

LEAP

NEWSLETTER

NEWSLETTER DEL 8 LUGLIO 2020

GIURISPRUDENZA	3
Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo	3
<i>Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 luglio 2020, n. 12</i>	3
Consiglio di Stato, Sez. III, 5 giugno 2020, n. 3566	8
Tar Lazio, Roma, Sez. III <i>quater</i> , 26 giugno 2020, n. 7211	10
Diritto Civile e Processuale Civile	13
Corte di Cassazione, Sez. I Civile, ordinanza, 28 maggio 2020, n. 10092	13
Corte di Cassazione, Sez. I Civile, ordinanza, 5 giugno 2020, n. 10750	17
Corte di Cassazione, Sez. I Civile, ordinanza, 27 maggio 2020, n. 9945	22
Corte di Cassazione, Sez. I Civile, ordinanza, 12 marzo 2020, n. 7177	23
NOVITÀ NORMATIVE	29
Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo	29
Bozza del cd. Decreto Semplificazioni del 6 luglio 2020	29

GIURISPRUDENZA

CONTRATTI
PUBBLICI E DIRITTO
AMMINISTRATIVO*Consiglio di Stato, Adunanza
Plenaria, 2 luglio 2020, n.
12*

Massima

- 1) Il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione di una gara di appalto decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono ricomprendersi anche i verbali di gara, ivi incluse tutte le operazioni e le valutazioni operate dalle commissioni di gara relative alle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016.
- 2) Le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale.
- 3) La proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la "dilazione temporale" quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.
- 4) La pubblicazione degli atti di gara con gli eventuali, relativi allegati ex art. 29 del d.lgs. n. 50/2016 è idonea a far decorrere il termine di impugnazione; sono altresì idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati.

Caso di specie

Il Gestore Servizi Energetici (di seguito anche solo "GSE") ha indetto, sul proprio sito istituzionale, il bando di una procedura di gara per l'aggiudicazione di un servizio. All'esito della gara ha aggiudicato ad uno degli operatori economici concorrenti. La seconda graduata ha proposto ricorso al TAR Lazio avverso l'atto di aggiudicazione della gara.

Il TAR, con la sentenza n. 3552 del 2019, ha dichiarato irricevibile il ricorso in accoglimento di una eccezione formulata dal GSE, in forza della quale la notifica del ricorso sarebbe tardiva perché effettuata il trentottesimo giorno successivo alla pubblicazione dell'atto di aggiudicazione sul "portale acquisti in rete PA nel sistema s.d.a.p.a.", seguita dalla presa visione da parte della ricorrente il giorno successivo.

Avverso tale decisione è stato proposto appello.

Il Consiglio di Stato ha disposto la rimessione all'Adunanza Plenaria con l'ordinanza n. 2215 del 2020.

Ordinanza di rimessione n. 2215/2020

Con la citata ordinanza di rimessione la Sez. V del Consiglio di Stato ha sottoposto all'esame della Adunanza Plenaria i seguenti quesiti:

- a) *"se il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione possa decorrere di norma dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016;*
- b) *se le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri consentano la sola proposizione dei motivi aggiunti, eccettuata l'ipotesi da considerare patologica - con le ovvie conseguenze anche ai soli fini di eventuali responsabilità erariale - della omessa o incompleta pubblicazione prevista dal già citato articolo 29;*
- c) *se la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara non sia giammai idonea a far*

