesso, qualora non sia possibile individuare nell'attivo liquidato il corrispettivo effettivamente realizzato con la cessione dei beni cui il privilegio invocato dal creditore, e originariamente ammesso, si riferiva, posto che è al momento del riparto che si deve accertare l'effettivo rango che spetta al creditore (cfr. Cass., sez. un., 20 dicembre 2001, n. 16060). L'istituto ha assunto particolare rilievo nelle fattispecie di concordato preventivo, posto che la giurisprudenza ha ritenuto soggetto a pagamento integrale nell'ambito della proposta concordataria anche il suddetto privilegio speciale, sebbene il bene gravato dal privilegio stesso non sia presente nel patrimonio del debitore, fatta salva comunque l'applicabilità dell'art. 160, comma 2°, L.F., ai fini della degradazione al chirografo del credito privilegiato sulla base di perizia giurata che indichi l'incapienza o l'insussistenza del bene sul quale il privilegio dovrebbe esercitarsi (cfr. Cass., 6 novembre 2013, n. 24970).

(a cura di G.B.)

A	Categoria	IPOTECA (CREDITO ASSISTITO DA)
B	Classe	prelazione ipotecaria
C	Artt. privilegio:	2808 C.C.
D	Documentazione:	iscrizione ipotecaria; titolo che ha determinato l'iscrizione; documentazione attestante il credito.
E	Attività di verifica:	accertare che l'ipoteca si sia consolidata ex art. 67, comma 1, L.F.; verificare che nell'iscrizione sia indicato il capitale garantito, l'entità delle spese e la misura degli interessi.
F	Possibili problematiche:	verificare che non sia richiesto in via ipotecaria più di quanto garantito dall'iscrizione; ove siano richiesti, ad esempio, interessi superiori al tasso legale, verificare che sia stata indicata la relativa misura nell'iscrizione ipotecaria e che non siano chieste per interessi più annualità oltre a quelle previste ex art. 2855 C.C.. Nell'ipotesi che sia stata radicata procedura esecutiva immobiliare, valutare se farne dichiarare l'interruzione o meno. Come per il credito fondiario, individuare l'“anno in corso” verificando se il fallimento sia stato preceduto da pignoramento e in questo caso andare a ritroso da tale momento per il calcolo degli interessi biennali. Sull'applicazione dell'art. 2855 C.C. le problematiche sono le medesime trattate per il credito fondiario.
G	Proposta tipo:	Trattasi di credito sorto a seguito dell'erogazione di un mutuo, garantito da contestuale iscrizione ipotecaria. Si propone l'ammissione del credito di € xxxx al rango ipotecario, si esclude la differenza per interessi poiché la relativa misura non è stata iscritta (o si riduce poiché è superiore alle due annualità anteriori a quella in corso alla data del fallimento ex art. 2855 C.C.).

(a cura di M.M.V.)

IPOTECA

Ai sensi dell'art. 2808 C.C. l'ipoteca è un diritto reale di garanzia che attribuisce al creditore il potere di espropriare il bene sul quale l'ipoteca è costituita (così detto *jus distrahendi*) e di essere soddisfatto con preferenza sul ricavato dell'espropriazione (così detto *jus praelationis*).

La norma attribuisce espressamente al creditore il così detto diritto di sequela, chiarendo che il potere di espropriare è esercitabile anche nei confronti del terzo acquirente del bene.

Secondo l'art. 2909 C.C. l'ipoteca ha il carattere della specialità, perché può essere costituita solo su beni "specialmente" indicati, per una somma determinata in denaro, nonché della indivisibilità, perché grava per intero su tutti i beni vincolati, su ciascuno di essi e su ogni loro parte. In questo senso, se sono vincolati più beni, il creditore può a sua scelta far espropriare uno qualsiasi di essi.

L'ipoteca si costituisce mediante iscrizione nei pubblici registri immobiliari; e la pubblicità dell'ipoteca ha carattere costitutivo.

Il diritto di ottenere l'iscrizione a favore del creditore nasce per accordo tra le parti, nel caso di ipoteca volontaria (cfr. art. 2821 C.C.), per legge, se si tratta di una fattispecie di ipoteca legale (cfr. art. 2817 C.C.), per provvedimento del giudice, se costituisce titolo per iscrivere l'ipoteca giudiziale (cfr. art. 2818 C.C.), o per provvedimento degli arbitri (cfr. art. 2819 C.C.).

L'ipoteca può gravare su beni immobili, sul diritto di usufrutto degli stessi, sul diritto di superficie, secondo quanto previsto dall'art. 2810 C.C., che dichiara capaci di ipoteca anche le rendite dello Stato, le navi, gli aeromobili e gli autoveicoli, a norma delle leggi che li riguardano, chiarendo che i privilegi iscritti sugli autoveicoli a norma della legge speciale sono da considerarsi ipoteche.

Ogni iscrizione ipotecaria riceve un numero d'ordine che determina il grado dell'ipoteca, che ha importanza fondamentale, posto che il creditore che ha ipoteca di grado successivo non può essere soddisfatto se non dopo l'integrale soddisfazione del creditore ipotecario di grado precedente. È possibile che vi siano ipoteche iscritte nel medesimo grado, qualora più creditori presentino contemporaneamente la nota di iscrizione contro la stessa persona e sui medesimi beni. In questa ipotesi ciascun creditore concorre in proporzione all'importo del proprio credito.

Lo scambio di grado tra creditori ipotecari è ammesso, purché lo scambio stesso non leda i creditori aventi ipoteche di grado successivo.

A norma dell'art. 2812 C.C. i diritti di usufrutto, uso e abitazione che insistono sul bene ipotecato si estinguono con l'espropriazione del bene stesso, salva la facoltà dei titolari di detti diritti reali di far valere le loro ragioni sul ricavato, con preferenza rispetto alle ipoteche iscritte posteriormente alla trascrizione dei diritti reali medesimi.

Secondo l'art. 2825-bis C.C., poi, l'ipoteca iscritta a garanzia del credito fondiario prevale sulla trascrizione anteriore di contratti preliminari, limitatamente alla quota di debito derivante dal finanziamento fondiario che il promissario acquirente si sia accollata con il contratto preliminare o con atto successivo.

È tassativamente previsto dall'art. 2826 C.C. che nell'atto di concessione dell'ipoteca sia specificamente designato l'immobile "con l'indicazione della sua natura, del comune in cui si trova, nonché dei dati di identificazione catastale".

Per quanto concerne la somma per cui è eseguita l'iscrizione ipotecaria, l'art. 2838 C.C. chiarisce che, in caso di divergenza tra la somma enunciata nell'atto in base al quale è eseguita l'iscrizione e quella enunciata nella nota per l'iscrizione, l'iscrizione stessa ha efficacia per la somma minore.

In relazione agli atti dispositivi del credito garantito dall'ipoteca, e in particolare alle ipotesi di cessione e surrogazione, l'art. 2843 C.C. impone l'annotazione della trasmissione o del vincolo

dell'ipoteca in margine all'iscrizione, disponendo che l'evento non abbia effetto finché l'annotazione stessa non sia stata eseguita.

L'iscrizione dell'ipoteca, a norma dell'art. 2847 C.C., conserva il suo effetto per venti anni. Prima che sia decorso questo termine, per impedire il verificarsi dell'estinzione dell'iscrizione è possibile eseguire la rinnovazione.

Diversamente dall'estinzione degli effetti dell'iscrizione ipotecaria, che si verifica, come detto, decorsi venti anni dall'iscrizione, e che non esclude il diritto ad una nuova iscrizione, la vera e propria estinzione del diritto di ipoteca si verifica per cancellazione (cfr. art. 2878 C.C.), per l'estinzione del credito garantito (cfr. art. 2878 C.C.), per rinuncia del creditore (cfr. art. 2878 C.C.), con la pronuncia del provvedimento che trasferisce all'acquirente il diritto espropriato (cfr. art. 2878 C.C.) o per prescrizione (cfr. art. 2880 C.C.).

La cancellazione dell'ipoteca può essere consentita dal creditore o ordinata dal giudice; essa è eseguita a margine della relativa iscrizione.

(a cura di G.B.)

A	Categoria	LAVORO SUBORDINATO
B	Classe	privilegio generale
C	Artt. privilegio:	2751- <i>bis</i> n. 1 C.C.
D	Documentazione:	buste paga; conteggi elaborati da terzi
E	Attività di verifica:	verificare la corrispondenza delle somme chieste alle risultanze della busta paga elaborata dalla fallita o, in difetto, la corretta elaborazione dei conteggi allegati alla domanda in base al contratto di lavoro applicabile e alle prestazioni effettuate
F	Possibili problematiche:	<ul style="list-style-type: none">- il creditore chiede l'intero importo lordo risultante in busta paga, mentre devono essere trattenute le contribuzioni previdenziali a carico del dipendente, che saranno oggetto della domanda di ammissione presentata dall'istituto di previdenza;- il creditore non differenzia il credito per T.F.R. accantonato in azienda da quello versato al fondo complementare: il primo è un debito della fallita e va ammesso al concorso; il secondo è un credito del dipendente verso il fondo complementare e non essendo un debito della fallita (che con il versamento al fondo ha assolto al proprio onere) non deve essere ammesso al concorso;
G	Proposta tipo:	Trattasi di credito da lavoro subordinato verificato sulla base delle buste paga della fallita [dei conteggi elaborati dall'istante] da ammettere al passivo in via privilegiata ex art. 2751- <i>bis</i> n. 1 C.C. al netto delle ritenute previdenziali a carico del dipendente e al lordo delle ritenute fiscali, che saranno operate in sede di riparto in base all'aliquota in allora vigente; si precisa che il credito ammesso a titolo di T.F.R. ammonta a € xxxx al netto della quota già versata al fondo di previdenza complementare [nome fondo], pari a € xxxx, che non rappresenta un debito della fallita; il tutto oltre a rivalutazione dal xx/xx/xx alla data di esecutività dello stato passivo ed interessi legali dal xx/xx/xx sino al deposito del primo progetto di riparto anche solo parzialmente satisfattivo.

(a cura di M.M.V.)

IL RAPPORTO DI LAVORO SUBORDINATO

Con la stipulazione di un contratto di lavoro subordinato il lavoratore offre al datore di lavoro (persone fisiche, persone giuridiche, imprenditori e non) la propria prestazione lavorativa, dietro il versamento, da parte di quest'ultimo, della retribuzione. E', dunque, lavoratore subordinato colui che "si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore" ex art. 2094 cc.

Ex art. 4-*bis* del D.Lgs 181/2000, i datori di lavoro privati e gli enti pubblici economici sono obbligati a consegnare ai lavoratori una copia della comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro, cioè una copia del contratto individuale di lavoro che contenga tutte le informazioni previste dal D.Lgs. 152/1997 (identità delle parti, luogo di lavoro, sede o domicilio del datore di lavoro, data inizio rapporto, durata periodo di prova se previsto, inquadramento, importo iniziale della retribuzione e relativi elementi costitutivi, periodo di pagamento, durata delle ferie e modalità di determinazione e fruizione delle ferie e orario di lavoro).

Il rapporto di lavoro subordinato può essere: a tempo indeterminato, se nel contratto di lavoro stipulato non è previsto un termine di cessazione; oppure a tempo determinato o a termine, se il datore di lavoro e il lavoratore stabiliscono che il rapporto di lavoro duri fino ad una data stabilita. Se, invece, si pone attenzione alla modalità temporale di svolgimento della prestazione di lavoro dipendente si parla di lavoro "Full Time", cioè a tempo pieno, quando la durata complessiva della prestazione lavorativa – che sia giornaliera, settimanale o mensile – coincide con quella stabilita dal contratto collettivo nazionale (CCNL) relativo alla categoria di lavoratori considerata; oppure "Part Time", cioè tempo parziale, quando la durata complessiva della prestazione lavorativa è ridotta ordinariamente del 50% rispetto a quella stabilita dal contratto collettivo nazionale relativo alla categoria di lavoratori considerata.

Il lavoratore dipendente, si è detto, percepisce una retribuzione in cambio della prestazione lavorativa prestata. Tutte le somme e i valori che i datori di lavoro erogano ai dipendenti costituiscono, sotto il profilo fiscale, redditi da lavoro dipendente. Fanno parte di questi redditi anche i beni o altri benefici che il lavoratore riceva dal datore di lavoro per esigenze connesse all'attività lavorativa (*fringe benefits*, ad es. uso dell'autovettura aziendale, beni prodotti dall'azienda e venduti a prezzo scontato, uso gratuito dell'abitazione ecc.). I redditi da lavoro dipendente sono soggetti a tassazione sul reddito delle persone fisiche (IRPEF); il datore di lavoro agisce quale sostituto d'imposta in quanto trattiene mensilmente dalla retribuzione lorda dovuta al lavoratore, come risultante in busta paga, le somme corrispondenti al prelievo fiscale e le versa allo Stato. Al lavoratore viene così corrisposta una retribuzione netta, ossia detratto il prelievo fiscale.

Il reddito lordo maturato dal lavoratore rappresenta la retribuzione sulla quale sono calcolati i contributi previdenziali; con riferimento a questi ultimi il datore di lavoro preleva una somma dalla retribuzione per poi versarla all'INPS.

La normativa vigente in materia prevede quali somme siano escluse dalla retribuzione imponibile (ad es. le somme corrisposte a titolo di trattamento di fine rapporto (TFR); l'incentivazione all'esodo ecc.).

In base all'art. 10 del D.Lgs. n. 66/2003 il lavoratore ha diritto ad un periodo annuale di ferie retribuite non inferiore a quattro settimane. Tale periodo non può essere sostituito dall'indennità per ferie non godute, eccetto che nel caso di scioglimento del rapporto di lavoro.

Quanto detto non esclude che possa essere qualificato come rapporto di lavoro subordinato anche un rapporto qualificato in modo differente dal datore di lavoro, o un rapporto per cui non esista

un contratto scritto. E' pacifico in giurisprudenza l'orientamento che ritiene siano indici di subordinazione l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione predisposta dal datore di lavoro, la sottoposizione del lavoratore alle attività direttive tecniche, al controllo e al potere disciplinare del datore di lavoro, l'esclusività della dipendenza da un solo datore, le modalità di retribuzione, il vincolo dell'orario lavorativo, l'assenza di rischio d'impresa, l'altruità dei mezzi di produzione o con i quali si effettua l'attività lavorativa.

Con la riforma Biagi (legge 276/2003), sono stati introdotti i cc.dd. *"lavoratori a progetto"* (CO.CO.PRO.). Il contratto a progetto deve essere stipulato per iscritto (diversamente si trasforma automaticamente in contratto di lavoro subordinato); deve contenere l'indicazione del progetto, la durata, il corrispettivo, le forme di coordinamento al committente, le misure per la tutela della salute e sicurezza del collaboratore. Questi rapporti per essere configurati come lavoro autonomo e non subordinato devono essere riconducibili ad uno o più progetti specifici (attività produttiva ben identificabile e funzionalmente collegata ad un determinato risultato finale) o programmi di lavoro (tipo di attività cui non è direttamente riconducibile un risultato finale) o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, con l'organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa. La legge 28 giugno 2012, n. 92, cd. Legge Fornero, ha previsto una presunzione *juris tantum* di subordinazione del rapporto di lavoro nel caso in cui si dimostri che "l'attività del collaboratore sia svolta con modalità analoghe a quella svolta dai lavoratori dipendenti dall'impresa committente". Da ultimo va segnalata la complessa riforma del mercato del lavoro in corso di elaborazione da parte del Governo Renzi con il cd. *"Jobs act"*, che prevede, tra l'altro, un *contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*.

Il rapporto di lavoro subordinato può cessare per recesso del lavoratore (dimissioni), recesso del datore di lavoro (c.d. licenziamento), risoluzione consensuale, scadenza del termine nei contratti a tempo determinato, morte del lavoratore, impossibilità sopravvenuta della prestazione e forza maggiore.

(a cura di A.G.)

A	Categoria	LEASING (LOCAZIONE FINANZIARIA)
B	Classe	chirografo (o prededuzione)
C	Artt. privilegio:	///
D	Documentazione:	contratto, giustificativi rate insolute
E	Attività di verifica:	se il rapporto non è stato risolto prima del fallimento, valutare se è interesse del Fallimento procedere o meno allo scioglimento del contratto; verificare l'esistenza del bene; verificare in contabilità le rate insolute e in ipotesi quando sono stati fatti i pagamenti anche ai fini dell'eventuale revocatoria ove non avvenuti nei termini d'uso (sussistendone gli ulteriori presupposti).
F	Possibili problematiche:	<p>se non si procede allo scioglimento del contratto, i canoni scaduti e a scadere ed il prezzo di riscatto andranno soddisfatti in prededuzione, acquisendo così la Procedura la proprietà del bene ai fini della vendita; se si procede allo scioglimento del contratto, il concedente può insinuarsi per i canoni scaduti e per la parte capitale del credito residuo, avendo diritto alla restituzione del bene e potendo vantare un privilegio "sostanziale" di esenzione dal concorso per quest'ultima parte del credito, che può soddisfare con la vendita o diversa allocazione del bene a valori di mercato, nei limiti della differenza tra quanto vantato e il ricavato della vendita. In ipotesi potrebbe residuare un credito a favore della massa. Una pronuncia della Corte di cassazione (4862/2010) afferma il principio per cui il concedente ha esclusivamente diritto alla restituzione immediata del bene e ad insinuare al passivo i crediti scaduti oltre al diritto di credito eventuale, da esercitarsi mediante successiva insinuazione al passivo, nei limiti in cui, venduto o altrimenti allocato il bene a valori di mercato, dovesse riscontrarsi una differenza tra il credito vantato alla data del fallimento e la minor somma ricavata dalla allocazione del bene.</p> <p>Per i contratti risolti ante fallimento, si contrappongono tre orientamenti: a) quello che reputa applicabile in via analogica l'art. 72-<i>quater</i> L.F.; b) quello che reputa invece applicabile in via analogica l'art. 1526 C.C., riproponendo la distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo e riducendo ad equità l'eventuale clausola penale eccessiva ex art. 1526, secondo comma, C.C. (Cass. 888/2014); c) quello che, con riferimento ai contratti che prevedano una disciplina completa anche delle conseguenze della risoluzione (praticamente quasi tutti), reputa applicabile solo questa disciplina negoziale, salva l'applicazione anche <i>ex officio</i> del potere di riduzione equitativa della penale</p>

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

		eccessiva ex art. 1384 C.C..
G	Proposta tipo:	Sulla domanda di rivendica (ove rinvenuto il bene) si dispone la restituzione ovvero si rigetta per non essere stato rinvenuto il bene. Sulla domanda di ammissione al passivo dei canoni: si ammette al chirografo per Euro xxxx, per canoni scaduti e al chirografo per Euro xxxx per canoni a scadere defalcati degli interessi, salva la riduzione dell'importo dei canoni a scadere all'esito della liquidazione/vendita del bene da parte del creditore.

(a cura di M.M.V.)

LEASING

Il leasing è uno schema contrattuale, di derivazione anglosassone, notevolmente diffuso anche in Italia. Il legislatore non detta una disciplina organica del leasing: si tratta, dunque, di un contratto ancora normativamente atipico, benchè ormai ampiamente standardizzato nella prassi (tanto è vero che il legislatore lo ha espressamente preso in considerazione all'art. 72-*quater* L.F.)

Alla base del leasing vi è sempre un'esigenza finanziaria. Un soggetto, l'utilizzatore, che può essere sia un imprenditore, sia un professionista, sia infine un consumatore, avendo *bisogno* di un bene (solitamente un bene strumentale, macchinari, immobili e autovetture), si rivolge a un intermediario autorizzato all'esercizio di tale attività (o allo stesso costruttore del bene), chiedendo di dargli in godimento il bene medesimo, dietro pagamento di un canone periodico.

Si può distinguere pertanto un leasing di impresa, che ha ad oggetto beni strumentali, un leasing di consumo, che ha ad oggetto beni di consumo durevoli (elettrodomestici e autovetture), un leasing di beni immobili (avente ad oggetto, di solito, stabilimenti industriali o studi professionali).

Il leasing si è articolato in diverse tecniche operative: leasing finanziario, leasing operativo e lease-back (o leasing di ritorno).

Nel leasing finanziario, che è la forma più diffusa e caratteristica, l'utilizzatore (detto anche concessionario o conduttore) si rivolge ad un intermediario (detto concedente o locatore), il quale acquista dal fornitore o produttore il bene che l'utilizzatore vuole; il fornitore o il produttore e il bene sono individuati dall'utilizzatore, il quale concorda l'intero contenuto del contratto tra l'intermediario e il fornitore o produttore. L'intermediario concede poi in godimento il bene all'utilizzatore, dietro corresponsione di un canone periodico, per un tempo determinato (che nel caso di beni strumentali tende a coincidere con la vita economico-tecnica del bene medesimo). L'utilizzatore si assume il rischio di perimento o di cattivo funzionamento del bene. All'utilizzatore è riconosciuta una opzione per l'acquisto del bene, alla scadenza del contratto, per un prezzo residuo predeterminato, prezzo che può essere più o meno elevato, secondo che si tratti di beni strumentali di veloce obsolescenza ovvero di beni di consumo durevoli (ad esempio, autovetture). Se l'utilizzatore non esercita l'opzione di acquisto del bene, può restituire il bene oggetto del leasing, oppure concordare una proroga del contratto, proseguendo il pagamento dei canoni.

Nel leasing finanziario vi è, pertanto, un rapporto trilaterale (utilizzatore, intermediario finanziatore, fornitore o produttore). Il contratto di leasing e il contratto di compravendita o di appalto sottostanti vanno però tenuti distinti.

Dal leasing finanziario differisce il leasing operativo, nel quale è lo stesso fornitore o produttore a concedere in godimento il bene. Nel leasing operativo il rapporto è dunque bilaterale.

Il leasing presenta elementi tipici sia della locazione, sia della vendita con riserva di proprietà, sia del mutuo, ma si differenzia nettamente da ciascuno di essi.

L'esperienza giurisprudenziale ha consentito di isolare due tipologie di leasing: il leasing di godimento e il leasing traslativo. Nel primo, che generalmente ha a oggetto un bene a rapida obsolescenza, l'interesse dell'utilizzatore si esaurisce, di solito, con il consumarsi del periodo contrattualmente stabilito per il godimento del bene. In questo caso, l'utilizzatore non ha interesse all'esercizio dell'opzione di acquisto, in quanto il bene ha perduto la sua utilità o il suo valore. Viceversa, nel leasing traslativo, che ha ad oggetto beni di consumo durevoli, il bene medesimo conserva, alla data di cessazione del contratto, un certo valore (spesso anche elevato) economico e una rilevante utilità. Di conseguenza, l'utilizzatore, di regola, ha interesse all'esercizio dell'opzione di acquisto, il cui prezzo è inferiore al valore residuo del bene. In questa tipologia di leasing emerge la causa del contratto di vendita, piuttosto che la causa della locazione.

La differenza tra le due forme di leasing è rilevante in caso di risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore. Nel leasing di godimento la giurisprudenza ritiene applicabile l'art. 1458 C.C. (effetti della risoluzione nei contratti ad esecuzione continuata o periodica) e dunque l'impresa di leasing può trattenere i canoni ed esigere a titolo di risarcimento del danno i canoni ulteriori e il prezzo di opzione (Cass., sez. un., 7 gennaio 1993, n. 65). Nel leasing traslativo, la giurisprudenza ritiene invece applicabile l'art. 1526 C.C. (risoluzione del contratto nella vendita con riserva di proprietà) e pertanto il concedente deve restituire i canoni di locazione percepiti (che incorporano una parte del prezzo di acquisto), ma ha diritto a un equo compenso per l'uso della cosa da parte dell'utilizzatore, oltre al risarcimento del danno.

Diverso dalle figure di leasing sopra indicate è il lease back. In quest'ultimo caso un imprenditore vende i propri beni (immobili, strumentali o anche l'intero complesso aziendale) a una società di leasing, che ne paga il prezzo. Contestualmente, tra la società di leasing e l'imprenditore è stipulato un contratto di leasing avente ad oggetto gli stessi beni, che restano in godimento all'alienante, dietro il pagamento di un canone per il periodo prefissato, con facoltà, a favore dell'alienante medesimo, di riacquistare la proprietà dei beni dietro pagamento del prezzo finale, ovvero di prorogare il contratto ovvero di consegnare definitivamente i beni alla società di leasing. La liceità dell'operazione di lease back è stata in passato contestata, in quanto la si è ritenuta assimilabile alla vendita a scopo di garanzia, che secondo la giurisprudenza ricadrebbe nel divieto di patto commissorio. I dubbi sembrano oggi superati e si reputa che il lease back, salvo le circostanze del caso concreto, non sia contrastante con il divieto di patto commissorio.

Nel 2006 è stata introdotta una specifica disciplina degli effetti del fallimento sui contratti di leasing pendenti. L'art. 72-*quater* L.F. prevede che in caso di fallimento dell'utilizzatore, si applica la regola generale, secondo cui il contratto rimane sospeso finché il curatore non decide di subentrarvi o risolverlo, mentre se è disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa, il contratto prosegue, salvo che il curatore decida altrimenti. In caso di scioglimento, il concedente ha diritto a trattenere i canoni già riscossi, che se pagati nei termini d'uso non sono revocabili, ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a versare alla curatela l'eventuale differenza tra la maggiore somma ricavata dalla eventuale vendita o da altra collocazione del bene rispetto al credito residuo in linea capitale.

In caso di fallimento del concedente, il contratto prosegue automaticamente e l'utilizzatore conserva la facoltà di acquistare il bene alla scadenza, previo pagamento dei canoni e del prezzo pattuito.

(a cura di M.A.)

A	Categoria:	LEGGE SABATINI (sconto di cambiali <i>pro-solvendo</i> ex L. 1329/1965)
B	Classe:	privilegio speciale
C	Artt. privilegio	art. 2762 C.C., artt. 6 e 10 L. 1329/1965
D	Documentazione:	contratto di finanziamento o apposito contratto stipulato per iscritto e avente data certa; atto di costituzione di garanzia; trascrizione nell'apposito registro presso il Tribunale ex art. 1524 C.C.; effetti cambiari in originale.
E	Attività di verifica:	<p>verificare:</p> <ul style="list-style-type: none"> - se il credito sia scaduto; - se il privilegio risulti da atto scritto (contratto di finanziamento o apposito contratto) avente data certa anteriore al fallimento; - se nell'atto di costituzione di garanzia siano descritti i beni e crediti vincolati, i soggetti dell'operazione, l'ammontare e le condizioni del finanziamento e la somma di danaro per cui il privilegio viene assunto; - se il privilegio sia stato trascritto nell'apposito registro presso il Tribunale ex art.1524 C.C.; - se sugli effetti cambiari sia indicata la causale; - se il bene su cui deve essere esercitato il privilegio sia munito del contrassegno identificativo del bene stesso e l'indicazione del venditore o locatore.
F	Possibili problematiche:	<p>per concorde giurisprudenza, in mancanza del complesso meccanismo di identificazione, contrassegno dei beni e trascrizione del contratto, sopra descritto, viene meno il sistema delle garanzie fornite dalla Legge Sabatini, che determina la perdita del privilegio, ma non fa venir meno l'atto di vendita tra le parti, che è un contratto autonomo e rimane pienamente valido ed efficace (Cass. 23 giugno 2014, n. 14226).</p> <p>Il credito portato dagli effetti scontati può, quindi, essere o meno assistito dal privilegio speciale di cui all'art. 2762 C.C., a seconda che sussistano o meno i presupposti richiesti dall'art. 1 della Legge Sabatini. Trattandosi di privilegio speciale, da esercitarsi sui beni oggetto del finanziamento, ai fini del suo riconoscimento - secondo alcuni Giudici (anche del Tribunale di Milano) - i beni dovrebbero essere stati inventariati dalla procedura. A tal proposito si ricorda, però, che la Corte di cassazione a seguito della sentenza delle SS.UU. del 20 dicembre 2001, n. 16060, ha adottato l'orientamento secondo cui l'ammissione al passivo fallimentare non presuppone, ove si tratti di privilegio speciale su determinati beni, nè l'attuale esistenza degli stessi, nè che questi siano già stati acquisiti alla massa, con la conseguenza che deve</p>

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

		demandarsi alla fase del riparto la verifica della sussistenza o meno dei beni stessi, da cui dipenderà l'effettiva realizzazione del privilegio speciale (Cass., 21 giugno 2012, n. 10387; Cass., 24 marzo 2011 n. 6849; Cass., 24 ottobre 2005, n. 20550; Cass. SS.UU. 20 dicembre 2001, n. 16060). In tutti i casi, l'ammissione del credito al passivo del correntista scontatario è subordinata alla duplice condizione che il credito ceduto sia scaduto (diversamente, il credito deve essere ammesso con riserva ex art. 55 L.F.) e della consegna al curatore delle cambiali in originale.
G	Proposta tipo:	Trattandosi di credito scaduto derivante da sconto di cambiali <i>pro solvendo</i> fondato su contratto di finanziamento di cui alla "Legge Sabatini", validamente costituito prima della dichiarazione di fallimento e opponibile alla procedura in quanto risultante da scrittura avente data certa e trascritto sull'apposito registro di cancelleria, portato da effetti consegnati in originale al curatore sui quali è indicata la causale e riferiti all'acquisto di veicoli sui quali è apposto il contrassegno previsto dalla predetta legge, si propone l'ammissione al privilegio ex artt. 2762 C.C., 6 e 10 L. 1329/1965 per € xxx, come da domanda.

(a cura di G.R.)

LEGGE SABATINI

La “Legge Sabatini” (n. 1329 del 1965) prevede un regime giuridico di facilitazioni per l’ottenimento di finanziamenti destinati all’acquisto di macchine utensili o di produzione.

A tal fine, è prevista la rateizzazione del finanziamento per l’acquisto del bene tramite lo sconto di effetti con apertura di una pratica presso un Istituto di Credito, convenzionato con il Mediocredito Centrale, che anticipa all’acquirente l’importo portato dagli effetti stessi e, in caso di mancato pagamento di questi ultimi alle scadenze pattuite, può rivalersi, nel caso di clausola *pro-solvendo*, sia verso l’acquirente che verso il venditore.