- slittare il termine per la impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, che decorre dalla pubblicazione ex art. 29 ovvero negli altri casi patologici dalla comunicazione ex art. 76, e legittima soltanto la eventuale proposizione dei motivi aggiunti, ovvero se essa comporti la dilazione temporale almeno con particolare riferimento al caso in cui le ragioni di doglianza siano tratte dalla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero dalle giustificazioni da questi rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;*
- d) se dal punto di vista sistematico la previsione dell'art. 120, comma 5, c.p.a. che fa decorrere il termine per l'impugnazione degli atti di gara, in particolare dell'aggiudicazione dalla comunicazione individuale (ex art. 78 del d.lgs. n. 50 del 2016) ovvero dalla conoscenza comunque acquisita del provvedimento, debba intendersi nel senso che essa indica due modi (di conoscenza) e due momenti (di decorrenza) del tutto equivalenti ed equipollenti tra di loro, senza che la comunicazione individuale possa ritenersi modalità principale e prevalente e la conoscenza aliunde modalità secondaria o subordinata e meramente complementare;*
- e) se in ogni caso, con riferimento a quanto considerato in precedenza sub d), la pubblicazione degli atti di gara ex art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016 debba considerarsi rientrante in quelle modalità di conoscenza aliunde;*
- f) se idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione debbano considerare quelle forme di comunicazione e pubblicità individuate nella lex specialis di gara e accettate dagli operatori economici ai fini della stessa partecipazione alla procedura di gara”.*

Motivi della decisione

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha preliminarmente osservato che, in base all'immutato testo dell'art. 120, comma 5, del c.p.a., degli artt. 29, comma 1, e 76 del d.lgs. 50/2016 (di seguito anche solo “secondo codice” - espressione utilizzata dall'Adunanza Plenaria), nonché dell'art. 5, d.P.R. n. 184/2006, per determinare il *dies a quo* per l'impugnazione va riaffermata la perdurante rilevanza della “data oggettivamente

riscontrabile”, cui ancora si riferisce il citato comma 5.

La sua individuazione, dunque, continua a dipendere dal rispetto delle disposizioni sulle formalità inerenti alla “informazione” e alla “pubblicazione” degli atti, nonché dalle iniziative dell’impresa che effettui l’accesso informale con una “richiesta scritta”, per la quale sussiste il termine di quindici giorni previsto dall’art. 76, comma 2, del “secondo codice”, applicabile per identità di ratio anche all’accesso informale.

Le considerazioni che precedono sono corroborate dall’esame dell’art. 2 quater della direttiva n. 665 del 1989 e della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea.

L’art. 2 quater della direttiva n. 665 del 1989 ha disposto che il termine “per la proposizione del ricorso” - fissato dal legislatore nazionale - comincia “a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell’Amministrazione aggiudicatrice è stata inviata” al partecipante alla gara, “accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti”.

Da tale disposizione, si desume che la direttiva ha fissato proprio il principio posto a base dapprima dell’art. 245 del “primo codice” e poi dell’art. 120, comma 5, c.p.a., e cioè che la decorrenza del termine di impugnazione dipenda dall’accertamento di una “data oggettivamente riscontrabile”, riconducibile al rispetto delle disposizioni sulle informazioni dettagliate, spettanti ai partecipanti alla gara.

Inoltre, come ha evidenziato l’ordinanza di rimessione, in sede di interpretazione dell’art. 1, § 1, della direttiva n. 665 del 1989, la Corte di Giustizia ha evidenziato che:

- i termini imposti per proporre i ricorsi avverso gli atti delle procedure di affidamento cominciano a decorrere solo quando “il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione” (Corte di Giustizia, sez. IV, 14 febbraio 2019, in C-54/18, punto 21 e anche punti 32 e 45; Sez. V, 8 maggio 2014, in C-161/13, punto 37);
- “una possibilità, come quella prevista dall’art. 43 c.p.a. di sollevare «motivi aggiunti» nell’ambito di un ricorso iniziale proposto nei termini contro la decisione di aggiudicazione dell’appalto non costituisce sempre un’alternativa valida di tutela giurisdizionale effettiva. Infatti, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, gli offerenti sarebbero costretti a impugnare in abstracto la

decisione di aggiudicazione dell'appalto, senza conoscere, in quel momento, i motivi che giustificano tale ricorso" (Corte di Giustizia, sez. V, 8 maggio 2014, in C-161/13, cit., punto 40).

Anche l'art. 2 quater della direttiva n 665 del 1989 e tale giurisprudenza inducono a ritenere che la sopra riportata normativa nazionale vada interpretata nel senso che il termine di impugnazione degli atti di una procedura di una gara d'appalto non può che decorrere da una data ancorata all'effettuazione delle specifiche formalità informative di competenza della Amministrazione aggiudicatrice, dovendosi comunque tenere conto anche di quando l'impresa avrebbe potuto avere conoscenza degli atti, con una condotta ispirata alla ordinaria diligenza.