L’operazione Sabatini consente perciò al venditore l’incasso immediato del prezzo della fornitura ed al compratore un pagamento dilazionato, beneficiando spesso di un contributo sugli interessi. L’art. 1 della Legge Sabatini stabilisce che il venditore che vuole godere dei benefici previsti da tale legge deve applicare, in una parte essenziale e ben visibile della macchina, “un contrassegno recante l’indicazione del nome del venditore o locatore, del tipo di macchina, del numero di matricola della stessa, dell’anno di fabbricazione e del tribunale nella cui circoscrizione viene stipulato il contratto”. Il contratto deve, inoltre, essere stipulato con atto pubblico o scrittura privata autenticata e trascritto su un apposito registro di cancelleria. In presenza dei sopra citati presupposti, possono essere emesse, in favore del venditore delle macchine contrassegnate, cambiali garantite dal privilegio previsto dall’art. 2762 C.C. e dall’art. 6 L. 1329/1965. Il privilegio opera esclusivamente sulle macchine “contrassegnate” (art. 6 L. 1329/1965) ed è opponibile ai terzi acquirenti che abbiano trascritto o iscritto l’atto in data successiva.

(a cura di G.R.)

A	Categoria:	LOCAZIONE
B	Classe:	chirografo o privilegio speciale ex art. 2764 C.C. o prededuzione
C	Artt. privilegio	2764 C.C.
D	Documentazione:	contratto, documenti relativi a canoni insoluti
E	Attività di verifica:	verificare l'avvenuta registrazione del contratto, anche ai fini della certezza della data; trattandosi di privilegio speciale è necessaria la descrizione (non tautologica) dei beni su cui si esercita; verificare la corrispondenza dei canoni insoluti con le risultanze della contabilità; valutare quanto prima l'opportunità di procedere o meno alla risoluzione del contratto.
F	Possibili problematiche:	ai fini e per gli effetti di cui all'art. 80 L.F. non si presentano problematiche particolari nell'ipotesi di fallimento del locatore. Considerare invece che, nell'ipotesi di fallimento del conduttore, qualora l'immobile locato non venga immediatamente restituito, per il periodo post fallimento i canoni godranno della prededuzione. Per i canoni maturati ante fallimento accertare, ove venga chiesto il privilegio, se nell'unità locata siano stati rinvenuti ed inventariati dei beni, poiché solo in tale ipotesi ed in relazione al ricavato di tali beni sorge il privilegio speciale ex art. 2764 C.C.. Se il credito è portato da fatture è da escludere l'IVA (Trib. Milano 10914/2005).
G	Proposta tipo:	Trattasi del credito del locatore relativo ai locali ove veniva svolta l'attività della fallita. Si propone l'ammissione al chirografo per € xxxx relativamente ai canoni scaduti, escluso il privilegio ex art. 2764 C.C. non essendo stati inventariati nei locali i beni sui quali esercitarlo §o non essendo stati specificatamente individuati i beni. [Si propone l'ammissione di € xxx al privilegio ex art. 2764 C.C.. Si ammette in prededuzione il credito di € xxxx per i canoni scaduti successivamente alla dichiarazione di fallimento e di € xxxx a titolo di indennizzo per l'anticipata risoluzione contrattuale con il privilegio di cui all'art. 2764 C.C.]. Al chirografo le spese.

(a cura di M.A.R.)

LA LOCAZIONE AD USO ABITATIVO

Con il contratto di locazione ad uso abitativo una parte (detta parte locatrice o locatore) mette a disposizione di un'altra parte (detta parte conduttrice o conduttore) un'abitazione, perché quest'ultima ne abbia il godimento dietro il versamento di un contributo economico periodico (canone di locazione) e il rimborso di spese condominiali o oneri di gestione.

Il contratto di locazione di immobili ad uso abitativo è disciplinato dalla legge 431/1998 (disciplina delle locazioni e del rilascio degli immobili adibiti ad uso abitativo) e dalla legge 392/1978, cd. Legge sull'equo canone, limitatamente agli articoli 2, 4, 5 e 7 e ulteriori provvedimenti legislativi per i casi specifici.

L'art. 1 della legge 431/1998 esclude che la disciplina in esame sia applicata a immobili vincolati o immobili di lusso, alloggi di edilizia residenziale pubblica, sottoposti a normative speciali nazionali e regionali, alloggi locati per finalità turistica e, a determinate condizioni e limitatamente per alcuni articoli di legge, contratti c.d. transitori. In tutti questi casi sarà operativa la disciplina codicistica generale inerente i contratti di locazione in combinato disposto con singole previsioni legislative speciali.

Per la validità dei contratti di locazione stipulati dopo l'entrata in vigore della L. 431/1998 ad uso abitativo è necessaria la forma scritta *ad substantiam* (art. 1, u.c., L. 431/1998).

La legge 431/1998 ha introdotto una doppia disciplina per la locazione abitativa, prevedendo i contratti convenzionati e i contratti di natura transitoria, oltre alla locazione abitativa ordinaria.

Nel caso di contratti convenzionati (art. 2, comma 3, L. 431/1998), il canone è stabilito da accordi definiti in sede locale fra le organizzazioni della proprietà edilizia e le organizzazioni dei conduttori maggiormente rappresentative. In questo caso, il contratto, che non può avere una durata inferiore ai tre anni, s'intende tacitamente rinnovato per ulteriori due anni alla scadenza, se non sia stata data tempestiva disdetta da parte di uno dei contraenti nei casi previsti. Alla seconda scadenza le parti sono libere di pattuire una durata ancora diversa. Se una delle due parti non attiva la procedura per il rinnovo a nuove condizioni o per la rinuncia al rinnovo del contratto, il contratto si rinnova tacitamente alle medesime condizioni.

I contratti di locazione di natura transitoria (art. 5 L. 431/1998) possono avere durata inferiore rispetto alla locazione ordinaria per osservare le esigenze specifiche delle parti. La legge rimanda al Governo il compito di regolare questa specifica materia. La natura transitoria del contratto deve risultare chiaramente entro il testo stesso del contratto. I decreti ministeriali 5 marzo 1999, 30 dicembre 2002 e 8 giugno 2006 regolano la materia, fissando i criteri per la quantificazione del canone. Le parti possono stipulare locazioni la cui durata oscilla tra uno e diciotto mesi, prorogabili a 36 in caso di locazione a studenti universitari.

Si parla, invece, di contratti di locazione abitativa ordinaria (art. 2 L. 431/1998) per tutti i contratti ad uso abitativo che non rientrino nelle tipologie finora esaminate. Hanno una durata minima di quattro anni e alla scadenza sono rinnovati per altri quattro. Anche per questa fattispecie di contratti, se alla seconda scadenza una parte non comunica all'altra la scadenza del contratto, il contratto s'intende tacitamente rinnovato alle medesime condizioni.

Per tutti i tipi di contratto di locazione ad uso abitativo il locatore può dare disdetta soltanto dopo la prima scadenza e nei casi tassativamente previsti dall'art. 3 della L. 431/1998.

Ove non sia previsto diversamente e per iscritto nel contratto, dopo la prima scadenza il conduttore può recedere in qualsiasi momento, previa comunicazione scritta al locatore con anticipo di sei mesi; il conduttore può, invece, recedere dal contratto anche entro la prima

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

scadenza, a condizione che sussistano gravi motivi (artt. 2 e 4 L. 431/1998), a prescindere da eventuali condizioni più restrittive previste contrattualmente.

E' nulla ex art. 7 L. 392/1978 la clausola che preveda lo scioglimento del contratto in caso di vendita dell'immobile.

Gli obblighi principali del locatore sono il consegnare al conduttore la cosa locata in buono stato di manutenzione e con gli impianti a norma di legge e le certificazioni degli impianti esistenti; mantenere l'immobile in stato da servire all'uso convenuto e garantirne il pacifico godimento durante la locazione.

Gli obblighi principali del conduttore sono prendere in consegna l'immobile e servirsene per l'uso convenuto con la diligenza del buon padre di famiglia; restituire l'abitazione al termine del contratto nello stato in cui l'ha ricevuta, salvo il normale deperimento dovuto all'uso; e pagare il canone e le spese nei termini convenuti.

Il locatore può chiedere la risoluzione del contratto ex art. 1455 C.C. (inadempimento di importanza non lieve) ed è legittimato all'azione di sfratto nel caso in cui il conduttore non effettui il pagamento del canone decorsi venti giorni dalla scadenza prevista, oppure il pagamento, nel termine previsto, degli oneri accessori, quando l'importo non pagato superi quello di due mensilità del canone.

L'art. 3 della legge 431/1998 ha previsto la prelazione obbligatoria a favore del conduttore in caso di vendita dell'immobile o in caso di nuova locazione ove il locatore si avvalga, alla prima scadenza contrattuale (di quattro anni in caso di locazione ordinaria, o di tre anni in caso di contratto concordato), della facoltà di diniego del rinnovo del contratto perché intende vendere o ristrutturare l'immobile.

Sono previste altre ipotesi di prelazione legale.

(a cura di A.G.)

A	Categoria:	MANDATO
B	Classe:	privilegio speciale
C	Artt. privilegio	art. 2761 C.C.
D	Documentazione:	conferimento dell'incarico, attività svolta in esecuzione del mandato, documentazione comprovante la pattuizione del compenso, le anticipazioni, le spese e gli eventuali danni subiti in esecuzione dell'incarico
E	Attività di verifica:	verificare che il conferimento dell'incarico risulti da atto avente data certa anteriore al fallimento ex art. 2704 C.C., l'attività svolta, se vi sia pattuizione opponibile sul compenso, se vi sia prova delle spese, anticipazioni e danni di cui si chieda eventualmente il rimborso e dell'attività svolta.
F	Possibili problematiche:	<p>il credito del mandatario è assistito dal privilegio speciale di cui all'art. 2761 C.C. da esercitarsi sulle cose del mandante che il mandatario detiene per l'esecuzione del mandato. A seguito, però, della sentenza Cass. Sez. Unite, 20 dicembre 2001, n.16060, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che l'ammissione al passivo fallimentare non presuppone, ove si tratti di privilegio speciale su determinati beni, né l'attuale esistenza degli stessi né che questi siano già stati acquisiti alla massa, con la conseguenza che deve demandarsi alla fase del riparto la verifica della sussistenza o meno dei beni stessi, da cui dipende l'effettiva realizzazione del privilegio speciale (Cass., 21 giugno 2012, n. 10387; Cass., 24 marzo 2011 n. 6849; Cass., 24 ottobre 2005, n. 20550; Cass. SS.UU. del 20 dicembre 2001, n. 16060). Il bene deve, comunque, essere almeno individuato ai sensi del n. 4 dell'art. 93, L.F., che richiede che, in caso di privilegio speciale, il creditore ricorrente indichi nella domanda la <i>"descrizione del bene sul quale la prelazione si esercita"</i>. A questo proposito, però, la giurisprudenza ritiene sufficiente, per assolvere l'onere di "descrizione" del bene gravato dal privilegio speciale, che il creditore concorsuale fornisca nel ricorso elementi idonei a rendere quanto meno individuabile detto bene, nell'ambito della più ampia categoria di beni sui quali il privilegio deve essere esercitato (Cass. 14 gennaio 2004, n. 334).</p> <p>Il credito deve essere escluso se il conferimento dell'incarico non risulta da atto avente data certa opponibile al fallimento ex art. 2704 C.C. (Cass. 24 marzo 2011, n. 6849).</p> <p>Per quanto riguarda l'ammontare del credito, se il mandato è a titolo oneroso, il creditore deve provare, secondo le regole generali, anche l'esistenza dell'accordo sul compenso pattuito, con data certa anteriore alla sentenza dichiarativa di</p>

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

		fallimento ex art. 2704 C.C. (Cass., 24 marzo 2011, n. 6849); in mancanza di accordo, la misura del compenso è determinata, ex art.1709 C.C., in base alle tariffe professionali o agli usi o, in mancanza, può essere determinata anche dal Giudice Delegato in sede di ammissione al passivo (Cass., 24 marzo 2011, n. 6849; Trib. Roma, 20 giugno 1985).
G	Proposta tipo:	Trattasi di credito del mandatario in relazione al quale l'istante chiede l'ammissione al privilegio speciale sui beni che detiene per l'esecuzione del mandato. Si ammette al privilegio ex art. 2761 C.C. per € XXX, come da domanda.

(a cura di G.R.)

MANDATO

L'art. 1703 C.C. definisce il mandato come il contratto con il quale una parte (mandatario) si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra parte (mandante).

L'oggetto del mandato è il compimento di atti giuridici, intesi come atti negoziali. L'autonomia del mandatario e l'oggetto della sua obbligazione distinguono tale figura dal contratto d'opera e dal contratto di lavoro.

Il mandato può essere con o senza rappresentanza.

Nel mandato con rappresentanza al mandatario è conferito, con atto separato unilaterale, definito procura, il potere di rappresentare il mandante di fronte ai terzi, spendendone il nome. In questa figura di mandato, gli effetti giuridici degli atti compiuti dal mandatario in nome del mandante si producono direttamente in capo a quest'ultimo (art. 1704 C.C.).

Nel mandato senza rappresentanza, il mandatario agisce in nome proprio, mancando la spendita del nome del mandante o *contemplatio domini*, e personalmente acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dai negozi compiuti con i terzi. Questi ultimi, anche se sono a conoscenza del mandato, non hanno rapporti con il mandante, nei cui confronti non possono far valere alcuna pretesa (art. 1705 C.C.). Nel mandato senza rappresentanza, il mandatario ha l'obbligo di trasferire al mandante gli effetti giuridici e materiali dell'attività svolta in nome proprio, ma per conto e nell'interesse del mandante.

Se il mandato senza rappresentanza ha ad oggetto l'acquisto di beni per conto del mandante, tali regole richiedono alcune precisazioni. Nell'ipotesi di mandato senza rappresentanza per l'acquisto di beni immobili o di beni mobili iscritti in pubblici registri, il mandatario che li ha acquistati per conto del mandante ne diviene proprietario, con l'obbligo di trasferirne al mandante la proprietà, con un successivo negozio. L'inadempimento di questo obbligo è trattato come inadempimento del contratto preliminare di vendita: al mandante è pertanto attribuita la legittimazione a chiedere al giudice di attuare il trasferimento mediante sentenza costitutiva (art. 1706, comma 2, C.C.).

Nell'ipotesi in cui il mandato senza rappresentanza abbia ad oggetto l'acquisto di beni mobili non registrati, è consentito al mandante di rivendicare, anche verso i terzi, i beni che sono stati acquistati dal mandatario in nome proprio, ma nell'interesse del mandante stesso (art. 1706, comma 1, C.C.).

Un temperamento al principio del doppio passaggio è previsto in tema di opponibilità ai creditori del mandatario del mandato ad acquistare senza rappresentanza. L'art. 1707 C.C. prevede infatti che i creditori del mandatario non possono agire sui beni che il mandatario ha acquistato in nome proprio, ma in esecuzione del mandato, purché il mandato risulti in modo certo anteriore al pignoramento: in base ad atto avente data certa, se si tratti di beni mobili, e in base a trascrizione dell'atto di ritrasferimento, o della domanda giudiziale volta a ottenerlo, se si tratta di beni immobili o di beni mobili iscritti in pubblici registri.

A certe condizioni, al mandante è consentito di esercitare direttamente nei confronti dei terzi i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato (art. 1705, comma 2, C.C.).

Il mandato si perfeziona con il consenso delle parti, e di regola non è necessaria una forma particolare. Tuttavia, si ritiene che il mandato che abbia ad oggetto il trasferimento di beni immobili debba essere stipulato per iscritto.

Per quanto concerne i vizi della volontà e gli stati soggettivi riferibili al contratto stipulato dal mandatario, si applicheranno, in linea di principio, le norme dettate in tema di rappresentanza (artt. 1390 e 1391 C.C.), in base alle quali il contratto stipulato dal mandatario in nome e per conto del mandante è annullabile se è viziata la volontà del mandatario medesimo (a meno che il vizio

non riguardi elementi predeterminati dal mandante) e, allo stesso modo, lo stato soggettivo di buona o mala fede rilevante è, di regola, quello del mandatario.

Il mandato si presume oneroso (art. 1709 C.C.). Si tratta di una presunzione *iuris tantum* ed è a carico del mandante l'onere di dimostrare che il mandato è stato pattuito a titolo gratuito.

Quanto alle obbligazioni del mandatario, quest'ultimo deve eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1710 C.C.), ma se il mandato è gratuito la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore. Il mandatario deve informare il mandante delle circostanze sopravvenute che possono determinare la revoca o la modifica del mandato e dell'esecuzione del mandato (art. 1712 C.C.); egli, inoltre, deve rimettere al mandante tutto quanto abbia ricevuto a causa del mandato, custodire le cose acquistate e tutelare i diritti del mandante.

Eseguito il mandato, il mandatario ha l'obbligo di rendere il conto (art. 1713 C.C.). Nel caso di mandato per una pluralità di affari, il mandante può esigere un rendiconto parziale.

Il mandante deve somministrare al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato e per l'adempimento delle obbligazioni contratte in nome proprio (art. 1719 C.C.). Il mandante deve poi rimborsare le spese sostenute dal mandatario e corrispondergli il compenso (art. 1720 C.C.). Se la misura del compenso non è stabilita dalle parti, essa è determinata in base alle tariffe professionali o agli usi, e in mancanza è determinata dal giudice. Il mandatario deve infine risarcire al mandante i danni subiti a causa dell'incarico (art. 1720, comma 2, C.C.).

Il mandatario si soddisfa sui crediti pecuniari sorti dagli affari che ha concluso in esecuzione del mandato con preferenza rispetto al mandante e ai creditori di quest'ultimo (art. 1721 C.C.).

Al mandatario, a tutela dei suoi crediti nei confronti del mandante, compete inoltre il privilegio speciale sulle cose che egli detiene a causa del mandato; privilegio assistito dal diritto di ritenzione.

Il mandato conferito da una pluralità di mandanti a un unico mandatario, per un interesse comune ai mandanti, si definisce collettivo: in questo caso, il mandato può essere revocato solo da tutti i mandanti, a meno che non ricorra una giusta causa (art. 1726 C.C.). Il mandato conferito a più mandati, affinché curino l'esecuzione congiuntamente, si definisce mandato congiuntivo. In difetto di una diversa previsione contrattuale, ciascuno dei mandati può attuare il mandato disgiuntamente (art. 1716 C.C.).

Il mandato è contratto fondato sull'*intuitus personae*; di conseguenza la morte, l'interdizione o l'inabilitazione del mandante o del mandatario determinano l'estinzione del mandato (art. 1722 C.C.), tranne che si tratti di mandato conferito nell'interesse anche del mandatario (c.d. mandato *in rem propriam*) o di un terzo.

Il mandante può revocare il mandato, ma se il mandato è conferito anche nell'interesse del mandatario o di terzi, la revoca è consentita solo per giusta causa (art. 1723 C.C.).

Prima della riforma del 2006, il fallimento di una qualunque delle parti determinava, ai sensi dell'art. 78 L.F., lo scioglimento del mandato. Di seguito è stato invece limitato lo scioglimento automatico al solo caso in cui fallisca il mandatario, mentre il diverso caso in cui fallisca il mandante è stato assoggettato alla regola generale di cui all'art. 72, co. 1, secondo cui il contratto resta provvisoriamente sospeso fino a quando il curatore non decida tra scioglimento e subentro. In tal modo può dirsi superata anche la problematica che prima riguardava il mandato *in rem propriam*, che la giurisprudenza sottraeva alla regola dello scioglimento automatico in caso di fallimento del mandante (riconoscendo però al curatore il potere di revocare l'incarico per giusta causa).

(a cura di M.A.)

A	Categoria	PEGNO
B	Classe	Prelazione speciale
C	Artt. privilegio:	artt. 2786 e seguenti C.C., art. 53 L.F.
D	Documentazione:	atto costitutivo scritto avente data certa
E	Attività di verifica:	verificare che la prelazione sia stata validamente costituita prima della dichiarazione di fallimento attraverso lo spossessamento (consegna per le cose mobili, notifica per i crediti e annotazione nei relativi registri per i diritti). Verificare l'opponibilità ai terzi della prelazione (art. 2787 C.C.: la prelazione deve risultare da scrittura avente data certa la quale contenga sufficiente indicazione del credito e della cosa. E' ammesso quindi anche il ricorso a dati esterni alla scrittura costitutiva, ma a condizione che in essa vi sia un individuabile indice di collegamento a tali dati. Si veda sul punto App. Torino, 26.1.2011).
F	Possibili problematiche:	quanto alle modalità di realizzo in sede fallimentare, il creditore pignoratizio non fruisce di quella sorta di autotutela che gli attribuiscono gli articoli 2796 e 2797 C.C. al di fuori del fallimento. Una volta verificato e ammesso al passivo il credito pignoratizio, si hanno le alternative del riscatto del pegno da parte del curatore contro pagamento del creditore pignoratizio oppure della vendita del bene da parte del curatore, o ancora della vendita del bene da parte del creditore pignoratizio a ciò specificatamente autorizzato dal Giudice Delegato. Ne deriva che il ricavato della vendita, quand'anche il bene sia venduto direttamente dal creditore, non viene incassato in via auto-satisfattiva dal medesimo, ma ripartito attraverso il piano di riparto nel rispetto dell'ordine delle cause di prelazione. Se il creditore pignoratizio realizza il proprio credito prima dell'ammissione al passivo, in violazione dell'art. 53 L.F., lo stesso è tenuto a consegnare la somma riscossa, ma non perde, una volta ottemperato a tale obbligo, il diritto di prelazione. Alcuni casi particolari: 1) diritto di ritenzione (art. 2794 C.C.): la consegna della cosa oggetto del diritto di ritenzione al curatore fallimentare importa che il soddisfacimento del creditore avvenga nell'ambito della procedura concorsuale e sia differito al momento del riparto, <i>"ma non toglie che la somma rimanga vincolata al pagamento preferenziale del creditore tutelato dal diritto di ritenzione"</i> ; si veda Cass. 19.10.1977, n. 4474; 2) pegno costituito da un terzo a garanzia del debitore: il bene vincolato non viene a far parte della massa attiva fallimentare in quanto di proprietà del terzo; 3) pegno costituito dal fallito a favore di un monte dei pegni: non trova applicazione l'art. 53 L.F. (sul punto Cass. 25.7.1992 n. 8975).

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

G	Proposta tipo:	Trattandosi di credito garantito da pegno, validamente costituito prima della dichiarazione di fallimento (consegna per le cose mobili, notifica per i crediti e annotazione nei relativi registri per i diritti) e opponibile alla procedura in quanto risultante da scrittura avente data certa che contiene sufficiente indicazione del credito o della cosa data in pegno, si propone l'ammissione con prelazione pignoratizia dell'importo di € xxxxx
---	----------------	--

(a cura di M.M.V.)

PEGNO

Il pegno è disciplinato dall'art. 2784 C.C., che lo definisce come il diritto reale su beni mobili, non registrati, di proprietà del debitore o di terzi, che viene conferito al creditore in forza di un apposito accordo a garanzia del credito.

Possono essere concessi in pegno, oltre ai beni mobili, universalità di mobili e altri diritti reali mobiliari, quali l'usufrutto.

Il pegno può essere costituito per contratto, dal debitore o da un terzo.

Se si fa riferimento agli effetti tra le parti, la costituzione del pegno non necessita di forma scritta, ma può avvenire anche con accordo verbale. Posto tuttavia che l'effetto principale del pegno consiste nell'attribuire una prelazione rispetto ad altri eventuali creditori, a tal fine il relativo diritto deve essere reso opponibile ai terzi; per questa ragione è necessario che il contratto costitutivo del pegno risulti da atto scritto, che abbia data certa, e che in esso siano specificamente indicati sia il credito garantito, con il suo ammontare, sia il bene costituito in pegno (cfr. art. 2787, 3° comma, C.C.).

Per la costituzione del pegno è comunque necessario lo spossessamento del debitore o del terzo costituente il pegno: il bene oggetto del pegno deve essere consegnato al debitore o a un terzo. È possibile che il bene oggetto del pegno sia mantenuto in custodia da entrambe le parti, ma è necessario che il costituente il pegno sia nell'impossibilità di disporre del bene senza la cooperazione del creditore (cfr. art. 2786 C.C.).

Il pegno conferisce al creditore garantito il diritto di essere preferito agli altri creditori nella distribuzione del ricavato dell'eventuale vendita coattiva del bene costituito in pegno. Lo *jus praelationis* naturalmente spetta al creditore anche se successivamente alla costituzione in pegno la proprietà del bene sia stata trasferita a terzi, purché la cosa sia rimasta in suo possesso: è il così detto *diritto di seguito* o di *sequela* tipico dei diritti reali di garanzia.

La costituzione del pegno produce gli effetti di seguito sinteticamente descritti.

Il creditore ha diritto di trattenere la cosa ricevuta in pegno, con l'obbligo di custodirla, ai sensi dell'art. 2790 C.C. (se il creditore perde il possesso può esercitare l'azione di spoglio ex art. 1168 C.C., o anche l'azione petitoria di rivendicazione ex art. 948 C.C., se tale azione spetta al costituente il pegno ai sensi dell'art. 2789). Ai sensi dell'art. 2791 C.C. il creditore può far suoi i frutti della cosa ricevuta in pegno, imputandoli prima alle spese e agli interessi e poi al capitale. Il creditore non può usare o disporre della cosa ricevuta in pegno, secondo quanto dispone l'art. 2792 C.C.; e l'art. 2793 C.C. prevede che, se il creditore viola il menzionato divieto, il costituente il pegno possa ottenere il sequestro del bene. Secondo il disposto dell'art. 2794 C.C. il creditore ha l'obbligo di restituire la cosa ricevuta in pegno quando il debito è stato interamente pagato.

Per ottenere il pagamento di quanto dovuto dal debitore, il creditore, previa intimazione al debitore stesso, può domandare che il bene costituito in pegno sia venduto ai pubblici incanti, secondo il disposto degli artt. 2796 e 2797 C.C., ovvero che il bene medesimo gli venga assegnato in pagamento, fino alla concorrenza del debito, secondo la stima, ai sensi dell'art. 2798 C.C.

(a cura di G.B.)

A	Categoria	PEGNO DI CREDITI
B	Classe	prelazione speciale
C	Artt. privilegio:	artt. 2800 e seguenti C.C., art. 53 L.F.
D	Documentazione:	copia del contratto o dell'atto di pegno, prova della validità del titolo in rapporto al bene o al diritto su cui grava il pegno
E	Attività di verifica:	per il riconoscimento della prelazione: verificare che il pegno risulti da atto scritto e verificare che la costituzione sia stata notificata al debitore o sia stata da questo accettata con scrittura privata avente data certa (art. 2800 C.C.)
F	Possibili problematiche:	<p>la disciplina degli artt. 2796 e 2798 C.C. è inapplicabile nel caso di fallimento del debitore, ostandovi la regola dettata dall'art. 53 L.F. concernente l'obbligo di ammissione al passivo anche dei creditori pignorati ed i limiti di compensabilità di cui all'art. 56 L.F..</p> <p>Nel caso di pegno di crediti, il meccanismo dell'art. 53 L.F. si applica all'assegnazione o alla vendita del credito dato in pegno ex art. 2804 C.C.; l'ammissione al passivo e l'autorizzazione non sono necessari per la riscossione del credito, bensì per la vendita o la legittimazione del creditore a compensare il suo credito garantito con il suo debito per la restituzione della somma riscossa.</p> <p>Il pegno su crediti è opponibile al fallimento ex art. 2800 C.C. solo se la costituzione della garanzia risulta dalla accettazione o notificazione al debitore avente data certa anteriore al fallimento (si veda sul punto Cass. 24.6.1995, n. 7158).</p> <p>E', invece, inopponibile ai creditori chirografari, per insufficiente indicazione del credito garantito, il pegno a garanzia di una serie indeterminata di crediti, presenti o futuri, di una banca, individuati tramite il riferimento al saldo finale di conto corrente (Trib. Bologna, 9.6.1997).</p> <p>Non è, infine, assistita da prelazione ai fini dell'ammissione al passivo fallimentare, la convenzione di pegno avente ad oggetto il credito del cliente nei confronti della banca all'acquisto ed alla consegna di una determinata quantità di titoli per un controvalore altrettanto determinato, senza che tali titoli risultino ancora formati materialmente al momento della convenzione, né successivamente, in quanto il pegno di credito all'acquisto e alla consegna di titoli non ancora emessi ha natura di pegno di credito futuro, avente effetti obbligatori fino a quando la consegna non si verifica, essendo pertanto inidoneo ad attribuire la prelazione, che sorge solo dopo la specificazione e la consegna (Cass. S.U., 2.10.2012, n. 16725).</p>

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

G	Proposta tipo:	Rilevato che il credito risulta documentato con atto scritto e che la costituzione del pegno è stata notificata al debitore del credito dato in pegno in data xxxxx [o è stata da questo accettata con scrittura privata avente data certa], si propone l'ammissione con prelazione pignorizia sul certificato n. xxxxx dell'importo di € xxxxxxxx
---	----------------	--

(a cura di M.M.V.)

PEGNO DI CREDITI

Anche i diritti di credito possono formare oggetto di pegno.

Ai sensi dell'art. 2800 C.C., per la costituzione di un pegno su crediti occorre l'atto scritto e la notifica al debitore della costituzione del pegno, ovvero l'accettazione di quest'ultimo con atto di data certa.

La regola è la medesima che disciplina l'efficacia della cessione del credito rispetto ai terzi (cfr. art. 1265 C.C.).

A norma dell'art. 2801 C.C., se il credito costituito in pegno risulta da un documento, il costituente è tenuto a consegnare il documento stesso al creditore.

Dopo il perfezionamento della costituzione in pegno (con la notificazione o l'accettazione del debitore), il credito oggetto della garanzia non è più esigibile dal concedente, ma rimane vincolato a favore del creditore pignoratizio, con la conseguenza che il titolare non può rinunciarvi né novarlo. L'art. 2802 C.C. prevede che il creditore pignoratizio debba riscuotere gli interessi del credito, "o le altre prestazioni periodiche", imputandone l'ammontare prima alle spese e agli interessi e poi al capitale. È stabilito che il medesimo creditore pignoratizio debba altresì compiere gli atti conservativi del credito ricevuto in pegno.

Per quanto concerne la riscossione del credito dato in pegno, secondo quanto dispone l'art. 2803 C.C., il creditore pignoratizio è tenuto a provvedere a riscuotere il credito sottoposto al vincolo alla scadenza, effettuando il deposito nel luogo stabilito d'accordo, ovvero determinato dalla autorità giudiziaria, se il credito stesso ha per oggetto denaro o altre cose fungibili. Se però il credito garantito è scaduto, il creditore può ritenere del denaro ricevuto quanto basta per il soddisfacimento delle sue ragioni e restituire il residuo al costituente. Qualora si tratti di cose diverse dal denaro, il creditore stesso può farle vendere o chiederne l'assegnazione, secondo le previsioni degli artt. 2797 e 2798 C.C.

A norma dell'art. 2804 C.C., il creditore pignoratizio non soddisfatto può chiedere che il credito ricevuto in pegno gli sia assegnato in pagamento, fino a concorrenza del suo credito. E se il credito non è ancora scaduto, il creditore stesso può anche farlo vendere nelle forme stabilite dall'art. 2797 C.C.

In relazione, poi, alle eccezioni opponibili dall'obbligato al pagamento del credito dato in pegno, l'art. 2805 C.C. consente che il debitore stesso possa opporre al creditore pignoratizio tutte le eccezioni che gli spetterebbero contro il creditore originario. Tuttavia, se il debitore ha accettato senza riserve la costituzione in pegno, egli non può opporre al creditore pignoratizio la compensazione verificatasi anteriormente alla costituzione del pegno.

Si ritiene che la disciplina del pegno di crediti qui in esame non trovi applicazione nell'ipotesi del pegno di titoli di credito, tanto regolare quanto irregolare, ove per la costituzione del vincolo pignoratizio sono sufficienti, ai sensi degli artt. 1997 e 2786 C.C., la consegna del titolo al creditore pignoratizio e il correlativo spossessamento del debitore.

(a cura di G.B.)

A	Categoria	PEGNO IRREGOLARE
B	Classe	
C	Artt. privilegio:	art. 1851 C.C., artt. 52 e 53 L.F.
D	Documentazione:	atto scritto avente data certa
E	Attività di verifica:	l'art. 53 L.F. stabilisce che i crediti garantiti da pegno o assistiti da privilegio a norma degli artt. 2756 e 2761 C.C. possono essere realizzati anche dopo il fallimento, dopo che sono stati ammessi al passivo con prelazione. È discusso se la norma possa trovare applicazione anche al pegno irregolare, disciplinato dall'art. 1851 C.C. nell'ambito del contratto di anticipazione bancaria, considerato però norma di applicazione generale. L'art. 1851 fa riferimento al vincolo di depositi di denaro, merci o titoli che non siano stati individuati o per i quali sia stata conferita alla banca la facoltà di disporre. Si tratta di beni fungibili, che passano in proprietà alla banca, che assume correlativamente l'obbligo di restituzione del <i>tantundem</i> nell'ambito del <i>genus</i> di cui fanno parte il denaro, le merci o i titoli oggetto della garanzia. Ne consegue che la consegna della cosa comporta l'autorizzazione al creditore a disporre e sostanzialmente il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia.
F	Possibili problematiche:	Sul punto occorre segnalare l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale: 1) vi è un primo orientamento (si veda Cass. n. 745/97) in base al quale l'art. 53 L.F. non è riferibile al pegno irregolare, con la conseguenza che, in materia di fallimento, vi sarebbe una diversa disciplina per pegno regolare e irregolare. Ne deriva che, poiché nel pegno irregolare il creditore ha acquisito la proprietà dei beni oggetto della garanzia e la facoltà di disporre, non facendo più tali beni parte del patrimonio del fallito, non vi è motivo di pretendere l'accertamento dell'opponibilità del pegno nelle forme dell'insinuazione al passivo; 2) un orientamento di segno diverso, ma coevo al primo (Cass. civ. 8164/1997) sostiene invece che, mentre i commi secondo e terzo dell'art. 54 L.F. non possono trovare applicazione al pegno irregolare, perché considerano un meccanismo di realizzazione del credito che presuppone che il bene oppignorato faccia ancora parte dell'attivo fallimentare, non vi è nessuna ragione formale per escludere l'applicabilità del primo comma, che costituisce un'applicazione in tema di pegno della regola generale del concorso. Se infatti il bene sul quale il creditore si soddisfa è nella sua proprietà e disponibilità, così da realizzare il proprio credito al di fuori del patrimonio del fallito, non è invece estraneo a tale patrimonio il credito di restituzione del ricavato dalla realizzazione del bene o del denaro, con la conseguenza che necessariamente il creditore pignoratizio debba sottoporre il suo credito e le sue ragioni di prelazione in sede di accertamento concorsuale, dato che dal suo

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

		soddisfacimento potrebbe discendere una lesione degli interessi della massa. Le Sezioni Unite, intervenute con sentenza n.202 del 14.5.2001 a dirimere il contrasto, hanno operato una scelta a favore del primo orientamento, sostenendo che le somiglianze tra pegno regolare ed irregolare si esauriscono nella funzione di garanzia e che l'art. 53 primo comma L.F. sia riferibile al solo pegno regolare. Ne consegue che, <i>"il creditore assistito da pegno irregolare, a differenza di quello assistito da pegno regolare, non può (per carenza di interesse) e non è tenuto ad insinuarsi nel passivo fallimentare, ai sensi dell'art. 53 L.F., per il soddisfacimento del proprio credito"</i> . Il creditore, semmai, sarà debitore per il credito <i>de residuo</i> , con conseguente onere del curatore di agire nei confronti del creditore per il recupero di quanto risulti trasferito in eccedenza rispetto all'importo del credito garantito.
G	Proposta tipo:	[In caso di eventuale insinuazione del creditore garantito da pegno irregolare] Si rigetta, trattandosi di credito già soddisfatto con le somme in garanzia divenute di pertinenza del terzo titolare del pegno

(a cura di M.M.V.)

PEGNO IRREGOLARE

L'istituto è disciplinato nel nostro ordinamento dall'art. 1851 C.C. con riferimento al contratto di anticipazione bancaria. La norma prevede che la banca deve restituire solo la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti, laddove a garanzia del credito sono vincolati depositi di denaro, merci o titoli che non siano stati individuati o per i quali sia stata conferita alla banca stessa la facoltà di disporre. In altri termini, il prestito è accompagnato dall'accensione di un pegno a favore della banca, che si obbliga a tenere a disposizione del cliente l'importo pattuito, per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato, ottenendo in garanzia una determinata quantità di cose non individuate, o comunque consegnate alla banca stessa con facoltà di disporre, di modo che la banca acquisti la proprietà delle cose ricevute in pegno, con obbligo di restituire al cliente debitore solo le somme o la parte di merci che eccedono l'ammontare del credito garantito.

Più in generale, per quanto attiene al pegno in esame, si fa riferimento alla prassi della così detta "cauzione" o al così detto "deposito cauzionale".

Nella sostanza, a garanzia di un credito, anche eventuale, è consegnata al creditore, anche solo potenziale, una determinata quantità di cose fungibili, aventi un prezzo corrente di mercato (solitamente una somma di denaro o titoli di credito); e il creditore acquista la disponibilità delle cose ricevute, divenendo debitore della corrispondente quantità. Il creditore assume l'obbligo di restituire il *tantundem eiusdem generis et qualitatis* in caso di esatto adempimento dell'obbligazione garantita; ed è invece tenuto a restituire soltanto l'eventuale eccedenza rispetto all'obbligazione garantita, in caso contrario.

Si parla di pegno irregolare per distinguerlo dalla figura del pegno vero e proprio, posto che non si ha nella fattispecie un diritto reale su una cosa determinata della quale il creditore non può disporre: passa invece al creditore la proprietà della quantità di cose fungibili consegnategli, con l'obbligo di restituire il *tantundem*. In altri termini, mentre nel pegno regolare è attribuito al creditore un diritto di prelazione, opponibile *erga omnes*, sulla somma ricavata dalla vendita del bene dato in pegno, che resta sempre di proprietà del debitore, nel pegno irregolare al creditore è immediatamente trasferita la proprietà stessa delle cose date in pegno.

In questo senso, consentendo al creditore di evitare l'esecuzione forzata per l'attuazione della tutela del proprio credito, il pegno irregolare conferisce il risultato che diversamente si realizzerebbe con la vendita o con l'assegnazione: il creditore titolare del pegno irregolare non ha più interesse ad aggredire il patrimonio del debitore, posto che con l'incameramento ottiene già ciò che potrebbe ottenere all'esito dell'espropriazione.

Anche in forza di queste considerazioni la giurisprudenza si è orientata a ritenere che il creditore assistito da pegno irregolare non abbia l'onere di insinuare al passivo fallimentare il proprio credito, ai fini della soddisfazione nel corso della procedura (cfr. Cass., sez. un., 14 maggio 2001, n. 202; Cass., 24 maggio 2004, n. 10000).

Si osserva in ogni caso che il pegno irregolare non può essere considerato un modo d'estinzione dell'obbligazione: l'ultima parte dell'art. 1851 C.C. prevede infatti che, ai fini del calcolo dell'eccedenza sull'ammontare del credito garantito, si debba fare riferimento al valore delle cose date in pegno al momento della scadenza del credito stesso, e non al momento della consegna, come invece si dovrebbe fare, se si considerasse il pegno irregolare un mezzo d'adempimento.

(a cura di G.B.)

A	Categoria	PRESTATORE D'OPERA INTELLETTUALE
B	Classe	privilegio generale
C	Artt. privilegio:	2751- <i>bis</i> n. 2 C.C.
D	Documentazione:	contratto con società, buste paga, conteggi elaborati da terzi
E	Attività di verifica:	fonti normative: art. 2222 C.C.: compimento verso corrispettivo di un'opera o di un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincoli di subordinazione nei confronti di un committente. Elementi caratterizzanti: svolgimento del rapporto di lavoro senza vincoli di subordinazione, con organizzazione dei mezzi e gestione dei rischi a proprio carico e determinazione del corrispettivo dovuto sulla base del risultato finale. Elemento fondamentale è lo svolgimento personale dell'incarico assunto.
F	Possibili problematiche:	verificare che le somme richieste siano relative alle retribuzioni dovute per gli ultimi due anni di prestazione: il <i>dies a quo</i> per il computo a ritroso del termine deve farsi decorrere, secondo l'orientamento dominante di dottrina e giurisprudenza, dall'ultimazione della prestazione professionale; verificare il carattere personale della prestazione eseguita dal prestatore d'opera intellettuale; verificare l'assenza di vincoli di subordinazione.
G	Proposta tipo:	Trattasi di credito per saldo rapporto di lavoro a progetto [altra tipologia contrattuale], documentato con contratto e buste paga società; si eccepisce la natura non subordinata di detto rapporto, con la conseguente non applicabilità del privilegio chiesto ai sensi dell'art. 2751- <i>bis</i> n. 1 C.C. e si propone l'ammissione in via privilegiata ex art. 2751- <i>bis</i> n. 2 C.C., trattandosi di prestazione d'opera intellettuale, per € XXXXXX.

(a cura di M.M.V.)

PRESTATORI D'OPERA INTELLETTUALE

Il codice civile regola, ma non definisce, le professioni intellettuali o arti liberali, per l'esercizio delle quali può essere richiesta l'iscrizione in appositi albi o elenchi. Tra le professioni intellettuali occorre infatti distinguere quelle il cui esercizio è subordinato all'iscrizione in appositi albi o elenchi (artt. 2239, comma 1°, e 2231 C.C.) e l'iscritto è assoggettato al potere disciplinare degli ordini o collegi professionali (art. 2229, comma 2° C.C.), da quelle il cui esercizio non è invece subordinato all'iscrizione in appositi albi o elenchi.

Dalla collocazione sistematica delle norme codicistiche sulle arti liberali si può desumere che il contratto di prestazione d'opera professionale è un particolare tipo di contratto d'opera – regolato dagli artt. 2222-2228 C.C. – con il quale il professionista si obbliga a compiere, dietro compenso, una prestazione intellettuale con lavoro prevalentemente proprio e senza alcun vincolo di subordinazione nei confronti del committente.

La prestazione alla quale è tenuto il libero professionista ha carattere intellettuale ed è una tipica prestazione di mezzi; egli si impegna a svolgere diligentemente l'incarico ricevuto, senza tuttavia garantire un risultato determinato. Inoltre, la prestazione d'opera intellettuale è una prestazione personale ed infungibile.

Per tutte le professioni liberali il codice civile detta alcune regole di carattere generale. Il prestatore d'opera deve eseguire personalmente l'incarico assunto e può avvalersi, sotto la propria direzione e responsabilità, di sostituti ed ausiliari, se la collaborazione di altri è consentita dal contratto o dagli usi e non è incompatibile con l'oggetto della prestazione (art. 2232 C.C.).

Il compenso, se non è convenuto dalle parti e non può essere determinato secondo le tariffe o gli usi, è determinato dal giudice, sentito il parere dell'associazione professionale alla quale il professionista appartiene. In ogni caso, la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera ed al decoro della professione. I patti che stabiliscono i compensi professionali degli avvocati e dei praticanti abilitati devono essere redatti per iscritto, a pena di nullità (art. 2233 C.C.). Salva diversa pattuizione, il cliente deve anticipare al prestatore d'opera le spese occorrenti al compimento dell'opera e corrispondere, secondo gli usi, acconti sul compenso (art. 2234 C.C.).

Il prestatore d'opera non può ritenere le cose e i documenti ricevuti, se non per il periodo strettamente necessario alla tutela dei propri diritti secondo le leggi professionali (art. 2235 C.C.).

Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave (art. 2236 C.C.).

Il cliente può recedere dal contratto, rimborsando al prestatore d'opera le spese sostenute e pagando il compenso per l'opera svolta, mentre il prestatore può recedere dal contratto per giusta causa e, in tal caso, ha diritto al rimborso delle spese fatte ed al compenso per l'opera svolta, da determinarsi con riguardo al risultato utile che ne sia derivato al cliente (art. 2237 C.C.).

Il professionista intellettuale non è un imprenditore. Tuttavia, l'esercizio di una professione intellettuale non è causa ostativa all'acquisto della qualità di imprenditore commerciale, quando essa costituisca elemento di un'attività organizzata in forma di impresa (art. 2238 C.C.).

L'attività dei professionisti può essere esercitata in forma societaria: mentre la società tra professionisti è regolata dalla L. 12 novembre 2011, n. 183, – la quale, abrogando la legge n. 1815/1939, ha espressamente consentito in via generale la costituzione di società per l'esercizio di attività professionali regolamentate –; la società tra avvocati è disciplinata dal D.Lgs. 2 febbraio 2001, n. 96.

A	Categoria:	PROCACCIATORE D'AFFARI
B	Classe:	chirografo
C	Artt. privilegio	///
D	Documentazione:	conferimento dell'incarico, documentazione a comprova delle modalità di svolgimento del rapporto, dell'entità delle merci commissionate e pagate all'impresa che si è avvalsa dell'attività di procacciamento e degli affari conclusi
E	Attività di verifica:	verificare se sia configurabile in concreto un rapporto di procacciatore di affari o di agenzia, verificare la sussistenza del diritto alla provvigione sulla base della documentazione prodotta
F	Possibili problematiche:	<p>per concorde giurisprudenza, il rapporto di procacciatore di affari si distingue da quello di agenzia per la continuità e stabilità dell'attività dell'agente, che, a differenza del procacciatore, non si limita a raccogliere le ordinazioni dei clienti, ma promuove stabilmente la conclusione di contratti per conto del preponente nell'ambito di una determinata sfera territoriale, con risultato a proprio rischio e con l'obbligo di osservare le istruzioni ricevute dal preponente. Il rapporto di procacciatore d'affari si concreta nella più limitata attività di chi, senza vincolo di stabilità e in via del tutto episodica, raccoglie le ordinazioni dei clienti, trasmettendole all'imprenditore da cui ha ricevuto l'incarico di procurare tali commissioni (Cass., 23 luglio 2012, n. 12776; Cass., 24 giugno 2005, n. 13629).</p> <p>Tale distinzione è fondamentale ai fini dell'ammissione al passivo del credito, per il riconoscimento del privilegio ex art. 2751-<i>bis</i> n.3 C.C., che la giurisprudenza nega in capo al procacciatore d'affari (Trib. Ascoli Piceno, 25 novembre 2005).</p> <p>Per concorde giurisprudenza, poi, al procacciatore d'affari possono applicarsi in via analogica solo le disposizioni relative al contratto di agenzia (come quelle relative alle provvigioni), che non presuppongono un carattere stabile e predeterminato nel rapporto e non anche quelle - di legge o di contratto - che lo presuppongono (come quelle inerenti l'indennità di mancato preavviso, l'indennità suppletiva di clientela e l'indennità di cessazione del rapporto) (Cass., 24 giugno 2005, n. 13629).</p> <p>A tal proposito, è ritenuto onere del procacciatore d'affari dimostrare l'entità delle merci commissionate e pagate all'impresa che si è avvalsa dell'attività di procacciamento (Trib. Ancona, 1 dicembre 2005).</p> <p>La giurisprudenza ritiene applicabile anche al procacciatore d'affari il termine di prescrizione quinquennale ex art. 2948 C.C. (Cass., 14 maggio 2007, n. 11024).</p>

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

G	Proposta tipo:	Trattasi di credito per attività di procacciatore d'affari per il quale viene chiesto il privilegio che l'art.2751- <i>bis</i> n. 3 attribuisce alle provvigioni derivanti dal rapporto di agenzia dovute per l'ultimo anno di prestazione e le indennità dovute per la cessazione del rapporto medesimo. Si ammette al chirografo per € XXX, escluso il privilegio ex art. 2751- <i>bis</i> n. 3 in mancanza dei presupposti per il suo riconoscimento; escluso perché non compete il credito residuo corrispondente a somme richieste a titolo di indennità per mancato preavviso, indennità suppletiva di clientela ed indennità di cessazione del rapporto.
---	----------------	---

(a cura di G.R.)

PROCACCIATORE D'AFFARI.

Il procacciatore d'affari (detto anche, impropriamente, *mediatore unilaterale*) è il soggetto che esercita autonomamente, senza alcun vincolo di stabilità, un'attività di intermediazione per conto di un terzo (così detto proponente), al fine di favorire la conclusione di affari. A differenza dell'agente di commercio il procacciatore d'affari non riceve dal proponente l'incarico di promuovere stabilmente affari, ma si limita a segnalargli episodicamente le potenziali occasioni. A differenza del mediatore, inoltre, il procacciatore d'affari non è un soggetto imparziale, poiché egli agisce su incarico di una delle parti interessate alla conclusione di affari, dalla quale soltanto può pretendere il compenso per l'attività svolta in suo favore. Analogamente al mediatore, invece, il procacciatore d'affari presta un'attività di intermediazione finalizzata a favorire la conclusione degli affari tra terzi soggetti ed ha diritto ad un compenso solo quando, per effetto del suo intervento, l'affare si sia concluso tra i soggetti che ha messo in contatto.

Il procacciatore d'affari è una figura professionale riconosciuta dalla normativa fiscale e previdenziale, ma non anche dal codice civile: il contratto di procacciamento d'affari – nella prassi denominato “lettera di incarico” o “lettera di procacciamento d'affari” -, con il quale il proponente affida l'incarico al procacciatore è dunque un contratto innominato o atipico. La giurisprudenza ritiene tuttavia che al procacciatore d'affari siano applicabili in via analogica le disposizioni del contratto d'agenzia che non presuppongano il carattere stabile e predeterminato del rapporto. Il procacciatore d'affari non è tenuto ad iscriversi ad alcun albo professionale, ma qualora svolga stabilmente la sua attività nell'interesse di uno o più proponenti, secondo il modello organizzativo dell'impresa ai sensi dell'art. 2082 C.C., deve iscriversi nel Registro delle imprese. Viceversa, il procacciatore d'affari meramente occasionale, il quale presta saltuariamente la sua opera a favore di una o più imprese proponenti, non è tenuto ad iscriversi del Registro delle imprese, in quanto privo del requisito della professionalità di cui all'art. 2082 C.C..

(a cura di S.G.)

A	Categoria:	PROFESSIONISTA ATTESTATORE NEL CONCORDATO PREVENTIVO
B	Classe:	privilegio/prededuzione
C	Artt. prededuzione	artt. 2751- <i>bis</i> n. 2 C.C., 111-161 L.F.
D	Documentazione:	domanda di concordato, incarico ex art. 161 L.F., nota <i>pro-forma</i>
E	Attività di verifica:	accertare l'effettivo carattere funzionale del credito verificando la concreta utilità dell'attività svolta dall'attestatore per i creditori concorsuali e per il debitore. Accertare, inoltre, che il compenso richiesto corrisponda a quello concordato con il debitore con atto opponibile al curatore.
F	Possibili problematiche:	L'art. 111, secondo comma, L.F. prevede la prededucibilità per tutti i crediti sorti in occasione o funzione di procedure concorsuali (Cass., 8 aprile 2013, n. 8533). A tal proposito, deve essere precisato che il criterio della funzionalità non può risolversi nella mera attinenza di un credito rispetto ad una procedura concorsuale, ma va ancorato al requisito della utilità per la stessa, da intendersi come necessaria strumentalità rispetto alla procedura e come rispondenza al suo scopo ed all'interesse della massa dei creditori (Cass., 5 marzo 2012, n. 3402; Trib. Bergamo, 24 ottobre 2013; Trib. Treviso, 22 gennaio 2014); nell'effettuare tale valutazione, dovrà tenersi conto del fatto che la Cassazione individua l'utilità del concordato nella possibile estensione del periodo sospetto ai fini della revocatoria e nella cristallizzazione dei crediti al qual fine può risultare utile porre a confronto il credito dell'attestatore con l'entità degli interessi risparmiati e l'esistenza di revocatorie esercitabili in applicazione del principio della <i>consecutio</i> dettato dall'art. 69- <i>bis</i> , comma secondo, L.F.. Qualora, quindi, si abbia la revoca della procedura per sopravvenuta non fattibilità del piano di concordato, riconducibile, in maniera determinante, alle errate considerazioni e alle omesse verifiche dell'attestatore, il credito di quest'ultimo, oltre a poter essere ridotto nel <i>quantum</i> , non può godere del beneficio della prededuzione per inidoneità della sua relazione allo scopo previsto dalla legge (e conserva unicamente il privilegio generale connaturato alla prestazione d'opera: Trib. Milano, 9 febbraio 2012). Qualora, poi, l'attività professionale sia stata prestata in condizioni che, sin dall'inizio, potevano apparire ad un professionista di normali capacità e diligenza, tali da non consentire alcun plausibile salvataggio dell'impresa, in ipotesi di revoca dell'ammissione al concordato ex art. 173 L.F., il compenso dell'attestatore non trova collocazione nel passivo del successivo fallimento (Trib. Vicenza, 11 ottobre 2010). Più in generale, il credito del professionista attestatore non godrà del beneficio della prededucibilità quando non venga riscontrato un rapporto teleologico tra l'insorgere del credito dello stesso e gli scopi della procedura unitamente a un interesse della massa dei creditori. A tal proposito,

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

		deve essere, però, rilevato che, secondo la più recente giurisprudenza (Cass., 30 gennaio 2015, n. 1765), non è onere dell'attestatore dimostrare tale concreta utilità al fine dell'ammissione del proprio credito.
G	Proposta tipo:	Trattasi di credito del professionista attestatore nel concordato preventivo. Si propone l'ammissione del credito di € XXXX in prededuzione ex art.111 L.F., come da domanda, in quanto riferito ad attività funzionale al concordato preventivo ed il compenso richiesto risulta da contratto opponibile al curatore.

(a cura di G.R.)

PROFESSIONISTA ATTESTATORE NEL CONCORDATO PREVENTIVO

Il (più volte) novellato art. 161 L.F. prevede che il piano di concordato e la documentazione che il debitore deve presentare unitamente al ricorso debbano essere accompagnati dalla relazione di un professionista con i requisiti previsti dall'art. 67, terzo comma, lett. d), L.F., il quale attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.

La relazione ha la funzione di certificare che la situazione economico-patrimoniale prospettata sia attendibile e che il piano proposto sia concretamente realizzabile, tramite l'attestazione della veridicità dei dati aziendali e il giudizio sulla fattibilità del piano.

Ai sensi del combinato disposto di cui agli art. 67, terzo comma, lett. d), L.F. e 28 L.F., il professionista attestatore deve avere determinati requisiti di professionalità e di indipendenza, in particolare deve essere iscritto nel registro dei revisori legali e, in forza dell'art. 28, lettere a) e b) L.F., deve essere un avvocato o un commercialista o un ragioniere; l'incarico può inoltre essere affidato ad un'associazione professionale o ad una società tra professionisti i cui soci siano iscritti ad uno degli albi menzionati; in tali ipotesi il professionista o socio designato per l'esecuzione dell'incarico dovrà essere necessariamente iscritto al registro dei revisori legali.

Il professionista, pur essendo designato dal debitore, deve essere indipendente.

Proprio riguardo al requisito dell'indipendenza il legislatore è intervenuto incisivamente con il recente D.L. 83/2012. Infatti, in precedenza non vi era alcun riferimento esplicito all'indipendenza, sebbene l'orientamento giurisprudenziale nettamente maggioritario ritenesse che il professionista attestatore dovesse essere indipendente rispetto al debitore e ciò in considerazione sia del suo ruolo di attestatore circa la veridicità (o meno) dei dati indicati dal debitore sia, soprattutto, del suo dovere di dare un giudizio prognostico di idoneità e fattibilità del piano prospettato.

Nella riformulazione dell'art. 67, terzo comma, lett. d), L.F., come modificato dal menzionato D.L. 83/2012, il legislatore ha, di fatto, recepito tali interpretazioni prevedendo esplicitamente il requisito dell'indipendenza, e specificando che tale requisito sussiste quando:

- l'attestatore non sia legato all'impresa debitrice o a coloro che comunque abbiano interesse all'operazione da rapporti personali o professionali tali da compromettere l'indipendenza del giudizio;
- possieda i requisiti di cui all'art. 2399 C.C., ovvero i requisiti d'indipendenza previsti per i componenti del collegio sindacale della s.p.a.;
- non abbia prestato negli ultimi cinque anni attività lavorativa (dipendente o autonoma) in favore dell'impresa o partecipato ad organi amministrativi e di controllo, neppure tramite eventuali professionisti associati.

(a cura di C.Z.)

A	Categoria:	PROFESSIONISTI
B	Classe:	privilegio generale
C	Artt. privilegio	2751- <i>bis</i> n. 2 C.C.
D	Documentazione:	mandato <i>ad personam</i> ; nota <i>pro-forma</i> /fattura; prova dell'attività svolta; accordo tra fallito e professionista sul compenso professionale se trattasi di credito riferito ad attività concluse successivamente all'entrata in vigore della legge di stabilità 2012
E	Attività di verifica:	verificare il mandato, l'attività svolta e quando sia terminata l'attività svolta in esecuzione del primo. Anche in caso di liquidazione della parcella da parte dell'ordine di appartenenza del professionista, verificare la congruità del compenso richiesto, in quanto lo stesso accerta la congruità della voce esposta alla tariffa vigente, ma non la congruità dell'importo richiesto per le attività effettivamente espletate. Qualora l'attività sia stata completata successivamente all'entrata in vigore della legge di stabilità 2012, verificare l'accordo sul compenso pattuito tra fallito e professionista, la sua opponibilità al curatore, la conformità del compenso richiesto a quello pattuito e, per gli incarichi svolti nell'interesse di procedure pendenti davanti al tribunale di Milano, che lo stesso sia stato determinato secondo i criteri di cui alla circolare 4/2010 del Presidente della sezione fallimentare, dr. Filippo Lamanna, se trattasi di mandati conferiti prima del 4/12/2012, e a quelli di cui alla comunicazione di servizio 3/2012, sempre del Presidente della sezione fallimentare, dr. Filippo Lamanna, se trattasi di mandati conferiti successivamente al 4/12/2012. Verificare che le prestazioni cui si riferisce il credito siano state compiute negli ultimi due anni (Trib. Vicenza, 23 novembre 2012; Trib. Milano 8 giugno 2010, n. 7515); verificare che il credito da ammettere in via privilegiata riguardi unicamente i diritti e gli onorari e non anche IVA e C.P.A (tuttavia per i dottori commercialisti anche la quota per C.P. gode del medesimo privilegio del compenso). Se trattasi di rimborso spese legali richiesto da un creditore, verificare se questo sia un privato o meno. Verificare che il credito non sia presuntivamente prescritto per decorrenza del termine di tre anni di cui all'art. 2956 C.C.. verificare che il professionista sia inserito in una struttura che non abbia una forma commerciale, ovvero che non vi sia una ripartizione del rischio lavorativo tra i vari associati, sia in ordine all'entità del corrispettivo, sia in ordine all'effettività della retribuzione; verificare che il professionista abbia ricevuto mandato in ragione della sua persona e non della sua appartenenza all'associazione: si deve trattare, cioè di una remunerazione per specifica attribuzione e deve essere provato il

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

		mandato <i>ad personam</i> (Trib. Milano, 20 luglio 2010, n. 9446); verificare, quindi, che abbia svolto il lavoro con il carattere della esclusività o prevalenza (Trib. Milano, 18 aprile 2007); verificare che sia allegata e provata la cessione del credito della prestazione professionale svolta personalmente dal singolo, se si tratti di domanda presentata da uno studio associato (Cass. 2 luglio 2012, n. 11052);
F	Possibili problematiche:	ai sensi dell'art. 2751-bis n. 2 C.C. deve essere ammesso al privilegio il credito per le prestazioni professionali svolte dal professionista negli ultimi due anni; il <i>dies a quo</i> per il computo a ritroso del termine deve farsi decorrere, secondo l'orientamento dominante della giurisprudenza e della dottrina, dall'ultimazione della prestazione professionale. Il suddetto privilegio spetta solo per i diritti e gli onorari e non anche per i rimborsi, le spese vive, l'IVA e la Cassa di Previdenza Avvocati (Trib. Vicenza, 23 novembre 2012; Trib. Milano 8 giugno 2010, n. 7517); la quota per C.P. dei commercialisti gode, invece, del medesimo privilegio del compenso. Negli altri casi l'IVA e la quota per C.P. del professionista del fallito vanno ammesse al chirografo con calcolo da effettuare concretamente al momento del riparto, in proporzione (percentuale) alle somme ripartite, dietro presentazione della fattura. L'Agenzia delle Entrate, con risoluzione n. 127/E del 3/4/2008, si è espressa in merito assumendo che se l'importo liquidato dal Giudice Fallimentare risultasse inferiore all'ammontare complessivo del credito professionale, comprensivo dell'IVA, il professionista al momento dell'emissione della fattura dovrà ridurre proporzionalmente la base imponibile e la relativa imposta; non sarebbe, quindi, ammissibile emettere la fattura per la prestazione professionale indicando quale base imponibile l'intero importo ricevuto dal curatore, sul quale calcolare l'IVA relativa e, contestualmente recuperare, tramite l'emissione di una nota di variazione, l'imposta di fatto non incassata. La Cassazione, però, anche successivamente a tale risoluzione, ha ribadito che il credito IVA di un professionista che ha eseguito prestazioni a favore di un imprenditore dichiarato fallito ed ammesso per il relativo capitale allo stato passivo in via privilegiata, e che emetta la fattura per il relativo compenso in costanza di fallimento, non è qualificabile come credito di massa e può giovare del solo privilegio speciale ex art. 2758, secondo comma, C.C. nel caso in cui sussistano i beni oggetto di privilegio che il creditore ha l'onere di indicare nella domanda di insinuazione al passivo (Cass., 11 aprile 2011, n. 8222). Il credito corrispondente all'IVA del professionista del creditore che chieda il rimborso delle spese legali liquidate in sentenza e che non sia un privato, deve essere escluso, non trattandosi di un onere destinato a rimanere a carico del destinatario. L'importo va ammesso al concorso al lordo della ritenuta fiscale, dandosi atto che essa sarà operata in sede di

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

		<p>riparto secondo l'aliquota in allora vigente.</p> <p>La prestazione dovrà essere svolta con il carattere della esclusività o prevalenza (Trib. Milano, 18 aprile 2007). Nel caso, perciò, in cui sia presentata una domanda di ammissione al passivo ex art. 2751-<i>bis</i> n. 2, ma dalla documentazione prodotta non si evinca un incarico <i>ad personam</i> dovrà escludersi il privilegio (Trib. Milano, 20 luglio 2010, n. 9446); il professionista non deve essere inserito in una struttura avente carattere commerciale (Trib. Milano, 18 aprile 2007). E' eccepibile la prescrizione presuntiva, ai sensi degli artt. 2956-2957 C.C. quando alla data di dichiarazione di fallimento siano decorsi tre anni dalla conclusione della prestazione (Cass., 26 marzo 2009, n.5301).</p>
G	Proposta tipo:	<p>Trattasi di credito per prestazioni professionali la cui quantificazione appare conforme alle prestazioni svolte e alle intese raggiunte con la società fallita. Viene chiesto il privilegio anche sulle anticipazioni, l'IVA e la CPA. Si ammette al privilegio ex art.2751-<i>bis</i> n. 2 C.C. per € XXX; si ammette al chirografo per il credito di € XXX, corrispondente alle spese, escluso il privilegio trattandosi di rimborsi; IVA e CPA al chirografo nel <i>quantum</i> percentuale da calcolarsi al riparto sulle somme ripartite dietro presentazione della fattura.</p>

(a cura di M.M.V.)