In altri termini e in sintesi, l'Adunanza Plenaria ritiene che - ai fini della decorrenza del termine di impugnazione - malgrado l'improprio richiamo all'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006 (di seguito anche solo "primo codice"), ancora contenuto nell'art. 120, comma 5, c.p.a. - rilevano:

- a) le regole che le Amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare in tema di 'Informazione dei candidati e degli offerenti' (ora contenute nell'art. 76 del "secondo codice");
- b) le regole sull'accesso informale (contenute in termini generali nell'art. 5, d.P.R. n. 184 del 2006), esercitabile - anche quando si tratti di documenti per i quali la legge non prevede espressamente la pubblicazione - non oltre il termine previsto dall'art. 76, prima parte del comma 2, del "secondo codice";
- c) le regole (contenute nell'art. 29, comma 1, ultima parte, del "secondo codice") sulla pubblicazione degli atti, completi dei relativi allegati, "sul profilo del committente", il cui rispetto comporta la conoscenza legale di tali atti, poiché l'impresa deve avere un comportamento diligente nel proprio interesse.

I principi che precedono risultano infatti conformi alle "esigenze di celerità dei procedimenti di aggiudicazione di affidamenti di appalti pubblici", già sottolineate dall'ordinanza di rimessione.

Consiglio di Stato, Sez. III, 5 giugno 2020, n. 3566

Massima

Nelle more della conclusione di una procedura ad evidenza pubblica indetta ai sensi del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i., è legittima la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara - procedura cd. "ponte" - esperita in via d'urgenza dalla stazione appaltante per far fronte alla necessità di approvvigionare il materiale oggetto di affidamento (quanto al fabbisogno strettamente necessario) e garantire in tal senso la continuità della fornitura.

Caso di specie

Il Consiglio di Stato è stato adito per definire una lite insorta nell'ambito di un affidamento di forniture relative al settore sanitario, pronunciandosi sulla legittimità di una procedura negoziata d'urgenza esperita in attesa della conclusione della procedura aperta all'uopo bandita ai sensi del Codice dei contratti pubblici.

In particolare, dopo la pubblicazione del DPCM 12 gennaio 2017 - che, nell'aggiornare i livelli essenziali di assistenza afferenti al SSN ex art. 1, comma 7, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, ha stabilito l'esperimento di procedure ad evidenza pubblica ai fini della erogazione dei dispositivi protesici - la Stazione Appaltante Unica Regionale della Basilicata aveva avviato una procedura aperta ai sensi del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. per approvvigionare il materiale protesico predetto in favore di una ASL.

Data l'impugnazione del citato DPCM da parte di un operatore economico del settore nonché il differimento dei tempi della gara imposto dal contenzioso che ne è scaturito innanzi al TAR Lazio, per la suddetta ASL si è inverata la necessità reperire il menzionato materiale e, pertanto, ha disposto in via d'urgenza una procedura negoziata senza bando, ex art. 36 del Codice dei contratti pubblici, al fine di garantire la continuità

dell'approvvigionamento in argomento, per un fabbisogno strettamente necessario al periodo occorrente alla conclusione della gara (di importo contenuto e inferiore alla soglia comunitaria ex art. 35 del Codice).

In tale contesto, il medesimo operatore economico ha inoltre contestato avanti al TAR Lazio l'avvio di tale procedura negoziata "ponte", censurandone tra l'altro la legittimità sotto il profilo dei presupposti di legge. Con sentenza n. 11300 del 24 settembre 2019 il Giudice di primo grado ha però respinto il ricorso predetto, reputando legittima l'iniziativa dell'ASL; siffatta pronuncia è stata poi appellata presso il Supremo Consesso.