PROFESSIONISTA

Per dare una definizione di professionista e prestatore d'opera intellettuale occorre fare riferimento alla nozione generale di contratto d'opera indicata nell'ambito del Titolo III del Libro Quinto del Codice Civile che regola il lavoro autonomo e che, ai sensi dell'art. 2222 C.C., ricorre quando una persona si obbliga a compiere, verso un corrispettivo, un'opera o un servizio con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente.

Nell'ambito del contratto d'opera, caratterizzato quindi essenzialmente dall'autonomia della prestazione e dallo svolgimento personale dell'attività, rientrano l'esercizio delle professioni intellettuali (art. 2229) e il contratto d'opera intellettuale (art. 2230) o materiale.

Rientra nella categoria di prestatore d'opera intellettuale colui il quale si obbliga a prestare la propria opera intellettuale o scientifica per il raggiungimento di un certo risultato, senza tuttavia l'obbligo di conseguirlo: per tale ragione l'obbligazione in questione è definita come obbligazione "di mezzi", quale è ad esempio l'attività dell'avvocato, e si contrappone all'obbligazione "di risultato" nella quale, invece, l'obbligazione si considera adempiuta quando il risultato previsto è stato raggiunto.

Un'ulteriore distinzione è quella tra professioni intellettuali *protette* e *non protette*: infatti, per talune attività l'esercizio della professione è subordinato alla previa iscrizione ad appositi albi o elenchi, in mancanza della quale, ai sensi dell'art. 2231 C.C., il prestatore non ha diritto ad agire per il pagamento della retribuzione.

I crediti dei professionisti e, più in generale, di coloro i quali svolgono un'attività di lavoro di natura diversa da quella subordinata, godono del privilegio generale di cui all'art. 2751-bis n. 2 C.C. che riguarda, appunto, i crediti relativi alle "....retribuzioni dei professionisti e di ogni altro prestatore d'opera intellettuale dovute per gli ultimi due anni di prestazione...", con la precisazione che, nel 1998, la Corte Costituzionale è intervenuta per dichiarare l'illegittimità della norma limitatamente alla parola "intellettuale" (C. Cost. 29 gennaio 1998, n. 1), con l'effetto che è stata eliminata la distinzione, ai fini del riconoscimento del privilegio, tra prestatori d'opera intellettuale e non intellettuale, considerata in contrasto con l'art. 3 Cost..

Di conseguenza, il privilegio in questione è riconosciuto ai crediti di tutti coloro i quali svolgano un'attività lavorativa priva del requisito della subordinazione (per la quale può essere invece riconosciuto il privilegio di cui al precedente n. 1 dell'art. 2751-bis C.C.).

Naturalmente il privilegio ha ad oggetto soltanto i crediti che abbiano natura di retribuzione per la prestazione lavorativa eseguita e non, invece, ogni ulteriore credito derivante dall'incarico, con la conseguenza che non godono di detto privilegio le spese anticipate per conto del cliente, l'IVA, il contributo previdenziale integrativo (salvo per i dottori commercialisti per i quali una legge del 1986 stabilisce la natura privilegiata anche di tale corrispettivo).

Se l'attività professionale è esercitata, come sempre più spesso accade, in strutture associate, ai fini del riconoscimento del privilegio occorre fare una distinzione: sono certamente escluse dalla prelazione le prestazioni d'opera svolte da società commerciali tra professionisti nelle quali la prestazione è resa impersonalmente attraverso uno o più soci e l'incarico è affidato alla società anziché al singolo professionista, con l'effetto che manca il requisito dello svolgimento personale dell'attività.

E' stata invece più dibattuta la possibilità di riconoscere la natura privilegiata nella diversa ipotesi di associazione tra professionisti, non organizzata in forma societaria. Si ritiene ormai pressoché

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

unanimemente che il privilegio possa essere riconosciuto al professionista facente parte di un'associazione laddove emerga la natura personale del rapporto tra il cliente ed il singolo professionista appartenente all'associazione, ossia quando risulti rispettato il principio di cui all'art. 2232 C.C. in ossequio al quale l'incarico deve essere eseguito personalmente.

(a cura di C.Z.)

A	Categoria:	SCONTO BANCARIO
B	Classe:	privilegio speciale
C	Artt. privilegio	artt. 2761 e 2778 n. 13 C.C.; art. 53 L.F.
D	Documentazione:	contratto stipulato per iscritto, avente data certa; estratti conto da cui risultano gli addebiti in conto delle somme anticipate al correntista e da questi non restituite alla banca con la cessione del credito; effetti cambiari in originale.
E	Attività di verifica:	verificare che il contratto sia stato stipulato per iscritto ed abbia data certa anteriore al fallimento; verificare se si tratta di credito fondato su sconto di cambiali o su sconto di tratte documentate; verificare se il credito sia o meno scaduto.
F	Possibili problematiche:	<p>L'istituto di credito, il quale prospetti una sua ragione di credito verso il cliente fallito, derivante da un rapporto obbligatorio regolato in conto corrente e ne chiedi l'ammissione allo stato passivo, ha, in primo luogo, l'onere di dare piena prova del suo credito ex art. 2697 cod. civ. e produrre non solo il contratto, che deve essere stipulato per iscritto ed avere data certa anteriore al fallimento ex art. 2704 C.C., ma anche gli estratti conto ai quali, però, anche se non contestati ai sensi degli artt. 1832 C.C. e 119 T.U.B., non può essere riconosciuto pieno valore probatorio, in considerazione dell'estraneità del curatore al rapporto tra banca e correntista ed al regime configurato dall'art. 1832 C.C. applicabile, ex art. 1857 C.C., alle altre operazioni regolate in conto corrente, allo scopo di rendere il conto periodicamente certo e definito tra le parti (Cass., 9 maggio 2001, n. 6465; Trib. Udine 7 dicembre 2012).</p> <p>Bisogna, poi, distinguere il caso dello sconto di cambiale o assegno bancario, regolato all'art. 1859 C.C., da quello di tratte documentate, di cui all'art. 1860 C.C. Nel primo caso, infatti, lo sconto avviene mediante girata del titolo di credito in favore della banca, che, in caso di mancato pagamento, matura, nei confronti del correntista, il mero diritto alla restituzione della somma anticipata, in relazione alla quale deve fornire la prova dell'accredito sul conto corrente di corrispondenza, attraverso la produzione del relativo estratto. In questa ipotesi il relativo credito deve essere ammesso al passivo al chirografo. Nel caso in cui, invece, si tratti di sconto di tratte documentate, la banca, previa deduzione dell'interesse, anticipa al cliente venditore di merci il prezzo delle stesse: il cliente, in cambio, trasferisce le tratte emesse sul compratore e, insieme, i titoli rappresentativi delle merci. La banca, così, mediante la girata acquista un diritto di credito sul prezzo delle merci e, allo stesso tempo, assume l'obbligo di eseguire il contratto di vendita, consegnando i titoli</p>

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

		<p>rappresentativi al compratore. In tal modo, al contratto di sconto si accompagna un contratto di mandato, con cui la banca assume la veste di mandataria, incaricata di eseguire una vendita su documenti. La banca che ha scontato tratte documentate ha sulla merce lo stesso privilegio del mandatario finché il titolo rappresentativo è in suo possesso. Il privilegio predetto, per il combinato disposto degli art. 2761 e 2756 C.C., ha effetto anche in pregiudizio dei terzi che hanno diritti sulla cosa - salvo che il creditore non sia in male fede - ed è assistito dal diritto di ritenzione e dallo <i>jus vendendi</i> secondo le norme stabilite per la vendita del pegno; esso, inoltre, rientra fra quelli che, secondo l'art. 53 L.F., attribuiscono al titolare il diritto di realizzare il proprio credito anche durante il fallimento, previa ammissione al passivo con prelazione, e di essere pagato dal curatore che intenda riprendere le cose sottoposte al privilegio stesso (Cass., 27 marzo 1979, n. 1768). Il credito va, quindi, ammesso al privilegio ex artt. 2761 e 2778 n. 13 C.C.</p> <p>Trattandosi di privilegio speciale da esercitarsi, quindi, sui beni oggetto del finanziamento, ai fini del suo riconoscimento, secondo l'orientamento di alcuni Giudici (anche del Tribunale di Milano), i beni dovrebbero essere inventariati dalla procedura. A tal proposito si ricorda, però, che la Corte di Cassazione a seguito della sentenza delle SS.UU. del 20 dicembre 2001, n. 16060, ha adottato l'orientamento secondo cui l'ammissione al passivo fallimentare non presuppone, ove si tratti di privilegio speciale su determinati beni, nè l'attuale esistenza degli stessi, nè che questi siano già stati acquisiti alla massa, con la conseguenza che deve demandarsi alla fase del riparto la verifica della sussistenza o meno dei beni stessi, da cui dipende l'effettiva realizzazione del privilegio speciale (Cass., 21 giugno 2012, n. 10387; Cass., 24 marzo 2011 n. 6849; Cass., 24 ottobre 2005, n. 20550; Cass. SS.UU. 20 dicembre 2001, n. 16060). In tutti i casi, l'ammissione del credito al passivo del correntista scontatario è subordinata alla duplice condizione che il credito ceduto sia scaduto (diversamente, il credito deve essere ammesso con riserva ex art. 55 L.F.) e della consegna al curatore delle cambiali/tratte in originale.</p>
G	Proposta tipo:	<p>Trattandosi di credito scaduto derivante da sconto di tratte documentate, consegnate in originale al curatore, validamente costituito prima della dichiarazione di fallimento e opponibile alla procedura in quanto risultante da scrittura avente data certa e comprovato dagli estratti conto della fallita: si propone l'ammissione al privilegio ex artt. 2761-2778 n.13 C.C. per € xxxx come da domanda</p>

(a cura di G.R.)

SCONTO BANCARIO

Il contratto di sconto bancario, disciplinato dagli artt. 1858 e s.s. C.C., è il contratto con il quale la banca, previa deduzione dell'interesse, anticipa al cliente l'importo di un credito verso terzi, che il cliente non è in grado di realizzare immediatamente, o perché lo stesso non è ancora scaduto, o perché il pagamento deve avvenire in luogo diverso da quello in cui la banca si trova. Il cliente cede alla banca il suo credito, salvo buon fine, ossia *pro solvendo*.

Se lo sconto avviene mediante girata di cambiali o assegni bancari (art.1859 C.C.), la banca acquista tutti i diritti spettanti al prestatore o al giratario di cambiale verso l'emittente o il trattario o il girante e, in caso di mancata realizzazione del credito cambiario, ha diritto alla restituzione della somma anticipata: all'azione cambiaria, cioè, si accompagna la possibilità di un'azione causale sulla base dello sconto dell'effetto.

Con lo sconto di tratte documentate (art.1860 C.C.), poi, la banca, previa deduzione dell'interesse, anticipa ad un cliente venditore di merci il prezzo delle stesse: il cliente, in corrispettivo, trasferisce le tratte emesse sul compratore e, insieme, i titoli rappresentativi delle merci. La banca, così, mediante la girata acquista un diritto di credito sul prezzo delle merci, ma, insieme, assume l'obbligo di eseguire il contratto di vendita, consegnando i titoli rappresentativi al compratore. In tal modo, al contratto di sconto si accompagna un contratto di mandato, con cui la banca assume la veste di mandataria, incaricata di eseguire una vendita su documenti. La banca che ha scontato tratte documentate ha sulla merce lo stesso privilegio del mandatario finché il titolo rappresentativo è in suo possesso, anche in pregiudizio dei terzi che vantino diritti sul bene, salvo che il creditore non sia in malafede, ed è assistito dal diritto di ritenzione e dallo *jus vendendi* secondo le norme stabilite per la vendita del pegno; esso, inoltre, rientra fra quelli che, secondo l'art. 53 l. fall., attribuiscono al titolare il diritto di realizzare il proprio credito anche durante il fallimento, previa ammissione al passivo con prelazione, e di essere pagato dal curatore che intenda riprendere le cose sottoposte al privilegio stesso (Cass., 27 marzo 1979, n. 1768).

(a cura di G.R.)

A	Categoria:	SINDACI
B	Classe:	privilegio generale
C	Artt. privilegio	artt. 2400, 2402 e 2751- <i>bis</i> n.2 C.C.
D	Documentazione:	atto costitutivo della s.p.a. se si tratta di sindaci nominati per la prima volta; delibera assembleare se si tratta di nomina successiva ex art. 2400 C.C.; statuto/delibera assembleare che determina la retribuzione.
E	Attività di verifica:	accertare l'effettiva sussistenza della carica e la retribuzione del sindaco stabilita dalla società, e che le prestazioni cui si riferisce il credito siano state compiute negli ultimi due anni.
F	Possibili problematiche:	ai sensi dell'art. 2751- <i>bis</i> n. 2 C.C., deve essere ammesso al privilegio il credito per le prestazioni professionali svolte dal sindaco negli ultimi due anni (Cass. 20 febbraio 2012, n. 2446; Trib. Milano, 27 novembre 2008, n. 14123). Nell'eventualità in cui siano stati accertati inadempimenti dei sindaci in assenza dei quali gli amministratori non avrebbero potuto incorrere nelle violazioni della legge o dell'atto costitutivo, il credito andrebbe escluso.
G	Proposta tipo:	Trattasi di credito per prestazioni professionali svolte dal sindaco negli ultimi due anni e richiesto anche sull'IVA, la CPA e le spese. Si ammette al privilegio ex art. 2751- <i>bis</i> n.2 C.C. per € XXX; si ammette al chirografo per € XXX, escluso il privilegio trattandosi di rimborsi; IVA e CPA al chirografo nel <i>quantum</i> percentuale da calcolarsi al riparto sulle somme ripartite dietro presentazione della fattura.

(a cura di G.R.)

SINDACI

Ai sindaci spetta il controllo interno delle società capitali.

Nelle società per azioni che adottano il sistema dualistico o il sistema monistico, il controllo è attribuito però ad organi diversi (consiglio di sorveglianza e comitato per il controllo sulla gestione).

Il controllo si sostanzia nella vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto (nonché delle norme autoregolamentari cui la società abbia aderito), sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento (art. 2403 C.C.). In presenza di alcuni presupposti, il collegio sindacale può essere chiamato a svolgere anche la funzione di revisione legale dei conti, in particolare nelle società a responsabilità limitata.

Nelle società per azioni che adottano il sistema tradizionale, il controllo è esercitato dal collegio sindacale, che è composto da tre o cinque membri effettivi, oltre a due sindaci supplenti (art. 2397 C.C.). Nelle società a responsabilità limitata, la nomina dell'organo di controllo, che, salvo diversa disposizione dello statuto è costituito da un sindaco unico, è imposta nel caso in cui: (a) la società sia tenuta alla redazione del bilancio consolidato; (b) la società controlli una società tenuta alla revisione legale dei conti; (c) la società abbia superato per due esercizi consecutivi due dei limiti dimensionali individuati dalla legge ai fini della redazione del bilancio in forma abbreviata (art. 2477 C.C.).

I sindaci devono possedere i requisiti previsti dalla legge (art. 2397, comma 2, C.C.). In particolare, almeno un membro effettivo e un membro supplente devono essere scelti tra gli iscritti nel registro dei revisori legali, mentre i restanti membri possono essere scelti anche tra gli iscritti agli albi professionali individuati dal Ministero della Giustizia (tra i quali, quello degli avvocati e dei commercialisti) oppure tra i professori universitari di ruolo in materie giuridiche ed economiche. Nelle società a responsabilità limitata, nelle quali il collegio sindacale (o il sindaco unico) svolga la revisione legale, i sindaci devono essere scelti tra gli iscritti nel registro dei revisori legali.

I primi sindaci sono nominati dall'atto costitutivo; successivamente, la nomina spetta all'assemblea.

I sindaci restano in carica per tre anni e lo statuto non può prevedere una durata diversa. La scadenza del triennio viene fatta coincidere con la data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della carica (art. 2400 C.C.).

I sindaci possono essere revocati dall'assemblea solo per giusta causa e la relativa deliberazione deve essere approvata con decreto del tribunale (art. 2400, comma 2, C.C.).

Il compenso annuale dei sindaci può essere stabilito nello statuto o, in mancanza, deve essere determinato dall'assemblea per l'intero periodo di durata dell'ufficio (art. 2402 C.C.).

A garanzia dell'indipendenza dei sindaci, il compenso è invariabile.

Dibattuta è la natura del rapporto che intercorre tra società e sindaci. In ogni caso, è ormai pacifico che l'attività svolta dai sindaci sia qualificabile come attività di prestazione d'opera intellettuale (tenuto anche conto dei requisiti che i sindaci devono possedere). Il credito dei sindaci deve pertanto ritenersi assistito da privilegio generale sui mobili per gli ultimi due anni di prestazione (art. 2751-*bis*, comma 1, n. 2, C.C.).

(a cura di M.A.)

A	Categoria:	SOMMINISTRAZIONE
B	Classe:	chirografo/prededuzione
C	Artt. privilegio	artt. 72, 74, 104, 111 L.F.
D	Documentazione:	contratto; fatture
E	Attività di verifica:	nel caso di esercizio provvisorio dell'impresa fallita, verificare se il contratto di somministrazione fosse in corso al momento della dichiarazione di fallimento
F	Possibili problematiche:	il credito derivante da un contratto di somministrazione ha generalmente natura chirografaria. La giurisprudenza di legittimità ritiene, però, che in caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica (fra cui, appunto, quello di somministrazione) pendenti al momento della dichiarazione di fallimento ed in presenza di esercizio provvisorio dell'impresa fallita, disposto ex art. 104 L.F., i relativi crediti maturati ante fallimento sono o meno prededucibili a seconda che il curatore abbia scelto di subentrare o sciogliersi dal contratto. Se il curatore non subentra nel contratto, la prededucibilità spetterà esclusivamente ai crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio, mentre quelli sorti in precedenza resteranno chirografari (Cass. 19 marzo 2012, n. 4303).
G	Proposta tipo:	Trattandosi di credito derivante da contratto di somministrazione in corso alla data di fallimento, nel quale il curatore è subentrato ai fini dell'esercizio provvisorio: si propone ammissione per € xxxx in prededuzione a titolo di crediti maturati sia prima che nel corso dell'esercizio provvisorio dell'impresa.

(a cura di G.R.)

SOMMINISTRAZIONE

La somministrazione è il contratto, regolato dagli artt. 1559 e ss. C.C., con il quale una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, ad eseguire, a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose. Si tratta di un contratto di scambio consensuale, ad effetti obbligatori, a titolo oneroso ed a prestazioni corrispettive.

È un contratto di durata, in quanto l'esecuzione delle prestazioni è prolungata nel tempo (la durata va ad integrare la causa della somministrazione); da ciò consegue che, in caso di risoluzione, l'effetto dello scioglimento «non si estende alle prestazioni già eseguite».

È un contratto non formale; la forma scritta *ad substantiam* è richiesta soltanto in caso di contratti stipulati con la P.A.

Sotto un profilo strettamente economico, esso è un tipico contratto di impresa, in quanto presuppone che almeno una delle parti (di regola il somministrante) organizzi professionalmente i mezzi necessari per l'esecuzione del contratto, rientrando quindi nella categoria degli imprenditori commerciali.

Si distingue, inoltre, tra somministrazione di consumo e somministrazione d'uso: nel primo caso le cose somministrate passano in proprietà del somministrato al momento della consegna o all'atto dell'erogazione; nel secondo caso, invece, le cose consegnate debbono essere restituite al termine dell'impiego.

(a cura di G.R.)

A	Categoria:	SPEDIZIONIERE
B	Classe:	privilegio speciale/generale
C	Artt. privilegio	artt. 2751- <i>bis</i> n.2, 2761, 2951 C.C.
D	Documentazione:	contratto di spedizione, lettera di consegna, fatture, documentazione comprovante le spese accessorie e doganali sostenute, polizza fideiussoria, iscrizione all'albo degli spedizionieri doganali
E	Attività di verifica:	accertare se il contratto è di spedizione in senso lato o se si tratta di spedizioniere doganale. Nella seconda ipotesi, verificare la sussistenza dei requisiti per la qualifica di spedizioniere doganale (iscrizione all'albo), il tipo di attività svolta e le spese sostenute
F	Possibili problematiche:	<p>bisogna distinguere lo spedizioniere puro dallo spedizioniere doganale.</p> <p>Lo spedizioniere puro è l'organizzatore del servizio di trasporto il quale, in base alla propria competenza professionale, cerca le soluzioni ed i soggetti più idonei per soddisfare le esigenze del committente sulla base del contratto di spedizione. Il credito dello spedizioniere puro, sia per il compenso sia per le anticipazioni, è assistito dal privilegio speciale riconosciuto al mandatario, nella cui figura rientra lo spedizioniere, ex art. 2761 C.C., da esercitarsi sui beni del mandante detenuti in esecuzione del mandato (Trib. Salerno, 13 marzo 1993).</p> <p>Lo spedizioniere doganale è un professionista che attende a tutte le formalità doganali nello scambio internazionale e rappresenta il proprietario della merce nelle operazioni presso l'Autorità doganale (art. 1 L. n. 213/2000). Per potersi qualificare spedizioniere doganale è necessario essere iscritti ad un apposito albo e la prova dell'iscrizione è necessaria per poter far valere la qualifica.</p> <p>Alcune più risalenti pronunce di merito, fra cui Trib. Torino, 8 gennaio 1969, hanno riconosciuto anche in capo allo spedizioniere doganale solo il privilegio del mandatario sui beni di proprietà del mandante, in quanto detenuti per l'esecuzione del contratto, ai sensi dell'art. 2761, secondo comma, C.C..</p> <p>Per il credito dello spedizioniere doganale persona fisica o società di persone deve essere riconosciuto invece il privilegio ex art.2751-<i>bis</i> n.2 C.C., che deve essere negato per la persona giuridica, in quanto a questa non potrebbe essere riconosciuta la qualità di prestatore d'opera intellettuale, propria delle sole persone fisiche.</p> <p>Se lo spedizioniere anticipa per conto del committente le somme dovute allo Stato per operazioni doganali, non ha diritto</p>

Commissione Procedure Concorsuali dell'Ordine degli Avvocati di Milano

		<p>alla surrogazione legale nel privilegio dello Stato (Trib. Vicenza, 6 dicembre 1989).</p> <p>Se invece lo spedizioniere si avvale del diritto di differire il pagamento di tali somme e stipula una polizza fideiussoria sostitutiva della cauzione, il fideiussore che abbia pagato avrà diritto di regresso diretto nei confronti del proprietario della merce (Cass. 28 gennaio 2013, n.1885; Cass. 24 gennaio 2002, n. 845).</p> <p>Si deve, infine, rilevare che al contratto di spedizione è applicabile il regime di prescrizione breve di cui all'art. 2951 C.C., a norma del quale si prescrivono in un anno i diritti derivanti dal contratto di spedizione (Cass. 6 agosto 2004, n. 15186). Tale termine è elevato a 18 mesi nel caso in cui il trasporto abbia inizio o termine fuori Europa. Il termine decorre dall'arrivo a destinazione della merce o, in caso di sinistro, dal giorno di questo, ovvero dal giorno in cui è avvenuta o sarebbe dovuta avvenire la riconsegna della cosa al luogo di destinazione.</p> <p>In materia di prescrizione, la Cassazione ha anche precisato che il termine annuale non si applica ai diritti di surrogazione e regresso derivanti dall'anticipazione delle somme dovute allo Stato da parte, rispettivamente, dello spedizioniere o del fideiussore, cui si applica il regime di prescrizione quinquennale di cui all'art. 84 d.P.R. n. 43/1973 (Cass. 14 febbraio 1997, n. 1413).</p>
G	Proposta tipo:	<p>Trattasi di credito per prestazioni del professionista che ha atteso alle formalità doganali nello scambio internazionale.</p> <p>[Nel caso di spedizioniere puro] Si ammette al privilegio ex art. 2761 C.C. per € XXX.</p> <p>[Nel caso di spedizioniere doganale] Si ammette al privilegio ex art.2751-<i>bis</i> n. 2 C.C., escluso il privilegio ex art. 2758 C.C. sul credito corrispondente alle somme anticipate allo Stato per operazioni doganali, in quanto lo spedizioniere non ha diritto alla surrogazione legale nel privilegio dello Stato.</p>

(a cura di G.R.)

SPEDIZIONIERE

Lo spedizioniere è un imprenditore che svolge abitualmente l'attività di spedizione di cose per terra, per mare o per aria.

Il contratto di spedizione è uno speciale contratto di mandato, regolato dal codice civile, con il quale lo spedizioniere assume l'obbligazione di concludere, in nome proprio e per conto del mandante, un contratto di trasporto e quella di compiere le operazioni ad esso accessorie (ad esempio, la custodia, il carico e lo scarico delle merci).

A differenza del vettore, lo spedizioniere non si obbliga ad eseguire un trasporto di merci con mezzi propri. Tuttavia, lo spedizioniere che con mezzi propri o altrui abbia assunto, in tutto o in parte, l'esecuzione del trasporto, ha i diritti e gli obblighi del vettore (art. 1741 C.C.). Si potrebbe ritenere che in tale fattispecie siano conclusi due contratti – uno di spedizione ed uno di trasporto – oppure che sia concluso un unico contratto in cui prevale il regime legale del trasporto. Ad ogni modo, per stabilire se lo spedizioniere sia anche un vettore si deve verificare se vi sia o meno assunzione a suo rischio del risultato finale del trasferimento.

In quanto speciale mandato senza rappresentanza, il contratto di spedizione crea rapporti tra il committente e lo spedizioniere, ma non anche tra il committente ed i terzi, con i quali lo spedizioniere contrae in esecuzione dell'incarico ricevuto.

Per quanto concerne i suoi obblighi, lo spedizioniere è tenuto ad osservare le istruzioni del committente e, in mancanza di istruzioni, deve operare nel suo interesse. Salvo che gli sia stato diversamente ordinato e salvi gli usi contrari, lo spedizioniere non ha l'obbligo di provvedere all'assicurazione delle cose spedite (art. 1739 C.C.).

In conformità al principio della normale onerosità del mandato (art. 1709 C.C.), al quale la normativa specifica della spedizione non deroga, la provvigione è un elemento essenziale del contratto. In base all'art. 1740 C.C. la misura della retribuzione dovuta allo spedizioniere per l'esecuzione dell'incarico si determina, in mancanza di convenzione, secondo le tariffe professionali o, in mancanza, secondo gli usi del luogo in cui avviene la spedizione.

L'imprenditore che – in forma individuale o in forma societaria – intenda svolgere l'attività di spedizioniere, deve essere in possesso dei requisiti morali, finanziari e professionali stabiliti dall'art. 6 L. 14 novembre 1941, n. 1442.

L'art. 76 D.Lgs. 26 marzo 2010, n. 59 ha soppresso l'elenco autorizzato degli spedizionieri. Con l'entrata in vigore del decreto attuativo di tale decreto legislativo l'imprenditore che intenda svolgere l'attività di spedizioniere è tenuto ad iscriversi nel Registro delle Imprese e nel REA.

E' invece tenuto ad iscriversi negli albi professionali istituiti dalla L. 22 dicembre 1960, n.1612 lo spedizioniere doganale, il quale è un professionista che attende alle formalità doganali nello scambio internazionale di merci, in nome e per conto del proprietario delle merci medesime.

(a cura di S.G.)

**APPENDICE
GIURISPRUDENZA**

1

AGENTI E RAPPRESENTANTI

Corte Costituzionale 27 febbraio 1996, n. 55 riconosce il privilegio non solo ad agenti come persone fisiche, ma anche come società di persone sempre che “il lavoro abbia una funzione preminente sul capitale e l’attività dell’agente venga svolta direttamente dai soci”.

Corte di Cassazione, 14 giugno 2000, n. 8114 accorda il privilegio generale sui mobili ex art. 2751-bis C.C. alle provvigioni ed indennità derivanti dal rapporto di agenzia, ma solo a persone fisiche, con esclusione dei casi in cui l’attività dell’agente sia svolta da società di capitali.

Corte di Cassazione, 15 giugno 2000, n. 8171 accorda il privilegio generale sui mobili alle provvigioni e indennità derivanti dal rapporto di agenzia, indipendentemente dal se l’agente/creditore sia persona fisica ovvero società di persone.

Tribunale di Milano 24 settembre 1981 (Fall. 1982, 1488): “Ai crediti spettanti alle società per provvigioni relative ad un rapporto di agenzia intervenuto con il debitore fallito non possono essere riconosciuti né il privilegio di cui all’art. 2751-bis, n. 3 cc, né la rivalutazione monetaria.”

Tribunale Roma 19 settembre 2007 (ilcaso.it): “Ex art. 2751-bis n. 3 C.C.... la decorrenza a ritroso di tale ultimo anno non parte dalla data di dichiarazione dell’insolvenza, ma dalla cessazione del rapporto ... Prescinde da qualsiasi riferimento o limitazione temporale il riconoscimento che l’art. 2751-bis n. 3 fa del privilegio relativo all’indennità di risoluzione del rapporto ... Altrettanto è da dirsi riguardo all’indennità di mancato preavviso, istituto di natura contrattuale che, seppure espressamente non menzionato nella norma sopra richiamata, è inscindibilmente legato alla cessazione del rapporto ... Diversamente è da dirsi, invece, per ciò che riguarda l’indennità suppletiva di clientela. Anch’essa costituisce un istituto previsto dalla contrattazione collettiva e non dalla legge, ma riferendosi alla fisiologia del rapporto non contiene alcuna attinenza o collegamento con la risoluzione e con la relativa tutela, né con la maturazione delle provvigioni.”

(a cura di A.G.)

2

AGENZIA PER IL LAVORO

Tribunale di Nola, 26 giugno 2008 (www.jusit.com): “La norma introdotta dalla legge 388/2000 attribuisce la prelazione ai soli crediti per retribuzioni ed oneri addebitati al soggetto utilizzatore della prestazione e non appunto anche al ‘margine di guadagno’. In sede fallimentare, al fine di ottenere il riconoscimento del privilegio dettagliato, la società di servizi dovrà quindi dimostrare l’appartenenza al novero soggettivo indicato, comprovare il contratto di fornitura siglato con l’utilizzatrice e dimostrare gli oneri retributivi e contributivi sostenuti per la forza lavoro assunta ed inviata alla richiedente...”

(a cura di A.G.)

4

AMMINISTRATORE

Tribunale di Firenze 2 maggio 2001 (Foro Toscana, 2002, 93): “Il privilegio di cui all’art. 2751-*bis* n. 2 C.C. assiste lo svolgimento di un’attività di opera riconducibile nella previsione di cui all’art. 2222 C.C. mentre l’attività dell’amministratore non è comunque qualificabile come prestazione di opera del terzo che instauri con la società un rapporto contrattuale, ma ha i caratteri della medesima attività societaria, considerato che l’amministratore si identifica organicamente con essa.”

Corte di Cassazione, 27 febbraio 2014, n. 4769: “Il credito costituito dal compenso in favore dell’amministratore di società, anche se di nomina giudiziaria, non è assistito dal privilegio generale di cui all’art. 2751-*bis*, n. 2, cod. civ., atteso che egli non fornisce una prestazione d’opera intellettuale, né il contratto tipico che lo lega alla società è assimilabile al contratto d’opera, di cui agli artt. 2222 e ss. cod. civ. non presentando gli elementi del perseguimento di un risultato, con la conseguente sopportazione del rischio, mentre l’“opus” (e cioè l’amministrazione) che egli si impegna a fornire non è, a differenza di quello del prestatore d’opera, determinato dai contraenti preventivamente, né è determinabile aprioristicamente, identificandosi con la stessa attività d’impresa”.

Corte di Cassazione, 26 febbraio 2002, n. 2769: “L’attività svolta dal liquidatore di società non è caratterizzata, in modo preminente, dalla prestazione di un’opera intellettuale, ancorché, a svolgerla, possano essere chiamati dei professionisti legali o commerciali, e quantunque il compimento di una parte delle operazioni richieste possa implicare la soluzione di problemi tecnico - giuridico di considerevole complessità. Da ciò consegue che il credito vantato dal liquidatore stesso quale corrispettivo per l’opera prestata non può dirsi assistito dal privilegio di cui all’art. 2751-*bis* n. 2 del codice civile.”

(a cura di C.Z.)

5

ARTIGIANO

Corte di Cassazione, 31 maggio 2011, n. 12013: individua i presupposti per la valutazione del carattere artigiano di un’impresa ai fini del riconoscimento del privilegio ex art. 2751-*bis* n. 5 C.C.

Corte di Cassazione, 4 febbraio 2009, n. 2713: “L’iscrizione all’albo di un’impresa artigiana, legittimamente effettuata ai sensi dell’art. 5 della citata L. n. 443 del 1985, pur avendo natura costitutiva ai fini dell’ottenimento delle provvidenze regionali, non spiega alcuna influenza, *ex se*, ai fini dell’applicazione dell’art. 2751-*bis* n. 5 C.C. dettato in tema di privilegi, dovendosi, a tal fine, ricavare la relativa nozione alla luce dei criteri fissati, in via generale, dall’art. 2083 C.C.”.

Corte di Cassazione, 26 agosto 2005, n. 17396: “Il privilegio previsto dall’art. 2751-bis, n. 5 codice civile per i crediti dell’impresa artigiana e delle società od enti cooperativi di produzione del lavoro, per i corrispettivi dei servizi prestati e della vendita di manufatti, non è applicabile al credito per compenso di appalto d’opera, neppure in via di interpretazione estensiva. Infatti, la *ratio* del privilegio previsto dalla succitata norma è di rafforzare la tutela dei crediti derivanti da prestazione lavorativa destinata a soddisfare le esigenze di sostentamento del lavoratore, alla quale è riconducibile quella svolta nell’esecuzione di un appalto di servizio o nella vendita di manufatti”.

_(a cura di A.G.)

6

ASSICURAZIONE

Corte di Cassazione, 3 marzo 2010, n. 5172 : “In tema di danni derivanti dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, la CONSAP S.p.A. (Concessionaria servizi assicurativi pubblici) ove corrisponda all’impresa cessionaria del portafoglio della compagnia assicuratrice, sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, le somme necessarie a soddisfare le richieste risarcitorie dei danneggiati, ai sensi dell’art. 3 del D.L. n. 576 del 1978 (conv. nella legge n. 738 del 1978), fa fronte ad un debito non proprio ed ha, quindi, diritto di rivalsa nei confronti della predetta compagnia, esercitabile mediante insinuazione al passivo della procedura stessa, ex art. 29 della legge n. 990 del 1969”.

(a cura di A.G.)

7

CONAI – CONSORZIO NAZIONALE IMBALLAGGI (FORNITORE)

Tribunale di Milano, 26 giugno 2006 (Fall. 2007, 340): “Il credito CONAI per il c.d. contributo ambientale non è assistito da alcun privilegio”.

Corte Appello Milano 19 settembre 2007: “L’art. 10, comma II, L. 93/2001, modificando l’art. 41, comma VI, D. Lgs. 22 del 1997 ha attribuito al CONAI la “personalità di diritto privato”, esprimendo la volontà legislativa di non considerare più il CONAI come organo “indiretto” della PA, ovvero come concessionario del servizio pubblico di raccolta dei rifiuti.

Tribunale di Monza, 2 marzo 2004, n. 730 (www.Reteambiente): “Il legislatore ha attribuito nel 2001 (legge 23 marzo 2001 n. 93) al CONAI la natura di ente con personalità di diritto privato... i contributi costituiscono una obbligazione *ex lege* imposta ai produttori di imballaggi che trova fondamento – oltre che nella natura obbligatoria del vincolo consortile – nell’intrinseca incisione sull’equilibrio ambientale degli imballaggi, nonché nella necessità di dotare di risorse finanziarie l’organismo deputato per legge a coordinare il riciclaggio di tali rifiuti inquinanti ...non vi è alcuno

spazio argomentativo per attribuire a tale contributo l'estensione del privilegio di cui all'art. 2758 C.C.”.

(a cura di A.G.)

8

CONDOMINIO NEGLI EDIFICI (SPESE CONDOMINIALI)

Crediti condominiali maturati prima del fallimento

Tribunale di Milano, 22 maggio 1995 (Cond. Via Balzac n. 3 c. Fall. Carzaniga Aldo): “I crediti per spese condominiali non sono assistiti dal privilegio di cui all'art. 2764 C.C. che riguarda esclusivamente il credito relativo a canoni di locazione”.

Tribunale di Milano, 27 luglio 1995 (Cond. Viale S. Gemignano n. 13/A c. Fall. Grasso Leandro): “La circostanza che il fallito sia comproprietario di un immobile con il coniuge non impedisce al Condominio di insinuarsi ed essere ammesso al passivo del fallimento per l'intero credito vantato, ai sensi dell'art. 61 legge fallimentare.”

Tribunale di Milano 23 luglio 1992 (Cond. Verdemare c. Fall. Stibilini Luciano): “Il credito per prestazioni e spese relative alla conservazione e al miglioramento degli immobili non è assistito da alcun privilegio”.

Crediti condominiali maturati dopo il fallimento

Tribunale di Milano 10 ottobre 1991 (Cond. Via Crespi n. 16 c. Fall. Accardi Gaspare): “I crediti per spese condominiali maturati prima della dichiarazione del fallimento del condomino, sono di natura concorsuale e vanno soddisfatti nelle forme e nei modi previsti dalla procedura; viceversa, sono di natura prededucibile le spese condominiali maturate nel corso del fallimento del soggetto obbligato.”

Crediti condominiali maturati dopo il fallimento quando gli immobili sono occupati dai promissari acquirenti

Tribunale di Varese 9 luglio 2001, n. 588 in senso conforme a Cassazione, 20 agosto 1997 n. 7756: “La circostanza che i medesimi immobili siano occupati *sine titulo* (...) è circostanza che ovviamente non rileva al fine del presente giudizio. (...) Non vi è dubbio inoltre che le spese condominiali di natura ordinaria e straordinaria riconducibili a beni di proprietà della SCRL siano oggetto di prededuzione ai sensi dell'art. 111 L.F. così come richiamato dall'art. 212 L.F.”

Crediti condominiali maturati dopo il fallimento quando l'immobile è occupato dal fallito

Tribunale di Roma, 16 giugno 1999 (Cond. San Giovanni Bosco c. Fall. Basconi Mario): “Le spese inerenti al godimento dell'immobile, adibito a casa del fallito, compresi gli oneri condominiali relativi alla gestione ordinaria dei servizi comuni, per il periodo successivo alla dichiarazione di fallimento, sino a quando l'immobile è da lui abitato, non rientrano tra i debiti contratti per l'amministrazione della procedura e non devono, perciò, soddisfarsi in prededuzione, ma rimangono ad esclusivo carico del fallito” (conforme: Tribunale di Roma 11 gennaio 1999, Cond. Via Francesco Catel c. Fall. Botticelli Domenico).

Tempi di pagamento

Tribunale di Milano, 6 maggio 1999 (Cond. Il Sole di Genova Pegli c. Fall. Srl Impresa Installazioni Elettriche): “Nel fallimento non è configurabile una mora colpevole nel soddisfacimento dei crediti prededucibili in considerazione dei tempi e delle modalità applicabili nella ripartizione dell’attivo realizzato dalla procedura, salvo il caso in cui l’esistenza di tali crediti sia incontestata e ciò nonostante non siano soddisfatti pur in presenza di disponibilità liquide da parte del curatore”.

(a cura di A.G.)

9

CONTO CORRENTE E APERTURA DI CREDITO

Tribunale di Udine, 7 dicembre 2012 (ilcaso.it): “La Banca che voglia insinuare al passivo fallimentare un credito derivante da un affidamento regolato su un conto corrente di corrispondenza non può limitarsi a produrre l’estratto del libro giornale dei crediti in sofferenza, sia pure con attestazione di un notaio sulla regolare vidimazione del libro giornale e sulla conformità alla legge della contabilità della Banca, ma deve necessariamente produrre anche gli estratti di conto corrente. Con la conseguenza che, se gli estratti di conto corrente sono prodotti soltanto in sede di successiva opposizione allo stato passivo, la Banca, ancorché vittoriosa, non può ottenere la condanna della Curatela al pagamento delle spese di lite, avendo dato causa al giudizio di opposizione con la sua produzione tardiva”.

Tribunale Vigevano, 22 febbraio 2010 (Ilcaso.it): “Al fine di ottenere l’ammissione del saldo negativo risultante dal conto corrente, la banca deve produrre in giudizio non solo la copia degli estratti conto relativi al rapporto che ha generato il credito, ma anche il contratto di conto corrente munito di data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento”.

Tribunale di Pescara, 18 aprile 2008 (ilcaso.it): “Ai fini dell’ammissione del credito al passivo, non sono opponibili al fallimento, e non devono pertanto essere ammessi, i crediti fondati su scritture private relative a negozi per i quali la legge prevede la forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem* che non siano munite di data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento, a meno che la prova dell’anteriorità non venga *aliunde* acquisita (fattispecie relativa a contratti bancari). Poiché per i contratti relativi alle operazioni ed ai servizi bancari la legge prescrive, a pena di nullità, la forma scritta *ad substantiam*, non può essere ammesso al passivo il credito della banca fondato su rapporti i cui contratti non siano muniti di data certa anteriore al fallimento, essendo peraltro a tal fine insufficiente la produzione degli estratti conto in quanto formati dalla stessa banca, che non ha fornito la prova della comunicazione di essi al cliente e che siano privi di data certa.

In sede fallimentare, la prova dello svolgimento dei rapporti bancari di durata e dell’entità dei relativi crediti a favore della banca non può rinvenirsi soltanto negli estratti conto o nelle risultanze contabili interne alla banca, dovendo essere invece fornita la piena prova del credito mediante la documentazione relativa allo svolgimento del conto.

Tribunale Vicenza, 30 ottobre 2009 (Ilcaso.it): “L’estratto parziale del conto corrente non costituisce prova sufficiente del credito in esso riprodotto ai fini dell’ammissione al passivo, in quanto non consente la piena ricostruzione dei movimenti che hanno condotto alla formazione

delle poste (sia attive che passive) che emergono nella contabilità dell'ultimo periodo del rapporto tenuto con la banca, indicando solo la situazione finale dello stesso rapporto, e non permettono quindi al curatore, nonostante l'approvazione del conto ai sensi dell'art. 1832 C.C., di mettere in discussione la portata ed il significato giuridico dei fatti riportati nell'estratto conto ai sensi dell'art. 1827 C.C., vale a dire l'esistenza, la validità e l'efficacia o l'opponibilità dei titoli giuridici sottostanti ai medesimi”.

Tribunale di Monza, 20 marzo 2002 (www.monza.cameracivile): “In sede di verifica dello stato passivo è pacifica la posizione di terzietà del curatore fallimentare rispetto ai rapporti tra debitore e creditori e rispetto anche ai rapporti interni al ceto creditorio. Pertanto, la banca non può avvalersi nei confronti del curatore fallimentare degli effetti preclusivi della mancata contestazione degli estratti conto precedentemente inviati al debitore fallito con la conseguenza che, nelle controversie in cui sia parte il curatore fallimentare, l'istituto di credito non può mai limitarsi, ai fini della prova del proprio credito e della conseguente ammissione al passivo, a produrre l'ultimo estratto conto sia pur autenticato, essendo, altresì, irrilevante la prova dell'avvenuta spedizione degli estratti conto periodici ai sensi dell'art. 119 D. Lgs. 179/1993, n. 385.

Si ritiene, invece, necessario che la banca produca la copia integrale della scheda del conto corrente riportante tutte le movimentazioni in dare e in avere verificatesi a partire dall'apertura del conto stesso o, quantomeno, quella parte di essa che non risulta in possesso del curatore affinché quest'ultimo possa formulare contestazioni specifiche, in assenza delle quali il credito della banca risultante dal saldo finale potrà considerarsi provato”.

Corte di Cassazione, 9 maggio 2001, n. 6465: “I crediti della banca derivanti da saldi di conto corrente devono essere provati ai sensi dell'art. 2697 C.C. attraverso la documentazione relativa allo svolgimento del conto e, quindi, attraverso il deposito della documentazione inerente le singole operazioni poste in essere e dalle quali trae origine il credito”.

(a cura di A.G.)

10

CONTRATTO PRELIMINARE DI VENDITA IMMOBILIARE

Contratto preliminare di cosa futura:

Cassazione, 1 dicembre 2010, n. 24396: “Il contratto preliminare di vendita di cosa futura ha come contenuto la stipulazione di un successivo contratto definitivo e costituisce, pertanto, un contratto in formazione, produttivo, dal momento in cui si perfeziona, di semplici effetti obbligatori preliminari, distinguendosi dal contratto di vendita di cosa futura che si perfeziona *ab initio* e attribuisce lo *jus ad habendam rem* nel momento in cui la cosa venga ad esistenza; ne consegue che, accertata la sussistenza di un contratto preliminare di vendita di cosa futura, nel caso di fallimento del promittente venditore, anche quando il promissario acquirente abbia già proposto domanda giudiziale per l'adempimento in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 C.C. ed abbia, inoltre, trascritto la domanda stessa, resta impregiudicata per il curatore – ai sensi dell'art. 72 LF – la facoltà di dare esecuzione al contratto, oppure di chiedere lo scioglimento, con l'effetto, in tal caso, che la parte non inadempiente non può insinuare al passivo il credito

risarcitorio costituito dal doppio della caparra confirmatoria versata, dal momento che la *res futura* non è ancora venuta ad esistenza e, conseguentemente, anteriormente all'apertura della procedura concorsuale, non era ancora sorto, in capo al promissario acquirente il diritto al recesso derivante dall'inadempimento dell'altro contraente".

(a cura di A.G.)

11

COOPERATIVE

Tribunale di Milano, 18 maggio 2007 (Guida al diritto 2007, 25, 50): "Il privilegio di cui all'art. 2751-*bis*, n. 5 C.C. tutela i crediti connessi a servizi resi da enti cooperativi di produzione e lavoro, in quanto assimilabili ai crediti da lavoro dipendente e autonomo: tale tutela non spetta ove il credito sia in capo ad un consorzio che non abbia espletato direttamente il servizio, ma si sia limitato a ripartire il servizio stesso tra i singoli consorziati, a nulla rilevando che questi ultimi siano società cooperative. Va aggiunto che anche il dato testuale conforta la tesi contraria al riconoscimento del privilegio, posto che all'art. 2751-*bis* cc si trova il riconoscimento espresso della causa di prelazione ai crediti vantati, oltre che dalle cooperative agricole, dai consorzi di cooperative agricole, mentre analoga estensione non si rinviene al n. 5 del medesimo articolo, a proposito delle cooperative di produzione e lavoro."

Corte d'Appello di Milano, 12 giugno 2008, n. 1912: "Per il riconoscimento del privilegio generale mobiliare ex art. 2751-*bis* n. 5 C.C. è necessario che la società cooperativa provi la prevalenza del fattore lavoro dei soli soci dipendenti rispetto al fattore del capitale investito".

_(a cura di A.G.)

12

COOPERATIVE SOCIALI E AGRICOLE

Tribunale di Bari, 10 dicembre 2004, n. 2463 (DeJure): "Circa l'asserita qualifica di cooperativa agricola di produzione lavoro va ribadito che è ormai principio consolidato in dottrina e giurisprudenza quello secondo cui ai fini del riconoscimento del privilegio ex art. 2751-*bis* C.C. è irrilevante che la cooperativa di produzione e lavoro sia iscritta al relativo albo, dovendosi verificare in concreto la prevalenza del lavoro personale dei soci sugli altri fattori della produzione (Tribunale di Trento 7 giugno 2001 in Giur. Merito 2001). (...) Condizioni per il riconoscimento del privilegio delle cooperative agricole e dei loro consorzi sono (implicitamente confermate dall'identità di *ratio* di tutte le ipotesi dell'art. 2751-*bis* C.C. e dal fatto che il lavoro dei soci è tutelato attraverso il privilegio del credito sorto per la vendita dei loro prodotti): - l'iscrizione al registro prefettizio (senza la quale manca del tutto il requisito soggettivo); - la prevalenza dell'apporto dei prodotti dei soci rispetto agli acquisti da terzi, prescindendo dal concorso di altri fattori di produzione (lavoro altrui, capitale), potendo anche mancare del tutto la partecipazione diretta dei soci all'attività lavorativa dell'ente; - l'appartenenza dei soci della cooperativa e del consorzio a categorie di soggetti che a loro volta potrebbero godere del privilegio, secondo i criteri di attribuzione propri di ciascuna categoria, altrimenti si finirebbe per riconoscerlo anche a

cooperative di commercianti o industriali, solo sulla carta agricoltori (cfr. in tale senso Tribunale di Padova, 7 agosto 2001, Giur. Merito 2001)".

(a cura di A.G.)

13

CREDITO FONDIARIO

Cassazione, 8 luglio 1998, n. 6668: "Il credito corrispondente al capitale e agli interessi su rate di mutuo ipotecario erogato da un istituto di credito fondiario va ammesso al passivo del fallimento con collocazione privilegiata quanto all'importo pari alle semestralità scadute; fino alla risoluzione del contratto, o, in mancanza, fino alla dichiarazione di fallimento, nonché al capitale residuo dopo il computo dell'ultima semestralità, mentre gli interessi trovano collocazione privilegiata limitatamente all'importo maturato nelle due annate anteriori e in quella in corso al momento della dichiarazione di fallimento".

Tribunale Milano, 18 aprile 2008, n. 5125: "In virtù dell'equiparazione tra dichiarazione di fallimento e pignoramento, l'iscrizione di un reddito per capitale al passivo concorsuale fa collocare nello stesso grado anche il credito per gli interessi maturato dopo il compimento dell'annata in corso alla data del fallimento, ma soltanto nella misura legale, senza che a tale principio possano derogare le norme sul credito fondiario che non riguardano la misura degli interessi, la scadenza degli interessi, l'estensione del diritto di prelazione agli interessi di mora (Cass. 8 novembre 1997 n. 11033)"

Tribunale di Bergamo, 17 novembre 2005 (Il caso.it): "L'art. 38 del T.U. delle leggi sul credito fondiario (nella parte in cui prevede che gli interessi producano a pieno diritto, interessi dal giorno della scadenza) non può essere applicato in deroga alla disciplina contenuta nell'art. 54, comma III, legge fallimentare, il quale, per quanto attiene agli interessi, richiama la disciplina prevista dall'art. 2855 cc".

Corte di Cassazione, 28 luglio 2014, n. 17044: "Ai sensi del comma terzo dell'articolo 2855 C.C., sono assistiti dal privilegio ipotecario - oltre le specifiche spese (per l'atto di costituzione dell'ipoteca volontaria, per l'iscrizione e la rinnovazione dell'ipoteca, quelle ordinarie per l'intervento nel processo esecutivo), non solo il capitale iscritto (nei limiti dell'iscrizione del credito effettivamente esistente) ed i soli interessi corrispettivi maturati sul parte capitale iscritto nell'annata in corso al momento del pignoramento (o, in caso di azionamento del credito in via di intervento, al momento di questo) e nel biennio anteriore, purché ne sia enunciata la misura, ma - pure gli interessi, di qualunque natura - e cioè, non rilevando se qualificabili come corrispettivi o moratori - ed al tasso legale via via vigente, maturati successivamente alla annata in corso al momento del pignoramento, ovvero, in caso di azionamento del credito in via di intervento, al momento di questo, sino alla vendita del bene oggetto di ipoteca (in senso conforme Cassazione Cass. 6668/98).

Corte di Cassazione, 24 ottobre 2011, n. 21998: "Deve qualificarsi invero insuperabile l'argomento di ordine tanto letterale quanto sistematico-interpretativo, che induce a ritenere il sintagma "capitale che produce interessi" inequivocabilmente circoscritto ai soli interessi che, in guisa di

frutti civili (art. 820, comma terzo, cod. civ.), costituiscono remunerazione del capitale medesimo, *id est* i (soli) interessi corrispettivi, senza che, neppure in via analogica, possano ritenersi inclusi nei frutti civili della sorte capitale quegli interessi che trovino il loro presupposto, morfologico e funzionale, nel ritardo imputabile al debitore” (pronuncia cui aderisce incidentalmente anche Cass. 25 gennaio 2012, n. 1032 - ove richiami a: Cass. 30 agosto 2007, n. 18312, Cass. 8 novembre 1997, n. 11033, Cass. 29 agosto 1998, n. 8657, Cass. 26 aprile 1999, n. 4124, *ex aliis*).

Corte di Cassazione, 15 gennaio 2013, n. 775: “Le norme degli artt. 2788 e 2855 C.C., nel disporre che la prelazione ipotecaria per gli interessi maturati dopo la scadenza dell’annualità in corso al giorno del pignoramento e fino alla data della vendita ha luogo solo nella misura legale, si riferiscono all’interesse legale previsto dall’art. 1284 C.C.. Ne deriva che è escluso, quindi, ogni riferimento a saggi d’interesse stabiliti in misura superiore da norme speciali (Cass. 30.8.2007, n. 18312; Cass. 17.9.1999, n. 10070; Cass. 8.11.1997, n. 11033; v. anche Cass. 27.9.2012, n. 16480)”.

Corte di Cassazione, 29 gennaio 2009, n. 2213: “L’iscrizione al passivo concorsuale del credito derivante da un mutuo ipotecario non fa collocare nello stesso grado anche il credito relativo alle spese per l’anticipata estinzione del mutuo, per premi di assicurazione e per i cd. “rischi di cambio”; ciò in quanto l’art. 2855, comma 1, cod. civ. fa riferimento a specifiche spese relative alla costituzione, iscrizione e rinnovazione dell’ipoteca, non assimilabili a quelle garanzie supplementari correlate a determinati rischi, da cui la banca ha inteso premunirsi.

(a cura di A.G.)

14

CASSA MUTUA EDILE

Corte d’Appello di Brescia, 6 marzo 2002 (ilcaso.it): “Il credito relativo ai contributi APE e, rispettivamente, APE str., attiene al premio di professionalità edile, già previsto dall’art.10 API 1979, che fa riferimento all’art.32 del CCNL 1979 e, in seguito, dagli artt.19-20 API 1995 in riferimento all’art.30 CCNL 1995. Il contributo dei datori di lavoro in favore del Fondo di professionalità edile, che l’art. 32, cit., espressamente correla all’anzianità professionale, è infatti equiparabile allo scatto di anzianità, al quale è pacificamente riconosciuta natura retributiva.

Il credito del contributo già previsto dall’art.6 API 1979, con riferimento all’art.20 CCNL 1979 (in seguito art. 14 API 1995): si tratta di percentuali sugli importi da corrispondere agli operai a titolo di trattamento economico per ferie, gratifica natalizia, riposi annui e festività soppresse, che le imprese accantonano mediante versamenti mensili a COE e che la Cassa provvede poi a pagare a ciascun operaio secondo la tempistica indicata nel comma terzo dell’art.6, cit. E’ del tutto evidente la natura retributiva del contributo in esame.

Il contributo già previsto dall’art.17 API 1979, con riferimento all’art.44 CCNL 1979 (in seguito art.26 API 1995 e art.37 CCNL 1995), finalizzato, anche in virtù delle previsioni di protocolli aggiuntivi (B ad API 1979 e ad API 1995), a consentire integrazioni salariali ai lavoratori, nel caso di malattia o infortunio, fino al raggiungimento di importo corrispondente al cento per cento della retribuzione: è indubbio che i contributi in esame costituiscono elementi integrativi della retribuzione dei dipendenti e che il credito come tale è assistito dal privilegio di cui all’art.2751-bis, n.1, C.C.”.

Corte di Cassazione, 11 dicembre 2006 n. 26324: “Gli accantonamenti sono costituiti da importi corrispondenti a voci retributive (come ratei di ferie, gratifica natalizia e festività, contributo APE), accantonati presso le Casse dai datori di lavoro, importi che detti enti poi provvedono ad erogare ai lavoratori a scadenze prestabilite nella contrattazione collettiva. In sostanza, attraverso vari e successivi accantonamenti da parte dei datori di lavoro presso la Cassa, i lavoratori percepiscono alle scadenze stabilite dalla contrattazione collettiva, alcune somme retributive che, se corrisposte in occasione dei diversi rapporti di lavoro sarebbero risultate alquanto modeste. Nell'erogare dette somme, quindi, la Cassa Edile assume il ruolo di soggetto intermediario nella erogazione di prestazioni, che altrimenti sarebbero dovute direttamente dal datore di lavoro in conseguenza e quale corrispettivo della prestazione lavorativa. Questo spiega perché gli accantonamenti hanno natura prettamente retributiva, dal che consegue l'applicabilità ad essi del privilegio previsto dall'art. 2751-*bis* C.C., n. 1. Diverso discorso deve farsi per ciò che concerne i contributi, dato che questi attengono a versamenti, in parte dovuti dai lavoratori, mediante trattenute operate dai datori di lavoro, ed in parte da questi ultimi, diretti a dotare le Casse delle disponibilità economiche necessarie per il conseguimento dei loro fini istituzionali, secondo le modalità di erogazione stabilite dalla contrattazione collettiva. Il credito delle Casse per i contributi a loro spettanti, quindi, pur consistendo in una somma di danaro che si identifica in una quota della retribuzione, ha natura diversa da questa, perché spetta a titolo di contributo e non di remunerazione dell'attività lavorativa, non costituendo la retribuzione oggetto della prestazione, ma soltanto la sua base di calcolo; di conseguenza, tale credito non può ritenersi assistito dal privilegio previsto dall'art. 2751-*bis* C.C., atteso che tale norma non menziona tra i crediti privilegiati quelli dovuti alle associazioni sindacali a titolo di contributo e che non è suscettibile, data la sua eccezionalità, di applicazione analogica” (in senso conforme App. Bologna 19/07/2002, n. 864).