Motivi della decisione

Nel confermare la sentenza del TAR Lazio, il Consiglio di Stato ha accertato che *"(...) contrariamente a quanto affermato dalla appellante, la determina a contrarre ex art. 32, d.lgs. n. 50 del 2016 del 30 maggio 2018 reca una sintetica ma certamente congrua individuazione delle ragioni sottese alla procedura, da rinvenire nella necessità di reperire materiale protesico "per un fabbisogno strettamente necessario, nelle more della gara regionale in corso di esecuzione". Evidente dunque l'intento dell'Azienda sanitaria che, a fronte di una domanda - attuale o stimata - di protesi superiore alle scorte e per assicurare la prestazione sanitaria agli utenti, ha ritenuto opportuno approvvigionarsi con una propria procedura prevedendo tempi non brevi per la conclusione della gara centralizzata. Ha peraltro ben chiarito che tale fornitura era per coprire lo "stretto necessario" e solo perché era ancora in corso la procedura bandita dalla Stazione unica appaltante della Regione Basilicata e non c'erano altri contratti attivi o accordi di collaborazione tra soggetti aggregatori. A corollario di tale previsione e a dimostrazione dell'effettivo intendimento della Asl di indire una procedura "ponte", l'art. 2 del disciplinare aggiungeva, con rappresentazione anche graficamente maggiormente evidente rispetto a tutte le altre disposizioni, che "il contratto relativo alla fornitura del presente appalto è da intendersi in ogni caso anticipatamente risolto se, nel frattempo, intervenga l'aggiudicazione della corrispondente gara d'appalto regionale da parte della Stazione Unica Appaltante della Regione Basilicata (SUA-RB) in ossequio alla legge regionale del 8 agosto 2013, n.*

18 e ss.mm. e ii.”. Evidente è dunque la stretta connessione tra la procedura indetta dalla Asl di Matera e quella centralizzata: la prima trae la sua essenza nella pendenza della gara regionale.

Tale essendo le ragioni sottese alla procedura impugnata, il Collegio ritiene che l’Azienda sanitaria di Matera abbia agito avendo ben presenti gli obblighi che ad essa fanno capo, id est, in via primaria, assicurare agli utenti del servizio sanitario le prestazioni di cui necessitano. (...).

Si tratta, quindi, di una gara ponte ben giustificata e che non vanifica quella bandita dalla Stazione Unica Appaltante della Regione Basilicata, che ha, anzi, costituito il parametro per l’individuazione della richiesta dei prodotti da acquisire e la cui conclusione rappresenta - in virtù di espressa clausola di anticipata risoluzione - motivo per risolvere anticipatamente il rapporto di fornitura senza diritto ad alcun compenso ulteriore a quello derivante dalle prestazioni effettivamente erogate (art. 2 del disciplinare di gara e art. 4 del capitolato tecnico)”.

In questi termini il Supremo Consesso ha quindi acclarato la legittimità della procedura negoziata espletata d’urgenza per acquisire il suddetto materiale sanitario, in una misura strettamente necessaria ad assicurare la continuità della fornitura, nelle more della definizione della procedura aperta in corso, riconoscendo nella fattispecie come valida e congrua la motivazione radicata nella detta necessità, in linea con quanto all’uopo stabilito dalla legge (v. anche art. 63, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016).

Tar Lazio, Roma, Sez. III quater, 26 giugno 2020, n. 7211

Massima

Il principio secondo cui la stazione appaltante è tenuta a escludere l'operatore dalla procedura di gara senza procedere al previo invito alla regolarizzazione vale soltanto in caso di irregolarità contributiva della impresa concorrente, e non anche nel caso di irregolarità di

impresa ausiliaria della quale la concorrente intende avvalersi.

Caso di specie

La ricorrente ha impugnato il provvedimento di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione provvisoria disposta in proprio favore.

L'annullamento è stato disposto in quanto la ricorrente ha indicato, come ausiliaria, una società che versava in condizioni di irregolarità contributiva.

In particolare, nonostante la richiesta rivolta dalla stazione appaltante alla ricorrente, in un primo momento, di fornire i dovuti chiarimenti e di provvedere alla sostituzione dell'ausiliaria, dopo aver ricevuto anche la documentazione richiesta la medesima amministrazione ha invece aderito ad un recente orientamento giurisprudenziale, teso a determinare, in questi casi, l'esclusione dalla gara.