Corte di Cassazione, 7 maggio 2012, n. 6869: “Giova premettere che le Casse edili, organismi di origine contrattuale e sindacale, a carattere paritetico (perché gestiti unitamente da rappresentanti, dei sindacati dei lavoratori e da rappresentanti dei datori di lavoro), sono investite del compito di assicurare ai lavoratori del settore edile il pagamento di alcune voci retributive (ferie, festività, permessi, gratifica natalizia, le somme relative all'anzianità professionale, c.d. Ape) che, per l'elevata mobilità che caratterizza il settore, e per la conseguente durata ridotta dei rapporti, risulterebbero di importo minimo, e dunque di problematica erogazione. L'iter legislativo che, dapprima, ha semplicemente incoraggiato l'iscrizione delle imprese alle Casse Edili, è arrivato poi secondo quanto disposto dall'art. 86 comma 10 del decreto legislativo n. 276/2003, a sancire l'obbligatorietà della regolarità contributiva nei confronti di detti enti.

Esse, inoltre, forniscono anche prestazioni che, pur conservando natura in senso lato retributiva, hanno anche una connotazione previdenziale ed assistenziale, ad esempio, integrando i trattamenti di malattia ed infortunio, oppure sostenendo il reddito dei lavoratori durante fasi di sospensione del rapporto dovute a crisi.

Tali prestazioni sono finanziate dai datori di lavoro, versando gli accantonamenti per le prestazioni di natura retributiva, nonché i contributi di competenza per il resto (con un limitato apporto anche dei lavoratori).

Discende che le somme che il datore ha l'obbligo di versare alla Cassa Edile quali accantonamenti destinati al pagamento delle somme dovute per ferie, gratifiche natalizie e festività infrasettimanali, costituiscono somme spettanti ai lavoratori a titolo retributivo.

Poiché il meccanismo normativamente previsto per il pagamento da parte del datore ed il

conseguente diritto dei lavoratori integra una delegazione (ex artt. 1269 e segg. cod. civ.: Cass. 27 maggio 1998 n. 5257), questa Corte ha condivisibilmente ritenuto che la Cassa stessa non diventa obbligata nei confronti del lavoratore con il mero sorgere del rapporto di lavoro, bensì solo con il pagamento, da parte del datore, delle somme stesse (Cass. n. 14658/2003; Cass. n. 16014/2006). In tal modo, per la stessa natura retributiva delle somme che il datore ha l'obbligo di versare alla Cassa Edile, e per il fatto che l'obbligazione della Cassa Edile non sorge con la mera costituzione del rapporto di lavoro, bensì solo con il pagamento, alla stessa, da parte del datore, deve affermarsi che, se ben può il lavoratore agire nei confronti del datore per il pagamento delle somme dovute per ferie festività e gratifiche natalizie, egualmente la Cassa ha l'obbligo di riscuotere le somme che il datore è tenuto a versare.

A tali principi si è attenuta la Corte territoriale, osservando come non meritasse censura il comportamento della Cassa Edile con riferimento alla richiesta di ammissione al passivo fallimentare per il recupero delle somme non versate dalle ditte del gruppo M., in quanto, non sussistendo un obbligo specifico di ammissione al passivo solo per le somme di sua spettanza e non anche per quelle da versare ai lavoratori, l'Ente viene a porsi nei confronti del fallimento allo stesso modo in cui agisce nei riguardi dei datori di lavoro inadempienti. Pertanto, del tutto correttamente si afferma nella sentenza impugnata che, mentre l'iniziativa dei lavoratori per l'ammissione allo stato passivo per gli importi dalla Cassa edile non percepiti costituisce solo un'eventualità, l'azione dell'Ente, che agisce anche nell'interesse dei lavoratori per un obbligo contrattuale, appare come attività doverosa.

Da quanto esposto discende che il lavoratore non può censurare la condotta della Cassa edile per l'insinuazione nel fallimento in relazione alle somme dovutegli dal datore di lavoro, avendo diritto unicamente nel caso di effettuato pagamento delle somme, da parte del datore di lavoro, a richiedere direttamente la condanna della Cassa edile; nel caso, invece, di non adempimento degli obblighi del datore di lavoro verso la Cassa, ha il diritto di chiamare in giudizio direttamente il datore di lavoro *in bonis*, o ad insinuarsi direttamente nel fallimento di quest'ultimo, non potendo invece impedire la insinuazione della Cassa nel fallimento per il recupero delle somme dovute dal datore di lavoro e non potendo lamentare danni in presenza di una sua inerzia di condotta, cui unicamente sono addebitabili i danni lamentati nella presente controversia".

V. anche: Tribunale Milano, 18 gen 2007 (Rg 6190/03)

A favore del riconoscimento del privilegio ex art. 2754 C. ai contributi Cassa Edile sono intervenute le seguenti sentenze:

Tribunale Milano sentenza n. 8885/2010;

Tribunale Milano sentenza n. 1230/2011;

Tribunale Milano sentenza n. 12495/2012;

Corte Appello Venezia sentenza n. 1326/2011.

(a cura di A.G.)

15

CUSTODE GIUDIZIARIO

Corte di Cassazione, 12 novembre 1994, n. 9525: "In tema di ripartizione dell'attivo fallimentare, il credito vantato dal terzo nominato custode di taluni beni del fallimento, successivamente alla dichiarazione di fallimento (nella specie, a seguito di sequestro conservativo, eseguito all'insaputa del curatore e del fallito, su alcuni beni di questo solo in seguito acquisti alla procedura

concorsuale), rappresenta un debito di massa, il quale, se controverso, in quanto non contratto direttamente dagli organi del fallimento, deve essere verificato attraverso il procedimento previsto dagli art. 93 e ss. L.F., che è l'unico idoneo ad assicurare il principio della concorsualità anche nella fase di cognizione, attraverso la necessaria partecipazione e il contraddittorio di tutti i creditori. Ne deriva che è inammissibile l'istanza proposta al Giudice Delegato per la liquidazione di detto compenso, al pari della procedura seguita alla stessa, e vanno annullati senza rinvio (art. 382, comma 3, C.P.C.) i provvedimenti emessi al riguardo dal Giudice Delegato e dal tribunale fallimentare, essendo relativi ad un giudizio, che non poteva essere instaurato”.

Tribunale Terni, 13 giugno 2011 (ilcaso.it): “Se il credito prededucibile del professionista incaricato dal debitore è pacificamente ammissibile col privilegio ex art. 2751-bis n.2 C.C., il credito maturato dalle figure di nomina giudiziale (commissario giudiziale, liquidatore, curatore) è meritevole del (duplice) privilegio *potiore* per spese di giustizia ex artt. 2755 e 2770 C.C., trattandosi di soggetti che svolgono istituzionalmente il compito di conservazione e/o liquidazione dei beni della procedura, nell'interesse comune dei creditori, analogamente a quanto accade per i compensi del custode e del legale del creditore nella procedura esecutiva”.

(a cura di A.G.)

16

DEPOSITO

Corte di Cassazione, 16 luglio 1997, n.6520: “Nel deposito a titolo oneroso il depositario conserva il diritto al compenso anche per il periodo durante il quale esercita il diritto di ritenzione sulle cose depositate, a norma degli artt. 2756 e 2761 C.C., fino alla soddisfazione del suo credito, atteso il protrarsi della prestazione di custodia e tenuto conto che, altrimenti, l'esercizio di una facoltà riconosciuta dall'ordinamento al depositario, quale creditore insoddisfatto, ed imposta dall'esigenza di conservare il privilegio sulle cose depositate a tutela dei crediti nascenti dal deposito, si risolverebbe in pregiudizio per lo stesso creditore”.

Tribunale Roma, 4 aprile 2002: “Nel caso di fallimento del depositante, e nell'ipotesi in cui il curatore abbia dichiarato, con l'autorizzazione del Giudice Delegato, di volere abbandonare la merce depositata, deve ritenersi che il depositario abbia diritto alla corresponsione del compenso non già sino al momento in cui la merce sia ritirata dalla curatela, ma soltanto sino al momento in cui la dichiarazione di abbandono sia portata a conoscenza del depositario”.

Corte di Cassazione, 18 dicembre 2006, n.27044: “L'art. 53 L.F., se pure riconosce ai creditori privilegiati assistiti dal diritto di ritenzione la possibilità di procedere, pendente la procedura concorsuale, alla vendita del bene, non la configura come esplicazione di autotutela in senso proprio, come avviene al di fuori del fallimento, perché richiede l'accertamento del credito nelle forme dell'insinuazione allo stato passivo e perché assoggetta la vendita del bene gravato dal privilegio all'autorizzazione ed ai criteri direttivi del Giudice Delegato, a fronte della concorrente legittimazione del curatore; onde il ricavato dalla vendita, quand'anche il bene gravato sia venduto direttamente dal creditore, non viene immediatamente incassato in via autosatisfattiva dal medesimo, ma ripartito attraverso il piano di riparto, nel rispetto dell'ordine delle cause di prelazione”.

Corte di Cassazione, 18 dicembre 2006, n.27044: “Il credito del depositario, assistito da privilegio speciale ai sensi dell’art. 2761, comma 3, C.C., non è preferito ai crediti assistiti da privilegio generale mobiliare di cui all’art.2751-*bis* C.C., come si ricava dal fatto che esso è collocato, nell’art. 2778 C.C., al tredicesimo posto dell’ordine di graduazione dei privilegi sui beni mobili. Da un lato, infatti, l’ultimo comma dell’art. 2777 C.C., con lo stabilire che i privilegi che le leggi speciali dichiarano preferiti ad ogni altro credito sono sempre posposti al privilegio per le spese di giustizia ed ai privilegi indicati nell’art. 2751-*bis*, indica chiaramente che il principio generale secondo cui il credito assistito da privilegio speciale è preferito al credito assistito da privilegio generale mobiliare soffre deroghe espresse da parte del legislatore; dall’altro la circostanza che, nell’ordine preferenziale dettato dall’art. 2778 C.C., il credito per contributi contemplato dall’art. 2753 ed assistito da privilegio generale mobiliare sia preferito al credito tutelato dal privilegio speciale del depositario, comporta che quest’ultimo credito non possa prevalere sui crediti assistiti dal privilegio generale mobiliare di cui all’art.2751-*bis*, i quali, in ragione del disposto dell’art. 2777, comma 2, prevalgono sui crediti di cui all’art. 2753.

Corte di Cassazione, 22 marzo 2013, n. 7287: “In tema di formazione dello stato passivo, l’indicazione del titolo della prelazione e della descrizione del bene sul quale essa si esercita, se questa ha carattere speciale, sancita dall’art. 93, terzo comma, n. 4, legge fall., quale requisito eventuale dell’istanza di ammissione in privilegio, deve essere verificata dal Giudice, tenuto conto del principio generale secondo cui l’oggetto della domanda si identifica sulla base delle complessive indicazioni contenute in quest’ultima e dei documenti alla stessa allegati”.

(a cura di A.G.)

17

FACTORING

Corte di Cassazione, 18 aprile 2001, n. 5724: “Qualora al momento della dichiarazione di fallimento risulti pendente un contratto di factoring relativo alla cessione di crediti futuri e a seguito della scelta del curatore venga meno il rapporto giuridico che aveva originato le obbligazioni oggetto di cessione, il credito per restituzione delle anticipazioni che spetta al factor non ha natura prededucibile in quanto il curatore non acquisisce alla massa l’utilità rappresentata dal credito futuro oggetto di cessione”.

Corte di Cassazione, 12 gennaio 2007, n. 574: “I pagamenti eseguiti in epoca anteriore all’entrata in vigore della legge n. 52 del 1991 sulla cessione dei crediti di impresa restano assoggettati, quanto al regime dell’azione revocatoria fallimentare, alla disciplina vigente anteriormente alla data di entrata in vigore di detta legge, ancorché il fallimento sia stato dichiarato in data successiva; pertanto non trova applicazione, riguardo ad essi, l’art. 6 legge cit. - che esclude la revocabilità dei pagamenti eseguiti in favore del cessionario del credito dal debitore ceduto, ammettendo invece l’esperibilità dell’azione (in presenza delle condizioni stabilite) nei confronti del creditore cedente - anche perché, diversamente opinando, verrebbe inciso il diritto acquisito dal cedente, in base al regime del tempo dell’avvenuto pagamento, di essere e di restare esente dalla revocatoria.

Corte d’appello Milano, 24 aprile 2007: “I contratti di factoring in cui le parti hanno pattuito la

corresponsione, da parte dell'impresa cedente, di interessi sulle somme versate dal factor a titolo di anticipazioni, la corresponsione di spese e commissioni per l'attività di gestione ed incasso dei crediti ceduti, la compensazione volontaria dei rispettivi debiti e crediti attraverso la registrazione delle diverse partite di dare ed avere su un conto corrente intestato all'impresa cedente, sono riconducibili al contratto di mandato di gestione dei crediti. Pertanto, in caso di sopravvenuto fallimento dell'impresa cedente il contratto si scioglie e, quindi, i pagamenti effettuati dai debitori ceduti al factor nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento e quelli successivi a quest'ultima sono inefficaci ai sensi, rispettivamente, degli art. 67, comma 2, e 44 L.F.

Corte appello Torino, 12 novembre 2007: "La cessione del credito, nell'ambito del contratto di factoring è opponibile al fallimento della società cedente secondo le norme del codice civile".

Tribunale Milano, 12 gennaio 2009, n.320: "Nell'ambito di un contratto di factoring, se la cessione di un credito *pro-soluto* e la modalità di *not notification* sono state previste come possibili opzioni e non in via esclusiva, va ritenuto che vi sia stata regolare cessione del credito, opponibile al fallimento se si è perfezionata in data anteriore alla relativa dichiarazione con notificazione al debitore ceduto".

(a cura di A.G.)

18

FIDEIUSSIONE

Corte di Cassazione, 17 giugno 2013, n. 15108: "Ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia oppure di un contratto di fideiussione, non è decisivo l'impiego o meno delle espressioni "a semplice richiesta" o "a prima richiesta del creditore", ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia. La caratteristica fondamentale che distingue il contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione è l'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia, insito nel fatto che viene esclusa la facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni che spettano al debitore principale, in deroga alla regola essenziale della fideiussione, posta dall'art. 1945 C.C."

Corte di Cassazione, Ordinanza 11 febbraio 2011, n. 3468: "Il credito nei confronti del fallito che (oltre ad aver prestato, quale terzo, ipoteca) sia fideiussore, va accertato secondo le regole di verifica dello stato passivo di cui all'art. 52, 2° comma, l. fall."

Corte di Cassazione, 17 luglio 2009, n. 16807: "In tema di fideiussione, la decadenza di cui all'art. 1957 cod. civ. - per il caso in cui il creditore non abbia proposto e diligentemente continuato le proprie istanze contro il debitore principale entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione - non è resa inoperante dall'apertura, a carico del debitore principale, di una procedura concorsuale (nella specie, il fallimento), in quanto tale evenienza non implica l'impossibilità giuridica di proporre istanze contro il debitore e di coltivarle diligentemente, ma comporta soltanto che la diligenza del creditore sia valutata in relazione alle possibilità concesse dall'ordinamento in tali casi, consistenti nella richiesta di accertamento del credito nelle forme dell'insinuazione al passivo, da proporre - per i fini considerati - nel termine semestrale previsto

dall'art. 1957 cit., decorrente dalla data di apertura della procedura concorsuale”.

Corte di Cassazione, 17 gennaio 2008, n. 903: “Il credito di regresso del fideiussore che abbia pagato integralmente il creditore dopo la dichiarazione di fallimento del debitore principale fallito ha natura concorsuale in quanto, oltre a trarre origine da un atto giuridico anteriore all’apertura della procedura fallimentare, esclude dal concorso, con effetto surrogatorio, il credito estinto e può quindi essere esercitato dal *solvens*, nei limiti imposti dalle regole inderogabili del concorso, anche quando questi non abbia chiesto e ottenuto in precedenza la insinuazione al passivo con riserva, ex art. 55 L.F., della propria pretesa di rivalsa”.

Corte di Cassazione, 9 luglio 2005, n. 14468: “La domanda proposta dal fideiussore del fallito nei confronti del soggetto garantito, allo scopo di ottenere l’accertamento della validità del recesso dal contratto di fideiussione, e la riconvenzionale eventualmente proposta dal garantito nei confronti del garante non sono soggette al procedimento ed al rito speciale di verifica del passivo, in quanto non hanno ad oggetto crediti concorsuali, dato che riguardano rapporti intercorrenti tra soggetti terzi rispetto al fallito e l’accertamento di un credito che non è destinato ad essere soddisfatto sul patrimonio fallimentare, restando esclusa la sussistenza di un litisconsorzio necessario tra creditore, debitore principale e fideiussore, poiché la relazione di accessorialità dell’obbligazione fideiussoria rispetto a quella principale non esclude la reciproca autonomia delle due obbligazioni”.

V. anche Corte di Cassazione 11 maggio 2013 n. 613 e 4 luglio 2012, n. 11144.

(a cura di A.G.)

19

GIUSTIZIA (SPESE DI)

Corte di Cassazione, 4 febbraio 1980, n.763: “A norma dell’art. 2755 C.C. il privilegio per le spese per atti di esecuzione si riferisce solo a quelli la cui efficacia torni a beneficio anche dei creditori successivamente intervenuti; pertanto le spese per gli atti di quest’ultimi, sforniti di tale efficacia, non possono ritenersi privilegiati al pari delle spese relative ai primi, nonostante la parità di posizione processuale tra il creditore procedente e quelli successivamente intervenuti nell’esecuzione”.

Corte di Cassazione, 11 febbraio 1980, n. 929: “Le spese incontrate dall’aggiudicatario per la cancellazione delle ipoteche iscritte sull’immobile sottoposto ad espropriazione forzata, in conformità dell’ordine impartito dal Giudice della esecuzione con il decreto di trasferimento (art. 586 C.P.C.) godono del privilegio ex art. 2770 C.C., come spese di giustizia sostenute per l’espropriazione di beni immobili nell’interesse comune dei creditori”.

Tribunale Firenze, 12 maggio 1989: “Il credito per spese di giustizia sostenute dal creditore per il pignoramento di un bene immobile già gravato da ipoteca in suo favore non è assistito dal privilegio di cui all’art. 2770 C.C., in quanto l’attività esecutiva spiegata non ha l’attitudine – né effettiva, né potenziale – a procurare un vantaggio nell’interesse comune dei creditori”.

Corte d'Appello Genova, 15 aprile 1991: "Al creditore sequestrante non spetta il privilegio ex art. 2770 C.C. sulle spese attinenti il giudizio di merito abbinato a quello di convalida del sequestro conservativo concesso *ante causam*".

Tribunale Padova, 5 luglio 2005: "Il creditore istante ha diritto al rimborso in via chirografaria soltanto delle spese vive relative all'istanza di fallimento, non essendo previsto dalla legge alcun privilegio a suo favore e non occorrendo patrocinio legale per la presentazione dell'istanza medesima".

Corte di Cassazione, 24 maggio 2000, n. 6787: "Al creditore istante per la dichiarazione di fallimento del suo debitore va riconosciuto il privilegio di cui agli artt. 2755, 2770 C.C. e 95 C.P.C. (privilegio per spese di giustizia) con riferimento alle spese all'uopo sostenute, atteso il sostanziale parallelismo tra il creditore procedente nella procedura esecutiva singolare e creditore istante nella procedura concorsuale".

Tribunale Padova, 28 maggio 2001: "Le spese sostenute per la domanda di fallimento dal creditore istante, ed in particolare le spese per l'assistenza legale (queste ultime soltanto se ritenute indispensabili), trovano collocazione nel concorso solo in chirografo, come le spese vive, atteso che non si tratta di spese della massa o conservative, e che la legge non prevede per esse alcuno specifico privilegio".

Tribunale Torino, 10 luglio 2001: "Il credito per le spese dell'atto di precetto non è assistito dal privilegio previsto dall'art.2755 C.C., non rientrando tale atto fra quelli conservativi o per l'espropriazione di beni mobili nell'interesse comune dei creditori".

Tribunale Monza, 13 luglio 2005: "Le spese del giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento liquidate in favore del creditore istante non costituiscono credito di massa ex art. 111 n.1 L.F. Ad esse può riconoscersi collocazione privilegiata ai sensi degli art.2755 e 2770 C.C. solo laddove l'attività processuale svolta dal creditore ricorrente abbia fornito concreti elementi al Giudice dell'opposizione per rigettare l'opposizione medesima".

Tribunale Bari, 10 aprile 2008, n.910: "E' indubbio che il privilegio di cui all'art.2770 C.C., spetta al creditore soltanto in relazione alle spese utili alla conservazione del patrimonio del debitore sostenute nell'interesse di tutti i creditori, e, che l'eventuale sequestro conservativo proposto sia idoneo ad assicurare tale garanzia".

(a cura di A.G.)

20

INDENNITÀ SOSTITUTIVA DEL PREAVVISO

Corte di Cassazione, 7 luglio 2008 n. 18565: "Il diritto all'indennità sostitutiva di preavviso in favore del lavoratore dipendente, il cui rapporto di lavoro si è risolto *ex lege* a seguito della dichiarazione del fallimento dell'impresa, sua datrice di lavoro, senza continuazione con l'amministrazione fallimentare per le esigenze del fallimento, non può essere soddisfatto in prededuzione, ai sensi dell'art. 111 numero 1 LF, potendo il relativo credito, che trova la sua unica causale nel rapporto lavorativo, essere soddisfatto invece – in ragione della sua natura di credito

privilegiato – nella liquidazione dell'attivo fallimentare come ogni altro credito di lavoro (art. 2751-bis, comma I, n. 1 cc)."

Corte di Cassazione, 7 marzo 2003 n. 1832: "Come già questa Corte (Cass n. 71 del 1987) ha deciso in analoga fattispecie (per la indennità c.d. fissa – cioè predeterminata nel contratto collettivo – dovuta al giornalista dipendente che aveva prestato il suo lavoro nell'esercizio provvisorio) la indennità sostitutiva di preavviso è oggetto di un debito sorto dopo la dichiarazione di fallimento e deve perciò essere soddisfatto integralmente in prededuzione a norma dell'art. 111 n. 1 LF [...]. Certo è che, avuto riguardo alla finalità dell'indennità – equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso: art. 2118 C.C. – la imputazione proporzionale di essa allo sviluppo del rapporto (con ammissione in prededuzione della sola porzione così riferibile al periodo successivo alla dichiarazione di fallimento, come ha deciso la Corte di merito) è operazione del tutto arbitraria, in palese contrasto con la genesi del diritto alla indennità che trova esclusivo fondamento nella gestione del rapporto da parte del curatore."

Corte di Cassazione, 18 giugno 2010 n. 14758: "Il credito per l'indennità di preavviso del dirigente di impresa di assicurazione posta in liquidazione coatta amministrativa non nasce né dall'amministrazione del fallimento, né dalla continuazione dell'esercizio dell'impresa che sia stato eventualmente autorizzato, bensì dalla fattispecie legale di risoluzione del contratto prevista dall'art. 5 del D.L. 26 settembre 1978 n. 576, convertito nella legge 24 novembre 1978 n. 738. Solo qualora sia stata autorizzata la suddetta continuazione dell'esercizio dell'impresa e il rapporto di lavoro con il dirigente sia stato a tal fine mantenuto, i suoi crediti, maturati nel corso del rapporto di lavoro successivamente alla data del decreto di liquidazione coatta amministrativa, sono qualificabili per l'impresa in liquidazione come debiti contratti per la prosecuzione dell'attività e sono, perciò, prededucibili ai sensi dell'art. 111 LF".

(a cura di A.G.)

21 – 22

IMPOSTE

Sulla possibilità di insinuarsi al fallimento senza dover procedere alla formazione del ruolo ma sulla scorta di documenti diversi, rappresentativi del credito tributario, v. Cassazione SS.UU., n. 4126 del 15/03/2012.

Corte di Cassazione, 16 giugno 2011, n. 13242: "Il giudice a quo in assenza di contestazioni circa l'*an* o il *quantum* della pretesa tributaria ha giustamente ritenuto di poter ammettere al passivo il credito IVA portato dalla dichiarazione del contribuente".

Corte di Cassazione, 14 luglio 2004, n. 13027: "L'insinuazione al passivo fallimentare potrà riguardare solo ed esclusivamente l'importo a debito che emerge dalla dichiarazione fiscale: per il credito riferito, invece, a sanzioni e interessi, l'Amministrazione creditrice procederà alla formazione del ruolo".

Corte di Cassazione, SS.UU., 4 marzo 2009, n. 5165: "L'invito al pagamento di cui all'art. 60,

comma 6, del d.P.R. n. 633/72, in quanto atto prodromico all'iscrizione diretta a ruolo dell'imposta non assolta, e fondato sulle risultanze cartolari della dichiarazione, costituisce atto sufficiente per l'ammissione al passivo fallimentare del relativo credito erariale, a nulla rilevando che non sia autonomamente impugnabile. La sufficienza dell'invito al pagamento ai fini dell'ammissione al passivo è limitata all'ammissione del solo credito d'imposta, con esclusione delle sanzioni e degli interessi, la cui pretesa, comportando effetti di natura afflittiva per il fallito e i suoi creditori, deve essere necessariamente azionata sulla base di un provvedimento impugnabile innanzi al giudice tributario".

Tribunale Reggio Emilia, 26 marzo 2014 (ilcaso.it): "Ritenuto che nel combinato disposto degli artt. 87 comma 2° e 88 comma 1° D.P.R. 602/1973 si delinei il coordinamento tra le giurisdizioni: in caso di contestazioni sulla sussistenza del credito azionato dall'Agente della Riscossione, è eccezionalmente sottratto al Giudice Delegato il sindacato ex art. 95 comma 3° L.F. sulla fondatezza delle contestazioni; le norme impongono un'ammissione con riserva (Cass. 12777/2006: "a) l'ammissione al passivo fallimentare con riserva è indistintamente applicabile sia alle imposte dirette che a quelle indirette (nella specie l'imposta di registro); b) il ruolo e/o l'avviso di liquidazione costituiscono titolo idoneo per l'ammissione del credito d'imposta al passivo fallimentare; c) ove sorgano contestazioni, il credito è ammesso al passivo con riserva"); tutte le questioni sono demandate alla giurisdizione tributaria; all'esito della decisione da parte del Giudice Tributario o una volta decorsi i termini per adire tale Giudice, il Giudice Delegato provvede sulla riserva (rimuovendola in caso di conferma delle ragioni del Fisco".

Corte di Cassazione, 1 marzo 2010, n. 4861: stabilisce la natura privilegiata del credito IRAP.

Corte di Cassazione, 17 marzo 2014, n. 6126: "L'ammissione al passivo dei crediti tributari è richiesta dalle società concessionarie per la riscossione, come stabilito dall'art. 87, secondo comma, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, nel testo introdotto dal D.Lgs. 26 febbraio 1999, n. 46, sulla base del semplice ruolo, senza che occorra, in difetto di espressa previsione normativa, anche la previa notifica della cartella esattoriale, salva la necessità, in presenza di contestazioni del curatore, dell'ammissione con riserva, da sciogliere poi ai sensi dell'art. 88, secondo comma, del d.P.R. n. 602 del 1973, allorché sia stata definita la sorte dell'impugnazione esperibile davanti al giudice tributario".

Corte di Cassazione, ordinanza 9 dicembre 2014, n. 25863: "Come già affermato da questa Corte (cfr. Cass. n. 5063/08, Cass. ord. n. 12019/011), i crediti iscritti a ruolo ed azionati da società concessionarie per la riscossione seguono, nel caso di avvenuta dichiarazione di fallimento del debitore, l'iter procedurale prescritto per gli altri crediti concorsuali dalla L.F., articolo 92 e ss., legittimandosi la domanda di ammissione al passivo, se del caso con riserva (ove vi siano contestazioni), sulla base del solo ruolo, senza che occorra la previa notifica della cartella esattoriale al curatore".

Tribunale Roma 14 luglio 2014 (ilcaso.it): "Il privilegio, diversamente dal pegno e dall'ipoteca, trova fondamento nella legge, la quale stabilisce che questo "è accordato in considerazione della causa del credito" (art. 2745 C.C.). La natura privilegiata del credito, quindi, deriva dallo scopo pratico o della giustificazione economica del credito e si ricollega quindi alla *ratio legis* che stabilisce le singole ipotesi di privilegio. In questo senso, la *ratio* del privilegio in questione è chiara, derivando dall'esigenza di assicurare all'ente locale le risorse necessarie per l'erogazione

dei servizi. Appare quindi evidente che la natura privilegiata del credito costituisce una qualità intrinseca del credito stesso, e siccome è individuata sulla base della *ratio legis* appare “svincolata” dalla qualità dei soggetti coinvolti nel rapporto obbligatorio e connessa essenzialmente alla natura tributaria del credito per come derivante dalla legge. Con riferimento, invece, al tema se il privilegio riconosciuto all’ente creditore dall’art. 2752, u.c., C.C. debba intendersi riferito al “solo” patrimonio di uno specifico debitore, ovvero al soggetto o ai soggetti che, nei vari momenti della vicenda riscossiva del credito tributario, sono debitori di tale obbligazione, la seconda soluzione appare essere preferibile. In primo luogo perché già nella fase genetica del credito tributario spesso il debitore non è unico, molteplici sono i casi in cui i debitori sono più d’uno e non v’è dubbio che il credito sia privilegiato nei confronti di tutti i debitori. Tipico esempio è quello del condebitore solidale, ovvero del sostituto d’imposta il quale “subisce” la natura privilegiata da credito anche se egli non è il debitore in senso stretto ma un delegato *solvendi ex lege*. Davanti all’evidenza di una scelta legislativa in base alla quale il credito è qualificato come privilegiato nell’esclusivo interesse del creditore e al fine di garantire l’incasso dello stesso per interessi pubblici non sembra che possa essere esclusa la natura privilegiata anche nei confronti dell’esattore mantenendo il credito, come detto, la sua natura tributaria sino all’effettivo incasso da parte dell’ente”.

(a cura di A.G.)

23

IVA DI RIVALSA

Corte di Cassazione, 12 giugno 2008, n. 15690: “Il credito di rivalsa IVA di un professionista che, eseguite prestazioni a favore dell’imprenditore poi dichiarato fallito, emetta la fattura per il relativo compenso in costanza di fallimento (nella specie, a seguito del pagamento ricevuto in esecuzione di un riparto parziale), non è qualificabile come credito di massa, da soddisfare in prededuzione ai sensi dell’art. 111, I comma, LF, in quanto la disposizione dell’art. 6 DPR n. 633 del 1972, secondo cui le prestazioni di servizi si considerano effettuate all’atto di pagamento del corrispettivo, non pone una regola generale rilevante in ogni campo del diritto, cosicché, in particolare, dal punto di vista civilistico prima della dichiarazione di fallimento resta l’evento generatore del credito di rivalsa IVA, autonomo rispetto al credito per la prestazione, ma ad esso soggettivamente e funzionalmente connesso. Il medesimo credito di rivalsa può giovare del solo privilegio speciale di cui all’art. 2758, I comma, C.C., nel testo di cui all’art. 5 della legge n. 426 del 1975, nel caso in cui sussistano beni – che il creditore ha l’onere di indicare in sede di ammissione al passivo – su cui esercitare la causa di prelazione. Nel caso, poi, in cui detto credito non trovi utile collocazione in sede di riparto, non è configurabile una fattispecie di indebito arricchimento, ai sensi dell’art. 2041 cc, in relazione al vantaggio conseguibile dal fallimento mediante la detrazione dell’IVA di cui alla fattura, poiché tale situazione è conseguenza del sistema normativo concorsuale”.

Corte di Cassazione, 11 aprile 2011, n. 8222: “La rivalsa dell’IVA sul corrispettivo di una prestazione professionale, resa in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento, non è qualificabile come credito di massa e pertanto non è da soddisfare in prededuzione, quand’anche la fattura venga emessa in costanza di fallimento. L’emissione della fattura al momento del

pagamento, anziché all'atto della prestazione, non posticipa il momento genetico del credito di rivalsa e, comunque, non lo trasforma in credito di massa".

Corte di Cassazione, 14 febbraio 2011, n. 3582: "... esiste costante orientamento di questa Corte che esclude il carattere prededucibile del credito per rivalsa IVA del professionista il quale abbia prestato la sua opera in favore dell'imprenditore successivamente dichiarato fallito; secondo tale orientamento a) il credito di rivalsa IVA di un professionista che, eseguite prestazioni a favore di imprenditore poi dichiarato fallimento non è qualificabile come credito di massa, da soddisfare in prededuzione ai sensi della L. Fall art. 111, comma I, n. 1, in quanto la disposizione del DPR 26 ottobre 1972 n. 633 art. 6, comma 3, primo periodo secondo cui 'Le prestazioni di servizi si considerano effettuate all'atto del pagamento del corrispettivo' non pone una regola generale rilevante in ogni settore del diritto – avendo l'emissione della fattura il solo effetto di determinare, ai fini fiscali, la data della cessione di beni o della prestazione di servizi in un momento diverso da quello della stipulazione – cosicché in particolare, sul piano civilistico, la prestazione professionale conclusasi prima della dichiarazione di fallimento resta l'evento generatore del credito di rivalsa IVA, autonomo rispetto al credito della prestazione, ma a questo funzionalmente connesso; b) conseguentemente – secondo l'originaria formulazione della LF. Art. 111, comma I, n. 1 -, il diritto di rivalsa non è riconducibile nel novero delle spese e dei debiti contratti per l'amministrazione della procedura fallimentare e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, ove autorizzato, perché esso non è sorto nel corso della procedura fallimentare per effetto del pagamento effettuato dal curatore in esecuzione del piano di riparto e della corrispondente emissione della fattura del professionista, tenuto conto che, ai fini della individuazione dei debiti di massa, non è determinate il profilo temporale, bensì quello funzionale, cioè la genesi del debito per atto degli organi fallimentari – e non di un terzo creditore – in occasione e per le finalità della procedura; c) lo stesso credito di rivalsa IVA può giovare solo del privilegio speciale di cui all'art. 2758, comma 2 C.C. (nel testo sostituito dalla L. 29 luglio 1975 n. 426, art. 5), nel caso in cui sussistano beni – che il creditore ha l'onere di indicare in sede di domanda di ammissione allo stato passivo – sui quali esercitare la prelazione; d) nell'ipotesi in cui tale credito non trovi utile collocazione in sede di riparto, non è configurabile una fattispecie di indebito arricchimento, ai sensi dell'art. 2041 cc, in relazione al vantaggio conseguibile dal fallimento mediante la detrazione dell'IVA indicata nella fattura, poiché tale situazione è conseguenza del sistema normativo concorsuale, tenuto conto che per i prestatori di servizi, anche professionali, l'emissione della fattura all'atto della percezione del compenso è una facoltà alternativa all'immediata fatturazione" (decisione emessa a seguito di una sentenza del Tribunale di Milano, la n. 6443/01, confermata dalla Corte d'Appello di Milano n. 2734/04).

Tribunale di Milano 10 aprile 2008, n. 4720: "Ritiene il Collegio che la disposizione di cui all'art. 6 DPR 633/1072, che dispone 'le prestazioni di servizi si considerano effettuate all'atto del pagamento del corrispettivo', sia stata introdotta nell'ordinamento al fine di accordare un regime agevolativo ai professionisti, i quali hanno la facoltà di emettere fattura non al termine del servizio, ma nel momento di incasso dei corrispettivi. [...] Sarebbe d'altra parte irrazionale far dipendere dal momento in cui il professionista decide di emettere la fattura, al termine del servizio o all'incasso del corrispettivo, come è sua facoltà, la natura prededucibile o meno del credito IVA (Cass. n. 5429 del 4/6/1994). [...] Da ciò consegue che il debito non possa essere considerato della massa, tale dovendosi intendere i debiti assunti dagli organi fallimentari subentrati al fallito e che possono riguardare spese necessarie per l'esecuzione collettiva, nonché l'attività del curatore in rapporto al subingresso nei contratti pendenti".

24

IPOTECA

Tribunale di Monza, n. 10967/2000: “L’annotazione del trasferimento dell’ipoteca ex art. 2843 C.C., così come la notificazione della cessione del credito, serve a risolvere il conflitto tra più aventi causa dal titolare originario del diritto d’ipoteca o comunque in ordine alla titolarità del diritto e quindi, quando fallito è il creditore ipotecario, non è opponibile alla curatela fallimentare il trasferimento annotato successivamente alla pubblicazione della sentenza di fallimento.

Rispetto invece al proprietario dell’immobile ed ai suoi creditori o aventi causa o comunque a colui che vanta un diritto sull’immobile ipotecato l’annotazione svolge la stessa funzione della notificazione della cessione del credito nei confronti del debitore ceduto ossia l’individuazione del soggetto legittimato a far valere il diritto e, pertanto, l’annotazione è da considerarsi rilevante anche se successiva alla dichiarazione di fallimento”.

Corte di Cassazione, 4 settembre 2009, n. 19219: “L’ammissione al passivo concorsuale, in via ipotecaria, del credito per capitale derivante da un mutuo ipotecario non comporta la collocazione nello stesso grado anche del credito relativo alle spese per l’anticipata estinzione del mutuo, trovando applicazione il principio generale, desumibile dagli artt. 55 e 72 della L.F., che, quale riflesso della cristallizzazione di tutti i crediti alla data di apertura della procedura concorsuale, esclude il risarcimento dei danni per qualunque ipotesi di scioglimento del contratto a seguito del fallimento, sia essa o meno dipendente dalla volontà del curatore. Tale principio, in quanto derivante da una norma imperativa, rende inefficace l’eventuale clausola con cui si estenda l’applicazione delle sanzioni per l’anticipata restituzione della somma mutuata anche al caso in cui lo scioglimento del contratto sia determinato dal fallimento del debitore, a titolo di indennizzo negoziale per l’incompleta realizzazione del programma contrattuale”.

Tribunale di Bergamo, 17 novembre 2005 (ilcaso.it): “L’art. 38 del T.U. delle leggi sul credito fondiario (nella parte in cui prevede che gli interessi producano, di pieno diritto, interessi dal giorno della scadenza) non può essere applicato in deroga alla disciplina contenuta nell’art. 54, 3° co., legge fallimentare, il quale, per quanto attiene agli interessi, richiama la disciplina prevista dall’art. 2855 del codice civile”.

Corte di Cassazione, 27 gennaio 2014, n. 1650: “Il decreto ingiuntivo non munito, prima della dichiarazione di fallimento, di decreto di esecutorietà ex art. 647 C.P.C. non è passato in cosa giudicata formale e sostanziale, né può più acquisire tale valore con un successivo decreto di esecutorietà per mancata opposizione, poichè, intervenuto il fallimento, ogni credito, secondo quanto prescrive l’art. 52 L. fall., deve essere accertato nel concorso dei creditori, secondo le regole stabilite dagli artt. 92 ss. L. fall., in sede di accertamento del passivo.... nel momento in cui non è opponibile al fallimento il decreto ingiuntivo, neppure le relative spese possono essere ammesse, avendo questa Corte già affermato che, ove sia mancato il decreto ex art. 647 C.P.C. prima del fallimento, resta inopponibile anche l’ipoteca giudiziale eventualmente iscritta in base al decreto provvisoriamente esecutivo ed il creditore non può ottenere l’ammissione al passivo per il credito costituito dalle spese sopportate per il giudizio monitorio e per l’iscrizione

dell'ipoteca (Cass., 1 aprile 2005, n. 6918; 23 luglio 1998, n. 7221; 25 marzo 1995, n. 3580; 1° dicembre 1994, n. 10260; 8 giugno 1988, n. 3885; v. pure Cass. 5 novembre 2010, n. 22549)".

(a cura di A.G.)

28

LAVORO SUBORDINATO

Tribunale Napoli, Sezione Lavoro, 3 aprile 2002 (Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24): "Come è stato più volte affermato dalla Suprema Corte, la domanda del lavoratore diretta esclusivamente all'accertamento della pregressa esistenza del rapporto di lavoro subordinato e della legittimità o meno dell'intimato recesso con la conseguente domanda di reintegrazione nei confronti di datore di lavoro dichiarato fallito rimane devoluta alla competenza funzionale ed inderogabile del giudice del lavoro (v. da ultimo Cass. 10 maggio 1994, n. 4539 e Cass. 5 aprile 1993, n. 41049). Di contro è stata riconosciuta la competenza del tribunale fallimentare quando l'anzidetta pronuncia di accertamento della sussistenza del rapporto di lavoro subordinato sia propedeutica al riconoscimento in favore del lavoratore ricorrente di diritti a contenuto patrimoniale che, come tali, devono necessariamente essere fatti valere nell'ambito del passivo fallimentare (v. ancora Cass. n. 4539/1994 e Cass. 15 luglio 1992, n. 8577).

Tuttavia, quando l'accertamento dell'esistenza del rapporto e della legittimità o meno del licenziamento costituisca non già l'oggetto della pronuncia, ma solamente la premessa logico giuridica atta a sorreggere la decisione avente per oggetto il pagamento della retribuzione ovvero il correlativo risarcimento del danno deve affermarsi la devoluzione della competenza al tribunale fallimentare. Nel caso in esame invece l'applicazione dei principi esposti determina, pur in presenza di un *petitum* complesso, caratterizzato dalla connessione dei diversi capi della domanda aventi contenuto tipicamente patrimoniale e risarcitorio (pagamento spettanze retributive e risarcimento del danno) rispetto a quelli aventi contenuto condannatorio non patrimoniale (accertamento rapporto e legittimità del recesso), la facoltà del giudice del lavoro investito della causa prima della dichiarazione di fallimento della società resistente (intervenuta solo in corso di giudizio) di operare una scissione tra i capi di domanda rimettendo al tribunale fallimentare quelli di carattere patrimoniale e facendo permanere di sua competenza quelli di mero accertamento".

Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, 10 maggio 1994, n. 4539: "La domanda del lavoratore volta esclusivamente all'accertamento dell'esistenza del rapporto di lavoro subordinato con il datore di lavoro dichiarato fallito e dell'illegittimità della risoluzione di tale rapporto rimane devoluta alla competenza funzionale e inderogabile del giudice del lavoro, sussistendo invece la competenza del Tribunale Fallimentare quando la pronuncia di accertamento anzidetta sia in realtà richiesta in via strumentale al riconoscimento di specifici diritti da far valere successivamente sull'attivo fallimentare".

Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, 15 luglio 1992, n. 8577: "La controversia instaurata dai lavoratori nei confronti di un imprenditore dichiarato fallito, volta all'accertamento della sussistenza del pregresso rapporto di lavoro e dell'illegittimità della sua risoluzione, nonché

dell'obbligo di risarcire i relativi danni, rientra nella competenza del tribunale fallimentare, anziché del pretore in funzione del giudice del lavoro, atteso che la sentenza richiesta, pur di accertamento, è finalizzata ad una successiva pronuncia di condanna, e cioè ad una sentenza che impedisca poi al giudice fallimentare, chiamato a verificare il diritto dei creditori a partecipare alla ripartizione dell'attivo, di misconoscere la sussistenza di tale diritto”.

Corte di Cassazione, 7 agosto 2009, n. 18105: “Nella ripartizione dell'attivo del fallimento, le osservazioni dei creditori possono investire soltanto la graduazione dei privilegi e la collocazione di ciascun credito rispetto a quelli concorrenti, posto che il decreto di approvazione dello stato passivo, di cui all'art. 96 della L.F., se non impugnato, preclude ogni questione relativa all'esistenza del credito, alla sua entità, all'efficacia del titolo da cui deriva e all'esistenza di cause di prelazione. Pertanto, nel caso in cui il Giudice Delegato non abbia provveduto d'ufficio al riconoscimento in privilegio della rivalutazione monetaria e degli interessi postfallimentari sui crediti di lavoro (dovuto, ai sensi dell'art. 54 della L.F., a seguito della sentenza della Corte costituzionale 28 maggio 2001, n.162), e tale vizio non sia stato fatto valere con l'opposizione allo stato passivo ex art. 98 della L.F., il creditore non può più far valere tali pretese in sede di reclamo avverso il decreto di esecutività del piano di riparto, predisposto in conformità alle risultanze del predetto stato passivo”.

Corte di Cassazione, sezione lavoro, 27 maggio 2010, n. 12964: “In caso di fallimento dell'azienda, il lavoratore, qualora il datore di lavoro non abbia pagato la retribuzione (o vi abbia provveduto in ritardo) ovvero non abbia effettuato i versamenti contributivi o, comunque, abbia operato ritenute non dovute, può chiedere direttamente - in via prudenziale o in caso di inerzia dell'INPS nell'esercizio dell'azione ex artt. 93 e 101 della L.F. - l'ammissione al passivo, oltre che di quanto a lui spettante a titolo di retribuzione, anche della somma corrispondente alla quota dei contributi previdenziali posti a carico del medesimo, rispondendo tale soluzione al principio dell'integrità della retribuzione, che, altrimenti, resterebbe frustata senza giustificazione causale alcuna, dovendosi escludere che il curatore, ove l'INPS non si sia insinuato al passivo, possa trattenere dette somme mediante accantonamenti in prevenzione, neppure previsti dalla normativa vigente. Ne consegue che, qualora non vi sia stata insinuazione al passivo da parte dell'INPS, il curatore - su cui incombe l'onere di coordinare le richieste avanzate dall'Istituto previdenziale con quelle del lavoratore - non può portare in detrazione le trattenute per contributi previdenziali, ma deve riconoscere al lavoratore la retribuzione lorda, salva la possibilità del successivo esercizio del diritto di rivalsa onde evitare il duplice pagamento del medesimo credito”.

(a cura di A.G.)

26

LEASING

Tribunale Milano, 24 aprile 2012 (www.ilFallimentarsista): “In caso di scioglimento del contratto di leasing a seguito di fallimento dell'utilizzatore, la società di leasing ha diritto, nel limite del valore effettivo di realizzo del bene, al recupero del capitale residuo, intendendosi per tale il capitale compreso nelle sole rate con scadenza successiva alla data della dichiarazione di

fallimento, e non anche le quote di capitale delle rate scadute e non pagate fino a detta data, le quali formano invece oggetto di un credito di natura concorsuale unitamente a tutti gli interessi maturati fino alla dichiarazione di fallimento e all'eventuale capitale residuo (quote capitale delle rate a scadere) non coperto dal realizzo del bene”.

Tribunale Milano, 29 luglio 2010 (ilcaso.it): “Nell'ipotesi in cui si verifichi il fallimento dell'utilizzatore di un bene concesso in locazione finanziaria ed il curatore opti per lo scioglimento del rapporto giuridico pendente, l'ammissione allo stato passivo del concedente è subordinata all'accertata inferiorità del valore di collocazione del bene sul mercato rispetto al credito residuo per canoni. La certezza in merito all'esistenza del cd. differenziale negativo può ottenersi soltanto con la vendita, o altra collocazione a valori di mercato, del bene concesso in leasing e poi restituito al concedente.

Tuttavia, ai fini dell'insinuazione al passivo, il concedente non deve attendere che il presupposto della vendita si sia realizzato, potendo procedersi ad una ammissione del credito in via condizionata. L'assoggettamento dell'ammissione a condizione comprende sia l'*an* - dal momento che se quanto ricavato dal ricollocamento a valori di mercato del bene dovesse essere superiore al credito residuo da ciò non deriverebbe il riconoscimento di un credito al concedente bensì l'obbligo di quest'ultimo di restituire la somma eccedente al curatore - sia il *quantum* del diritto di credito, posto che la quantificazione dell'eventuale differenziale negativo dipende dall'entità del ricavato dalla vendita o da altra collocazione a valori di mercato del bene”.

Tribunale Treviso, 6 maggio 2011 (ilcaso.it): “L'articolo 72-*quater* della Legge Fallimentare, laddove disciplina la sorte del contratto di locazione finanziaria sciolto dal curatore in pendenza della procedura fallimentare, è applicabile anche qualora il contratto di locazione finanziaria sia stato risolto, per inadempimento dell'utilizzatore prima del fallimento dell'utilizzatore medesimo: la disciplina, di cui all'art. 72-*quater*, fondamentalmente, si sostanzia nella regola che il concedente, il quale ha diritto alla restituzione del bene, deve prima di tutto procedere alla nuova allocazione del bene e fino a quel momento l'insinuazione al passivo deve essere dichiarata inammissibile, per qualsiasi voce di credito; dopo la riallocazione il leasing potrà insinuarsi, in chirografo, per il credito residuo e previa restituzione alla curatela della maggior somma (eventualmente) percepita dalla riallocazione rispetto al credito residuo in linea capitale.

Tribunale Padova, 14 marzo 2014 (ilcaso.it): “Ai sensi del terzo comma dell'art. 72-*quater* L.F. il concedente ha diritto a insinuarsi nello stato passivo per la differenza tra il credito vantato alla data del fallimento e quanto ricavato dalla nuova allocazione. Si ritiene che il credito da considerarsi sia quello complessivo, ovvero comprensivo di capitale scaduto attualizzato e rate scadute e impagate ante fallimento e ciò per differenza rispetto all'espressione “credito residuo in linea capitale” di cui al comma 2 del medesimo. Pertanto, alla luce della chiara dizione letterale della norma, si ritiene che non si possa ammettere al passivo il credito vantato dalla società di leasing (che in sede di ricorso ex art. 98 L.F. richiedeva l'ammissione sia dei canoni scaduti che di quelle a scadere), perché si tratta di credito non ancora determinato, perché dipendente dagli esiti delle ricollocazione. [...] Si ritiene condivisibile l'affermazione per cui la disciplina di cui all'art. 72-*quater* L.F. sarebbe invocabile non solo nel caso di scioglimento del contratto effettuato dal curatore, ma anche nei casi di risoluzione del leasing ante fallimento. Si osserva, infatti, che vi è analogia sostanziale tra risoluzione e scioglimento operato dal curatore e che non appare logico applicare discipline diverse a situazioni sostanzialmente analoghe. A riprova di tale analogia si evidenzia che l'art. 73 L.F. e l'art. 1526 C.C. disciplinano allo stesso modo gli effetti dello

scioglimento e risoluzione nel caso di vendita con riserva di proprietà e che proprio la differenza di disciplina tra l'art. 73 in caso di vendita con riserva di proprietà e l'art. 72-*quater* significa che il legislatore non ha inteso disciplinare il leasing come una vendita con riserva di proprietà, optando invece per una figura unitaria di contratto avente natura e causa finanziaria”.

Corte di Cassazione, 1 marzo 2010 n. 4862: “E’ illegittima la pretesa della società concedente di ottenere l’ammissione al passivo del fallimento dell’utilizzatrice, per un credito chirografario a titolo di canoni non ancora scaduti al momento della dichiarazione di fallimento, posto che detta richiesta è stata introdotta prima ancora di avere provveduto, la società concedente, alla effettiva riallocazione del bene a valori di mercato”.

(a cura di A.G.)

27

LEGGE SABATINI

Corte di Cassazione, 23 giugno 2014, n. 14226: “Il contratto di sconto bancario delle cambiali rilasciate al venditore dall’acquirente di alcuni macchinari industriali ricorrendo al finanziamento previsto dalla legge 28 novembre 1965, n. 1329 (cosiddetta Legge Sabatini), non è funzionalmente collegato a quello traslativo della proprietà dei predetti beni, dovendo escludersi che la validità di quest’ultimo condizioni la validità del primo. Trattasi, infatti, di contratto del tutto autonomo rispetto all’originaria compravendita, in cui l’osservanza dello specifico regime previsto dagli artt. 1, 2, 3, 6 e 10 della legge n. 1329 cit., relativo all’individuazione delle macchine mediante contrassegno contenente gli elementi identificativi della compravendita e dei contraenti, da trascriversi sulle cambiali, è finalizzato esclusivamente a garantire il venditore, che può subire effetti pregiudizievoli dalle modalità agevolate di finanziamento dell’acquirente dei macchinari, ed incide unicamente sulla riconoscibilità del privilegio speciale normativamente previsto sui beni oggetto del trasferimento, non già sulla facoltà delle parti, nei limiti della loro autonomia negoziale, di concludere un valido contratto di sconto cambiario anche in assenza del menzionato privilegio”.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 dicembre 2001, n. 16060: “L’ammissione al passivo fallimentare di un credito in via privilegiata non presuppone, ove si tratti di privilegio speciale su determinati beni, che questi siano già presenti nella massa, non potendosi escludere la loro acquisizione successiva all’attivo fallimentare; per cui deve demandarsi alla fase del riparto la verifica della sussistenza o non dei beni stessi, da cui dipende l’effettiva realizzazione del privilegio speciale”.

Corte di Cassazione, 21 giugno 2014, n. 14226: “Il contratto di sconto bancario delle cambiali rilasciate al venditore dall’acquirente di alcuni macchinari industriali ricorrendo al finanziamento previsto dalla legge 28 novembre 1965, n.1329 (cosiddetta Legge Sabatini), non è funzionalmente collegato a quello traslativo della proprietà dei predetti beni, dovendo escludersi che la validità di quest’ultimo condizioni la validità del primo. Trattasi, infatti, di contratto del tutto autonomo rispetto all’originaria compravendita, in cui l’osservanza dello specifico regime degli artt.1, 2, 3, 6 e 10 della legge n. 1329 cit., relativo all’individuazione delle macchine mediante contrassegno

contenente gli elementi identificativi della compravendita e dei contraenti, da trasciversi sulle cambiali, è finalizzato esclusivamente a garantire il venditore, che può subire effetti pregiudizievoli dalle modalità agevolate di finanziamento dell'acquirente dei macchinari, ed incide unicamente sulla riconoscibilità del privilegio speciale normativamente previsto sui beni oggetto di trasferimento, non già sulla facoltà delle parti, nei limiti della loro autonomia negoziale, di concludere un valido contratto di sconto bancario anche in assenza del menzionato privilegio".

(a cura di A.G.)

28

LOCAZIONE

Tribunale di Torino, 8 aprile 1989: afferma l'improcedibilità della domanda di risoluzione nei confronti del curatore per morosità precedenti alla dichiarazione di fallimento, costituenti crediti concorsuali da soddisfare in moneta fallimentare, a differenza dei crediti per canoni scaduti dopo la dichiarazione di fallimento da pagare in prededuzione.

Tribunale Roma 19 dicembre 2005: afferma che non c'è differenza tra i crediti per canoni locativi maturati prima della declaratoria di fallimento e quelli per canoni scaduti dopo tale data, per cui non sembra condivisibile la distinzione presupposta dal Tribunale di Torino per escludere la risoluzione del contratto di locazione, che invece sarebbe ammissibile.

Tribunale Udine, 10 ottobre 2011 (ilcaso.it): "Non è sufficiente ad integrare una formale cessione dell'azienda - che ai sensi dell'art. 36 L. 392/78, unita alla comunicazione dell'avvenuta cessione, condurrebbe alla cessione del contratto di locazione pur in assenza del consenso del locatore ceduto - la mera vendita di arredi e attrezzature del locale. Non è possibile opporre al locatore, per paralizzare la sua pretesa di pagamento dei canoni, in presenza di un regolare contratto stipulato tra le parti, il subentro di un terzo, in assenza di una regolare comunicazione della cessione, sul presupposto di un suo consenso implicito, a meno che il locatore venuto comunque a conoscenza del trasferimento non lo abbia accettato tacitamente secondo la disciplina prevista dall'art. 1407 C.C." (nella specie il Tribunale, in sede di opposizione allo stato passivo, ha ammesso il locatore al passivo del Fallimento per canoni maturati e non pagati dopo la dichiarazione di fallimento sul presupposto per cui il Fallimento era subentrato nel contratto di locazione e solo "di fatto" il contratto di locazione era stato ceduto ad una società terza, il cui amministratore era stato peraltro amministratore anche della società fallita).

(a cura di A.G.)

29

MANDATO

Tribunale Ancona, 5 settembre 1994: "Ai fini del riconoscimento del privilegio per il credito del mandatario derivante dall'esecuzione del mandato, il mandatario è tenuto a provare l'esistenza, fra i beni espropriati o acquisiti alla massa fallimentare, delle cose oggetto di privilegio mobiliare".

Corte di Cassazione, 7 dicembre 1999, n. 13660: "Costituisce pagamento, ed è in quanto tale revocabile, la rimessione al mandante delle somme incassate dal mandatario, in esecuzione del mandato (con o senza rappresentanza), che prima di quel trasferimento si siano confuse con il patrimonio di quest'ultimo".

Tribunale Napoli, 9 aprile 2002: "Il credito relativo all'espletamento di prestazioni professionali per l'esecuzione di un mandato con rappresentanza in un arbitrato contrattuale è assistito da privilegio ex art. 2751-bis C.C."

Corte di Cassazione, 24 marzo 2011, n. 6849: "In tema di ammissione al passivo fallimentare di crediti assistiti da privilegio (nella specie, del mandatario sulle cose del mandante detenute per l'esecuzione dell'incarico), essendo il privilegio accordato dalla legge in considerazione della causa del credito, la quale soltanto costituisce l'elemento essenziale che lo caratterizza, l'eventuale mancanza dei beni oggetto di privilegio speciale è irrilevante nella fase ricognitiva del privilegio stesso, non incidendo né sulla causa del credito, né sulla qualificazione della prelazione, ma rileva unicamente nella fase attuativa, come impedimento di fatto all'esercizio del privilegio stesso; sicché la verifica dell'esistenza del bene oggetto del privilegio non è questione da risolvere in fase di accertamento del passivo, ma, attenendo all'ambito dell'accertamento dei limiti di esercitabilità della prelazione, è demandata alla fase del riparto".

(a cura di A.G.)

30 – 31 - 32

PEGNO – PEGNO DI CREDITI – PEGNO IRREGOLARE

Tribunale Udine, 7 dicembre 2012 (ilcaso.it): "Deve ritenersi pienamente legittimo il provvedimento del Giudice Delegato di rigetto dell'istanza di insinuazione al passivo presentata dalla banca, per un credito relativo ad una serie di somme inerenti a contratti di anticipazioni all'esportazione garantite da pegno su fatture (di crediti) accreditate sul conto corrente di corrispondenza intrattenuto dalla società fallita presso il medesimo istituto di credito, nell'ipotesi di mancata allegazione all'istanza dei relativi estratti conto: solo con tale produzione pertanto è possibile documentare il credito, girato a sofferenza, derivante dalla mancata restituzione dell'anticipazione, con la quantificazione altresì degli interessi e delle spese di estinzione dell'operazione. Il mero accredito della somma sul conto corrente, infatti, non dimostra la sussistenza del credito della banca, essendo necessario documentare il mancato incasso delle somme portate dalle fatture cedute e l'addebito della relativa posta sul conto. Quando l'opponente venga ammesso al passivo solo sulla base della documentazione prodotta in sede di opposizione, le spese del giudizio non possono gravare sulla curatela, ma devono quantomeno essere compensate, dovendo essere valutata la condotta dell'opponente e la sua eventuale responsabilità nel aver dato causa al giudizio in questione".

Corte di Cassazione, 25 maggio 2004, n. 10012: "Deve ritenersi che il pegno costituito da un terzo (art. 2784 C.C., datore del pegno) a favore del creditore non può essere fatto valere da quest'ultimo nel fallimento del debitore come causa di prelazione relativa al credito verso il debitore stesso; invero, detta prelazione pignoratizia non trova modo di realizzarsi, nel senso di cui all'art. 2787 C.C., nel fallimento del debitore. Alla massa attiva di tale fallimento, che è

costituita dai beni del debitore (art. 42 Legge fallimentare), non è acquisita, infatti, la cosa oggetto del pegno, della quale il terzo costituente non ha perduto né la proprietà né il diritto alla restituzione (qualora il creditore trovi soddisfacimento integrale nel fallimento del debitore).”

Corte di Cassazione, Sez. Un., 2 ottobre 2012, n.16725: “Non è assistita da prelazione ai fini dell’ammissione al passivo fallimentare la convenzione di pegno avente ad oggetto non titoli di stato, ma il credito del cliente nei confronti della banca all’acquisto ed alla consegna di una determinata quantità di titoli per un controvalore altrettanto determinato, senza che tali titoli risultino ancora materialmente formati al momento della convenzione, né successivamente. In merito deve rilevarsi che il pegno di credito all’acquisto ed alla consegna di titoli non ancora emessi ha natura di pegno di credito futuro, avente effetti obbligatori fino a quando non si verifica la consegna, pertanto inidoneo ad attribuire prelazione, che sorge solo dopo la specificazione e la consegna. A differenza del pegno di credito alla consegna di denaro o altra cosa fungibile (art. 2803 C.C.), già esistenti al momento della convenzione, i titoli di Stato, in regime di materializzazione, non possono dirsi ancora esistenti fino a quando non viene formato il documento che li incorpora e, dunque, fino a quando non ha luogo la individuazione, non può ritenersi sussistente alcuna prelazione.