Dal combinato disposto degli artt. 80, comma 5, lett. f-bis), e 89, comma 1, del D.Lgs. 50/2016 (recante il Codice dei contratti pubblici), infatti, alla stregua di siffatto indirizzo *"la dichiarazione mendace presentata dall'operatore economico, anche con riguardo all'impresa ausiliaria, comporta l'esclusione dalla gara. L'art. 89, comma 3, del d.lgs. 50/2016 non si applica in caso di attestazione non veritiera sul possesso dei requisiti ex art. 80 da parte dell'impresa ausiliaria, stante il rapporto di specialità con il primo comma dello stesso art. 89, che prevede espressamente l'esclusione del concorrente in caso di dichiarazioni mendaci provenienti dall'impresa ausiliaria"* (v. Cons. St., sez. V, 19 novembre 2018, n. 6529; id., Sez. V, 3 gennaio 2019 n. 69).

Motivi della decisione

Il TAR adito, dopo aver richiamato il quadro normativo di riferimento, ha anzitutto preso in considerazione il suddetto, consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui, in caso di avvalimento, la dichiarazione mendace presentata dall'impresa ausiliaria comporta l'esclusione dalla procedura di gara dell'operatore economico che si è avvalso della sua capacità per integrare i prescritti requisiti di partecipazione, senza che sia possibile procedere alla sostituzione dell'impresa ausiliaria. Ciò in quanto l'art. 89 del Codice dei contratti pubblici prevede espressamente l'esclusione del concorrente in caso di

dichiarazioni mendaci provenienti dall'impresa di cui questi si sia avvalso, mentre la sostituzione dell'impresa ausiliaria è consentita solo nelle altre ipotesi in cui risultano mancanti i pertinenti requisiti di partecipazione.

Tanto chiarito, il TAR Roma ha reputato però il menzionato orientamento non persuasivo.

Il Collegio, infatti, ha accertato come *“(…) se la ratio dell’esclusione in caso di false dichiarazioni è quella di consentire alle Amministrazioni di intrattenere rapporti solo con imprese affidabili, allora sia necessario interpretare la norma non solo in senso costituzionalmente orientato, ma anche coerente con la ratio descritta, e non far rispondere l’impresa ausiliata per responsabilità oggettiva, quale è quella configurata da quelle pronunce invocate dall’Amministrazione, cioè per circostanze riconducibili solo alla sfera dell’impresa ausiliaria (come nel caso di contributi previdenziali richiesti dall’Inps)”*.

Inoltre, come precisato dalla pronuncia qui in esame, nel caso di specie tali circostanze non erano facilmente conoscibili, né tantomeno accertabili da parte della ricorrente, ragion per cui non potrebbe neppure ritenersi che vi sia stato un comportamento negligente da parte di quest’ultima.

Il Collegio ha quindi condiviso il principio secondo cui la stazione appaltante che in sede di verifica del possesso dei requisiti dichiarati riceve dall'ente previdenziale comunicazione di DURC irregolare è tenuta ad escludere l'operatore dalla procedura, revocando l'aggiudicazione eventualmente effettuata, senza procedere al previo invito alla regolarizzazione, vale solo nel caso di irregolarità contributiva della impresa concorrente, non potendo operare al contrario nel caso di rilevata irregolarità di impresa ausiliaria della quale la concorrente intende avvalersi (cfr. Cons. St., sez. V, 26/04/2018 n. 2527; Id., sez. V, 21.02.2018 n. 1101).

In ragione di quanto sopra, nel caso scrutinato dal TAR Lazio sussistono i requisiti richiesti dalla giurisprudenza per l'applicazione di questa tesi, giacché la ricorrente non soltanto non conosceva le irregolarità contributive della ausiliaria ma, pur volendo, non avrebbe neppure potuto conoscerle, *“(…) non disponendo di speciali poteri di verifica circa l’attendibilità delle credenziali della controparte e non potendo, quindi, far altro che affidarsi alle dichiarazioni o alla documentazione da quest’ultima fornitegli, con conseguente impossibilità di renderla motivatamente corresponsabile dell’attestazione inveritiera resa (…)”*.

In questi termini il Collegio adito ha perciò accolto il ricorso e annullato i provvedimenti impugnati.