Il pegno di credito all’acquisto e alla consegna di titoli non ancora emessi ha natura di pegno di credito futuro, che fino a quando non si verifica la consegna ha effetti obbligatori e non attribuisce prelazione, che sorge solo dopo la specificazione o la consegna. A differenza del pegno di credito alla consegna di denaro o altra cosa fungibile (art. 2803 C.C.) già esistenti al momento della convenzione, i titoli di Stato, in regime di materializzazione, non sono ancora esistenti fino a quando non viene formato il documento che li incorpora e pertanto, fino a che non venga effettuata l’individuazione non può sussistere la prelazione”.

Corte di Cassazione, Sez. Unite, 14 maggio 2001, n. 202: “Il credito assistito da pegno irregolare – per le descritte sue peculiarità di funzione (evitare l’esecuzione forzata) e di struttura operativa (basata sull’automatismo del risultato compensativo) – si estingue satisfattivamente senza entrare ‘in concorso’ (e quindi senza che possa assimilarsi ai ‘crediti concorsuali’ e soggiacere alla correlativa disciplina); e si realizza, per di più, non ‘sul patrimonio del fallito’, bensì sugli stessi beni già entrati – al momento della consegna e per effetto della garanzia – nel patrimonio del creditore. [...] Il creditore assistito da pegno irregolare non può – per carenza di interesse – e non è tenuto ad insinuarsi al passivo fallimentare, ai sensi dell’art. 53 LF per il soddisfacimento del proprio credito”.

Corte di Cassazione, 1 febbraio 2008, n. 2456: “La natura giuridica del pegno irregolare comporta che le somme di denaro o i titoli depositati presso il creditore diventano – diversamente che nell’ipotesi di pegno regolare – proprietà del creditore stesso, che ha diritto a soddisfarsi, pertanto non secondo il meccanismo di cui agli artt. 2796 – 2798 C.C. (che postula l’altruità delle cose ricevute in pegno), bensì direttamente sulla cosa al di fuori del concorso con gli altri creditori, per effetto di un’operazione estranea all’ambito di operatività della compensazione.”

Tribunale di Milano, 24 gennaio 2013 (ilcaso.it): “Ai fini dell’ammissibilità in via privilegiata di un credito garantito da pegno al passivo fallimentare, deve escludersi l’opponibilità della prelazione in favore dell’istituto bancario creditore pignoratizio, quando non vengano rispettate le condizioni imposte dall’art. 2787 terzo comma cod. civ., riguardanti sia la certezza della data che l’indicazione del credito garantito e della cosa data in pegno.

La sufficiente indicazione del credito, ai fini e per gli effetti di cui all'art. 2877 c. 3 C.C. può anche essere desunta in via indiretta, in base ad elementi che comunque portino alla identificazione del credito in questione, purché siano presenti all'interno della scrittura o anche ad essa esterni, purché il documento contenga indici di individuazione del credito e della cosa.

Deve ritenersi nullo, per carenza del requisito della "sufficiente indicazione" di cui all'art. 2787 c. 3 C.C., l'atto di pegno nel quale non risultino indicati le date di scadenza dei titoli, l'emittente ed i rispettivi rendimenti, nonché il codice ISIN dei titoli costituiti in pegno, che - secondo le indicazioni della Banca d'Italia - costituisce metodo di individuazione univoca per lo strumento finanziario in tutte le successive vicende circolatorie ed è essenziale al fine di individuarne la legislazione di riferimento".

Tribunale di Mantova, 13 ottobre 2005: "La costituzione in pegno dei titoli compresi nel piano finanziario denominato For You a favore della banca, la quale poteva disporre per soddisfare i propri crediti senza l'espletamento delle modalità di cui all'art. 2796 C.C. ed aveva, a seguito della loro vendita, unicamente l'obbligo di restituire l'eccedenza, integra la fattispecie di cui all'art. 1851 C.C., atteso che i titoli erano stati dedotti nella loro fungibile valenza economica ed individuati solo nella loro appartenenza ad un *genus*. Ne consegue che il creditore garantito non è tenuto a richiedere l'accertamento del proprio credito nelle forme previste dalla legge fallimentare mentre l'effetto estintivo può operare senza i limiti posti dall'art. 56 L.F."

(a cura di A.G.)

33

PRESTATORI D'OPERA INTELLETTUALE

Tribunale Milano, 29 maggio 2008, n. 7114 (Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24): "Ai fini del riconoscimento o meno del privilegio di cui all'art. 2751-bis, n. 2), C.C., a presidio delle "retribuzioni dei professionisti e di ogni altro prestatore d'opera intellettuale dovute per gli ultimi due anni di prestazione" l'esigenza sottesa alla disposizione codicistica appare quella di tutelare il credito del prestatore d'opera (intellettuale e manuale) in relazione alla fisionomia soggettiva individuale del creditore. Non essendo quindi sufficiente la considerazione del carattere personale della prestazione come caratteristica fondamentale del contratto d'opera intellettuale, ove l'attività professionale venga esercitata nel contesto di uno studio associato ciò che viene a modificarsi è il contesto economico e organizzativo entro il quale l'attività di ciascun professionista viene a svolgersi, non dissimilmente da come la costituzione di un'impresa artigiana differenzia la posizione del titolare dell'impresa stessa rispetto a quella di un prestatore d'opera non imprenditore, pur nel caso in cui sia identico il servizio prestato o il manufatto prodotto. In altri termini, ciò che appare centrale ai fini del riconoscimento del rango privilegiato in oggetto è l'aspetto strutturale-organizzativo del soggetto, non solo quello qualitativo-quantitativo che definisce la prestazione in quanto tale. Data tale prospettiva, non può essere obliterata la considerazione del fatto che l'associazione professionale costituisce un organismo collettivo che, consentendo una migliore efficienza e una più estesa e articolata possibilità di sviluppo dei rapporti con i clienti, è in grado di incrementare sia la protezione del singolo associato dal rischio lavorativo sia la redditività economica dell'attività. Il fenomeno

dell'associazione tra professionisti risulta dunque tratteggiare un'entità soggettiva non agevolmente assimilabile a quella che il legislatore ha inteso tutelare mediante l'introduzione del n. 2) dell'art. 2751-*bis* C.C. ”.

Tribunale Milano, 18 aprile 2007, n. 4689 (Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24): “Ai fini del riconoscimento della natura privilegiata del credito vantato ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2751-*bis*, n. 2), C.C., occorre innanzitutto che il professionista: a) sia inserito in una struttura associativa che non riveste la figura di società commerciale, alla quale esclusivamente o in misura nettamente prevalente partecipino altri professionisti, con oggetto sociale tipico ed esclusivo dell'attività professionale; b) abbia ricevuto il mandato per l'opera da esercitare anche in ragione della sua persona o della sua appartenenza alla associazione; c) abbia svolto il lavoro con i caratteri della prevalenza ed esclusiva sopra indicati in modo da generare in capo allo stesso il diritto di credito, che solo formalmente può essere chiesto da un soggetto che fiscalmente è abilitato ad una gestione dei corrispettivi con regole che tengono conto anche della volontà degli associati. Inoltre, è necessario che l'associazione professionale, vista come soggetto di diritto autonomo rispetto ai suoi consociati e quindi organismo collettivo titolare di diritti sostanziali e processuali, oltre ad avere un oggetto che contempli esclusivamente l'attività professionale, sia anche priva di una struttura e di una organizzazione talmente articolata da assicurare ai suoi associati una effettiva e duratura tutela di migliore efficienza in senso lato e quindi di sviluppo della clientela e di utilizzo di migliori risorse per assicurare una prestazione di maggior qualità, nonché di una articolata organizzazione tale da garantire una ripartizione del rischio lavorativo del singolo tra gli associati, sia in ordine all'entità del corrispettivo sia in ordine alla effettività della “retribuzione”. In altri termini, non è sufficiente il lavoro professionale ed esclusivo del singolo o dei singoli associati per acclarare il diritto al privilegio in capo alla associazione professionale, ma occorre che la struttura utilizzata dai professionisti, per il suo oggetto sociale o per la sua interna organizzazione, non assuma una vera e propria struttura composita tale da assicurare al professionista singolo una sicura remunerazione del lavoro prestato, in quanto l'interna struttura produce comunque un reddito globale a disposizione di tutti i consociati, creando di fatto una vera e propria società, che distribuisce il provento da capitale a tutti i soci”.

Tribunale Milano, 27 maggio 2005, n. 6193 (Il Sole 24 Ore, Il Merito, 2006, 4, 7): “Il privilegio generale sui beni mobili che l'art. 2751-*bis*, n. 2, del C.C. accorda ai crediti riguardanti le retribuzioni dei professionisti e di ogni altro prestatore d'opera intellettuale trova la sua ragione nell'esigenza di tutelare tali crediti in relazione alla fisionomia soggettiva individuale del creditore. Ne consegue che la tutela in via privilegiata non può essere riconosciuta ai crediti derivanti da attività professionale svolta nel contesto di uno studio associato”.

Tribunale Padova, 1 agosto 2001 (Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24): “In tema di retribuzioni dei professionisti e di ogni altro prestatore d'opera intellettuale, sia la lettera che la *ratio* del n. 2 dell'articolo 2751-*bis* del C.C. concorrono a suffragare la tesi per cui il privilegio assiste soltanto i crediti derivanti da prestazioni effettuate nel biennio antecedente la cessazione del rapporto”.

(a cura di C.Z.)

PROCACCIATORE D'AFFARI

Corte di Cassazione, 24 giugno 2005, n.13629: “Caratteri distintivi del contratto di agenzia sono la continuità e la stabilità dell’attività dell’agente di promuovere la conclusione di contratti per conto del preponente nell’ambito di una determinata sfera territoriale, realizzando in tal modo con quest’ultimo una non episodica collaborazione professionale autonoma con risultato a proprio rischio e con l’obbligo naturale di osservare, oltre alle norme di correttezza e di lealtà, le istruzioni ricevute dal preponente medesimo; invece il rapporto di procacciatore d’affari si concreta nella più limitata attività di chi, senza vincolo di stabilità ed in via del tutto episodica, raccoglie le ordinazioni dei clienti, trasmettendole all’imprenditore da cui ha ricevuto l’incarico di procurare tali commissioni; mentre la prestazione dell’agente è stabile, avendo egli l’obbligo di svolgere l’attività di promozione dei contratti la prestazione del procacciatore è occasionale nel senso che dipende esclusivamente dalla sua iniziativa. Conseguentemente, al rapporto di procacciamento d’affari possono applicarsi in via analogica solo le disposizioni relative al contratto di agenzia (come le provvigioni) che non presuppongono un carattere stabile e predeterminato del rapporto e non anche quelle - di legge o di contratto - che lo presuppongono (come nella specie l’indennità di mancato preavviso, l’indennità suppletiva di clientela e l’indennità di cessazione del rapporto)”.

Tribunale Ascoli Piceno, 25 novembre 2005, n.782: “Al credito per prestazioni di procacciatori d’affari non può essere riconosciuto il privilegio del credito dell’agente di cui all’art. 2751-bis n.3 C.C.”.

Tribunale Ancona, 1 dicembre 2005, n.803: “E’ onere del procacciatore d’affari dimostrare l’entità delle merci commissionate e pagate all’impresa che si è avvalsa dell’attività di procacciamento”.

Corte di Cassazione, 14 maggio 2007, n. 11024: “Il diritto dell’agente alle provvigioni si prescrive in cinque anni ex art. 2948 C.C.; altrettanto vale per il procacciatore d’affari al quale sono applicabili in via analogica le disposizioni del contratto d’agenzia che non presuppongono un carattere stabile e predeterminato del rapporto” (nella specie la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva qualificato come rapporto di lavoro riconducibile alla figura dell’agente o del procacciatore d’affari l’attività intercorsa tra il resistente e un sindacato, volta a procacciare deleghe relative a pratiche dei lavoratori, successivamente espletate dall’organizzazione sindacale).

Corte di Cassazione, 23 luglio 2012, n. 12776: “Nel rapporto di agenzia, che si distingue dal rapporto di procacciatore d’affari per la continuità e la stabilità dell’attività dell’agente, che, non limitandosi a raccogliere episodicamente le ordinazioni dei clienti, promuove stabilmente la conclusione di contratti per conto del preponente nell’ambito di una determinata sfera territoriale, le parti possono prevedere forme di compenso delle prestazioni dell’agente diverse dalla provvigione determinata in misura percentuale sull’importo degli affari conclusi, come ad esempio una somma fissa per ogni contratto concluso, od anche un minimo forfetario; ne consegue che l’esiguità dei compensi percepiti dal lavoratore non esclude la configurabilità del rapporto di agenzia”.

35

PROFESSIONISTA ATTESTATORE NEL CONCORDATO PREVENTIVO

Tribunale di Milano, 1 marzo 2012, n. 2621 (www.ilFallimentarista): “Il riconoscimento della prededucibilità del credito spettante al professionista attestatore ex art.182-*quater* L.F. una volta che sia intervenuto il fallimento non può prescindere da una valutazione rigorosa dell'idoneità dell'attività svolta dal professionista rispetto alla funzione attribuitale dal legislatore e dunque dell'utilità che detta attività ha avuto per i creditori concorsuali, oltre che per il debitore”.

Tribunale di Milano, 9 febbraio 2012 (www.ilFallimentarista): “Quale che sia la portata meramente interpretativa dell'art.111 L.F. o innovativa dell'art.182-*quater* L.F., il riconoscimento della prededucibilità del credito spettante all'attestatore, una volta intervenuto il fallimento, non può in alcun caso prescindere da una valutazione rigorosa circa l'idoneità dell'attività svolta dal professionista rispetto alla funzione attribuitale dal legislatore e, dunque, dell'utilità che detta attività ha avuto per i creditori concorsuali oltre che per il debitore”.

Tribunale Milano, 26 maggio 2011 (www.ilFallimentarista): “Se prima dell'introduzione dell'articolo 182-*quater*, comma 4, legge fallimentare, si poteva legittimamente dubitare della natura prededucibile del credito del professionista che assiste il debitore nella elaborazione del piano e della domanda di concordato, oggi si deve ritenere che la citata novità normativa, limitando espressamente la possibilità di riconoscere la prededuzione al credito maturato dal professionista attestatore della veridicità dei dati e della fattibilità del piano e, soprattutto, condizionando tale possibilità all'esplicito riconoscimento della prededuzione nel provvedimento con il quale il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato, abbia finito con l'escludere la possibilità di riconoscere la prededuzione a crediti di professionisti diversi da quello previsto dall'articolo 161, comma 3, legge fallimentare, la cui prestazione sia stata posta in essere prima dell'apertura della procedura”.

Corte di Cassazione, 8 aprile 2013, n. 8533: “L'art. 111, comma 2, L.F. indica come prededucibili i debiti così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione di procedure concorsuali, tra i quali rientra quello contratto per prestazioni professionali finalizzate all'assistenza e alla redazione di un concordato preventivo.

L'art. 182-*quater* L.F., nella formulazione di cui alla legge 30 luglio 2010, n. 122, il quale consentiva di riconoscere la prededuzione solo al credito del professionista attestatore della veridicità dei dati e della fattibilità del piano concordatario (sempre che la prededuzione fosse stata espressamente riconosciuta nel provvedimento con il quale il tribunale aveva accolto la domanda di ammissione al concordato preventivo), non autorizza un'interpretazione restrittiva dell'art. 111, comma 2, L.F., tanto più alla luce della riscrittura dell'articolo 182-*quater* ad opera della legge 7 agosto 2012, n. 134, la quale ha eliminato la limitazione al riconoscimento della prededuzione prevista nella precedente formulazione”.

(a cura di A.G.)

36

PROFESSIONISTI

Tribunale di Udine, 15 ottobre 2008 (ilcaso.it): “Con riferimento al credito insinuato al passivo dal professionista che ha redatto la domanda di concordato preventivo non accolta, per potersi parlare di crediti sorti “in funzione” di una procedura, come testualmente recita l’art 111 L.F., occorre che una procedura sia effettivamente aperta e che, quindi, nel caso di concordato preventivo, vi sia stata l’emissione di un decreto di ammissione che, come dispone testualmente l’art. 163 L.F., segna il momento in cui può ritenersi aperta la procedura. Deve pertanto ritenersi che la norma dell’art. 111 secondo comma L.F., nella sua nuova formulazione, ponga come presupposto implicito della prededuzione di un credito l’avvenuta apertura della procedura (quindi il decreto di ammissione). In ogni caso la prededuzione va esclusa in quanto trattasi di debito sorto prima dell’apertura della procedura di concordato preventivo, al di fuori di un qualsiasi controllo sull’ “an” e sul “quantum” del credito, da parte degli organi della procedura, a tutela dei creditori”.

Tribunale Padova, 26 marzo 2013 (ilcaso.it): “I crediti del legale e dei professionisti che hanno collaborato alla redazione del piano - ed in parte quello dell’attestatore - devono essere trattati quali crediti sorti anteriormente alla domanda di concordato e nell’ambito di questa procedura non sono prededucibili. Detti crediti possono, invece, essere considerati prededucibili ai sensi dell’articolo 111 L.F. nell’ambito dell’eventuale successivo fallimento qualora, in sede di accertamento del passivo, si ritenga che siano sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo”.

Tribunale Padova 11 febbraio 2013 (ilcaso.it): “Non appare ammissibile la prededuzione ex art. 111, comma 2, legge fallimentare, dei crediti dei professionisti funzionali al deposito della domanda di concordato ed indicati nella relativa proposta; detti crediti (nel caso di specie il credito dell’advisor, del legale, dell’attestatore e del perito immobiliare di parte) non sembrano, infatti, rientrare in alcuna delle ipotesi previste dall’art. 182-*quater* L.F., nel testo attualmente vigente, in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo, là ove la prededuzione prevista dall’art. 111, comma 2, L.F. attiene alla disciplina applicabile nell’ambito del procedimento fallimentare”.

Corte di Cassazione, 26 marzo 2009, n. 7378: “In tema di prestazioni professionali, la prescrizione del diritto al compenso dei professionisti decorre automaticamente, ai sensi dell’art.2957 C.C., dalla conclusione della prestazione, la quale fa presumere l’immediata esigibilità del corrispettivo”.

Corte di Cassazione, 2 luglio 2012, n.11052: “La proposizione della domanda per ottenere l’ammissione al passivo fallimentare da parte di uno studio associato lascia presumere l’esclusione della personalità del rapporto d’opera professionale, e, dunque, l’inesistenza dei presupposti per il riconoscimento del privilegio di cui all’art.2751-*bis* n.2 C.C., salva l’allegazione e la prova della cessione del credito della prestazione professionale svolta personalmente dal singolo associato”.

Tribunale di Milano, 8 giugno 2010, n. 7515: “Riguardo le prestazioni professionali fornite da un legale ad una società poi fallita, il privilegio può essere riconosciuto solo per i compensi relativi alle attività svolte negli ultimi due anni. Qualora non sia possibile individuare esattamente quanto effettivamente svolto nel suddetto arco temporale, sarà il giudice a stabilirlo in via equitativa”.

Tribunale di Vicenza, 23 novembre 2012 (ilcaso.it): “Il privilegio di cui all’art.2751-*bis*, comma 2,

C.C. assiste soltanto i crediti derivanti da prestazioni effettuate nel biennio antecedente la cessazione del rapporto, a prescindere dalla data in cui il credito sia divenuto liquido ed esigibile, poiché queste caratteristiche (sostanziali) non attengono alla materia della collocazione del credito nella fase (processuale) dell'esecuzione. Il suddetto privilegio spetta solo per i diritti e gli onorari, ma non per i rimborsi, le spese vive, le spese generali, l'IVA e la cassa previdenza avvocati, non rientrando tali voci nella nozione di retribuzione, prevista dall'art.2751-*bis* n.2".

Tribunale di Milano, 20 luglio 2010, n. 9446: "In via generale il privilegio sui beni mobili del debitore per le retribuzioni del professionista è applicabile anche qualora il professionista sia stabilmente inserito in un'associazione professionale, purché risulti evidente che il credito abbia ad oggetto una remunerazione per specifica attribuzione. Tale non è nel caso in cui dalla documentazione prodotta non si evince un incarico *ad personam*".

Tribunale di Milano, 18 aprile 2007: "Il credito per le prestazioni svolte nell'ambito di un'associazione professionale è assistito dal privilegio di cui all'art.2751-*bis* n. 2 C.C. qualora: a) il professionista sia inserito in una struttura diversa dalla società commerciale e nella quale operino esclusivamente o in misura nettamente prevalente professionisti, con oggetto sociale tipico ed esclusivo dell'attività professionale; b) abbia ricevuto mandato anche in ragione della sua persona o della sua appartenenza all'associazione; c) abbia svolto il lavoro con i caratteri dell'esclusività o prevalenza in modo da generare in capo a se stesso il diritto di credito, solo formalmente richiesto dall'associazione; d) l'associazione professionale sia priva di una struttura e di un'organizzazione talmente articolate da garantire una ripartizione del rischio lavorativo del singolo tra gli associati, sia in ordine all'entità del corrispettivo, sia in ordine all'effettività della retribuzione".

Corte di Cassazione, 11 aprile 2011, n.8222: "Il credito di rivalsa IVA di un professionista che, eseguite prestazioni a favore di un imprenditore dichiarato fallito ed ammesso per il relativo capitale allo stato passivo in via privilegiata, emetta la fattura per il relativo compenso in costanza di fallimento, non è qualificabile come credito di massa".

Tribunale Milano 14 maggio 2014 (ilcaso.it): "In sede di accertamento del passivo fallimentare, ai fini della prova del conferimento dell'incarico e dello svolgimento delle prestazioni poste a base del credito professionale, le comunicazioni inviate a mezzo *e-mail* da indirizzo di posta elettronica semplice, e non certificata, assumono un valore, al più, indiziario, e possono costituire adeguata fonte di convincimento per il giudice solo se concorrono con altri elementi di giudizio e sempre che non vi sia stata contestazione ad opera della parte contro la quale sono state prodotte".

Tribunale Milano, 5 febbraio 2014 (ilcaso.it): "Devono essere ammessi al passivo fallimentare in prededuzione, ai sensi dell'art. 111 L.F., i crediti vantati dal professionista per prestazioni svolte a favore della società fallita prima e dopo la sua ammissione al concordato preventivo, senza che a ciò possa di per sé ostare la circostanza che l'ammissione al concordato sia stata revocata successivamente all'espletamento delle prestazioni predette".

Tribunale Forlì, 22 ottobre 2014 (ilcaso.it): "Anche le spese generali o forfetarie spettanti all'avvocato nella misura del 15 % ex art. 2, secondo comma, D.M. n. 55 del 10 marzo 2014 vanno ammesse al passivo in privilegio, ai sensi dell'art. 2751-*bis* n.2, giacché, quale accessorio di un credito di natura privilegiata, devono trovare collocazione identica alla sorte".

37

SCONTO

Corte di Cassazione, 9 maggio 2001, n. 6465: “Nel procedimento di accertamento del passivo fallimentare la prova del credito della banca derivante dal saldo di conto corrente non può essere costituita dagli estratti di conto corrente ove questi siano contestati dal curatore, nè dalle scritture contabili in quanto tali, non potendo essere considerata la controversia sulla domanda di ammissione al passivo un giudizio fra imprenditori”.

Corte di Cassazione, 27 marzo 1979, n. 1768: “La disposizione contenuta nell’art. 1860 cod. civ. - il quale attribuisce alla banca che ha scontato tratte documentate lo stesso privilegio del mandatario finché il titolo rappresentativo e in suo possesso - trova la sua giustificazione nella natura giuridica dello sconto di tratte documentate, il quale è un negozio complesso che si inserisce nello schema della vendita su documenti, ma racchiude in sè anche elementi della cessione di credito, del mutuo e del mandato: con tale contratto, infatti, la banca, anticipando al venditore l’importo del prezzo, previa deduzione dell’interesse, acquista, con la girata della tratta, il credito corrispondente, e si incarica di eseguire la vendita attraverso la consegna al compratore dei documenti rappresentativi della merce, ricevuti insieme con la tratta, e la riscossione del prezzo; ciò nell’ambito di un mandato, la cui esecuzione realizza ad un tempo l’interesse della banca mandataria, che, riscuotendo il prezzo, rientra nella disponibilità della somma anticipata al venditore, e l’interesse del venditore che, in tal modo, si libera contemporaneamente dell’obbligo di consegna verso l’acquirente e dall’obbligo di restituzione verso la banca. Il privilegio predetto, per il combinato disposto degli artt. 2761 e 2756 cod. civ., ha effetto anche in pregiudizio dei terzi che hanno diritti sulla cosa, salvo che il creditore non sia in mala fede - ed è assistito dal diritto di ritenzione e dallo *jus vendendi* secondo le norme stabilite per la vendita del pegno; esso, inoltre, rientra fra quelli che, secondo l’art. 53 legge fallimentare, attribuiscono al titolare il diritto di realizzare il proprio credito anche durante il fallimento, previa ammissione al passivo con prelazione, e di essere pagato dal curatore che intenda riprendere le cose sottoposte al privilegio stesso”.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 dicembre 2001, n. 16060: “L’ammissione al passivo fallimentare di un credito in via privilegiata non presuppone, ove si tratti di privilegio speciale su determinati beni, che questi siano già presenti nella massa, non potendosi escludere la loro acquisizione successiva all’attivo fallimentare; per cui deve demandarsi alla fase del riparto la verifica della sussistenza o non dei beni stessi, da cui dipende l’effettiva realizzazione del privilegio speciale”.

(a cura di C.Z.)

38

SINDACI

Corte di Cassazione, 11 aprile 1983, n. 2542: “L’ art. 2751-*bis* n.2 C.C., il quale conferisce privilegio generale mobiliare alla retribuzioni dei professionisti e di ogni altro prestatore d’opera intellettuale, non trova applicazione con riguardo al compenso spettante agli amministratori di una società per azioni, atteso che la loro attività, a differenza di quella dei sindaci, non è riconducibile nell’ambito della prestazione d’opera intellettuale di cui all’art. 2230 C.C., perché non si esaurisce nell’esplicazione di cognizioni tecniche o scientifiche, ma configura gestione dell’impresa sociale, con ampi compiti di organizzazione dei fattori della produzione al fine del perseguimento dell’oggetto della società”.

Corte di Cassazione, 1 aprile 2009, n. 7961: “A differenza dell’art. 2402 C.C. – applicabile, in virtù dell’espresso richiamo operato dall’art. 2516 C.C. anche alle società cooperative – che, nel prevedere che “la retribuzione annuale dei sindaci, se non è stabilita nell’atto costitutivo, deve essere determinata dall’assemblea all’atto della nomina per l’intero periodo di durata del loro ufficio”, sancisce il principio dell’onerosità della carica; per contro, la norma di cui all’art. 2364 C.C. commi 1 e 3, attribuisce all’assemblea il compito di determinare il compenso degli amministratori e dei sindaci. Sì che la regola dell’onerosità della carica è stabilita per i sindaci, ma non per gli amministratori, i quali ben possono prestare gratuitamente la loro opera”.

(a cura di A.G.)

39

SOMMINISTRAZIONE

Corte di Cassazione, 19 marzo 2012, n. 4303: “In caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica (nella specie somministrazione) pendenti al momento della dichiarazione di fallimento ed in presenza di esercizio provvisorio dell’impresa fallita, disposto ex art. 104 L.F., i relativi crediti maturati ante fallimento sono o meno prededucibili a seconda che, al termine dell’esercizio provvisorio, il curatore abbia scelto di subentrare o sciogliersi dal contratto, mentre solo quelli maturati in pendenza di esercizio provvisorio sono sempre prededucibili, al pari di quelli, successivi al termine dell’esercizio provvisorio, in caso di subentro nel contratto da parte del curatore; infatti, l’eccezionalità delle disposizioni dettate dalla legge fallimentare per i contratti di durata, ex artt. 74 e 82 L.F., in ragione dell’indivisibilità delle prestazioni, con il diritto alla prededuzione dei crediti anche preesistenti, va temperata con la *ratio* della disciplina dell’esercizio provvisorio, che limita la stessa prededucibilità quando la prosecuzione del rapporto è l’effetto diretto del provvedimento giudiziale, non della scelta del curatore”.

(a cura di A.G.)

40

SPEDIZIONIERE

Tribunale Reggio Emilia, 11 giugno 1986: “Lo spedizioniere che, per conto del mandante, abbia anticipato all’erario il pagamento delle imposte doganali, può avvalersi, ove ne ricorrano i

presupposti di fatto, del privilegio di cui all'art. 2761 C.C., ma non può beneficiare - in via di surrogazione - della preferenza riservata al corrispondente credito dello Stato”.

Tribunale Salerno, 13 marzo 1993: “Il credito dello spedizioniere per il rimborso di quanto versato per lo sdoganamento della merce è assistito dal privilegio di cui all'art. 2761 C.C.”.

Corte di Cassazione, 28 gennaio 2013, n. 1885: “Allorché lo spedizioniere doganale, nell'eseguire le operazioni in dogana per conto del proprietario della merce, si avvale della facoltà di differire il pagamento dei tributi doganali ai sensi degli artt. 78 e 79 t.u. 23 gennaio 1973 n. 43, stipulando all'uopo una polizza fideiussoria sostitutiva della cauzione, la società di assicurazione, che ha prestato la fideiussione ed ha pagato i tributi medesimi, ha diritto di surrogazione e regresso (artt. 1949-1951 c.c.) nei confronti del proprietario importatore, il quale, nonostante il ricorso all'attività dello spedizioniere (che assume la veste di condebitore in solido), rimane soggetto passivo del rapporto tributario e quindi dell'obbligazione garantita. Tali diritti di surrogazione e regresso, dato il rapporto di identità oggettiva dell'obbligazione del proprietario nei confronti del fideiussore e dell'amministrazione finanziaria, si prescrivono nello stesso termine di cinque anni previsto dall'art. 84 del citato d.P.R. n. 43 del 1973 per la prescrizione dell'azione dello Stato per la riscossione dei diritti doganali”.

(a cura di A.G.)