DIRITTO CIVILE E
PROCESSUALE CIVILE

Corte di Cassazione, Sez. I Civile, ordinanza, 28 maggio 2020, n. 10092

Massima

La cessione del credito è un istituto a causa variabile e può avvenire con funzione solutoria o a scopo di garanzia.

Nel caso della cessione *pro solvendo* (art. 1198 c.c.) il cessionario è gravato dall'onere di dimostrare di aver previamente escusso, senza successo, il debitore ceduto.

Nell'ipotesi, invece, di cessione *in securitatem*, ossia quando la cessione avviene con lo scopo di garantire una diversa obbligazione dello stesso cedente, il cessionario è legittimato ad agire sia nei confronti del debitore ceduto che nei confronti dell'originario debitore cedente senza essere gravato, in quest'ultimo caso, dall'onere di provare l'infruttuosa escussione del debitore ceduto.

Caso di specie

Un istituto di credito proponeva opposizione avverso la decisione del Giudice Delegato che ammetteva solo parzialmente il credito insinuato al passivo del fallimento di una società a responsabilità limitata. Tale credito derivava da un contratto di anticipazione su fatture contro cessione di credito

pro solvendo e la banca, secondo il Tribunale, non aveva dimostrato di aver tentato infruttuosamente l'escussione dei debitori ceduti.

Secondo il Collegio, la cessione a scopo di garanzia non escludeva l'onere della banca cessionaria di escutere il debitore ceduto, prima di agire verso il cedente.

L'istituto bancario ha contestato la mentovata ricostruzione e la Cassazione è stata chiamata a decidere se, in caso di *cessio in securitatem*, sul cessionario (nella fattispecie in esame, la banca) gravi (o meno) l'onere di provare la previa escussione del debitore ceduto.

Motivi della decisione

La Suprema Corte ha accolto le doglianze dell'istituto di credito, ritenendo che la decisione impugnata poggia sull'equivoco di non aver colto le differenze tra la cessione solutoria e la cessione di garanzia atipica.

In caso di cessione di credito in luogo dell'adempimento, la giurisprudenza ha affermato quanto segue (Cass. Civ. n. 3469/2007):

- il debitore originario (cedente) non si libera con la cessione, affianca al credito originario quello ceduto, con la funzione di consentire al creditore di soddisfarsi mediante la realizzazione di quest'ultimo credito;
- coesistono due crediti (originario e ceduto); il credito originario rimane inesigibile per tutto il tempo in cui persiste la possibilità della fruttuosa escussione del debitore ceduto, solo quanto il credito ceduto è insolvente, il creditore cessionario può rivolgersi al debitore originario (cedente);
- il cessionario deve dimostrare l'esigibilità del credito e dell'insolvenza del debitore ceduto, se intende agire verso il debitore originario (cedente) e deve altresì provare l'escussione infruttuosa del debitore ceduto e che tale infruttuosità non sia dipesa da sua negligenza nell'iniziare o proseguire le istanze contro il debitore ceduto;
- fintanto che il credito ceduto non è esigibile, non lo è neppure il credito originario; invece, quando è esigibile il credito ceduto, non è detto che lo divenga anche il credito originario, atteso l'onere della preventiva escussione (da parte del cessionario) del debitore ceduto, stante il rinvio operato dall'art. 1198 comma 2 all'art. 1267 comma 2 c.c.;

- visto che la *datio in solutum* non dà luogo a novazione, rimangono in essere ambedue i debiti (originario e ceduto), il cessionario non può chiedere al cedente l'adempimento del debito originario in difetto di previa infruttuosa escussione del debitore ceduto; solo da tale momento, in conformità con il principio posto all'art. 2935 c.c., inizia a decorrere la prescrizione relativa al debito ceduto.

Gli Ermellini hanno ritenuto che, nella fattispecie in esame, debba farsi riferimento a un orientamento risalente, ma consolidato, sulla cessione a scopo di garanzia (Cass. Civ. n. 4796/2001; Cass. Civ. n. 3797/1999).

In linea generale, la cessione del credito può avere una causa variabile e, conseguentemente, può perseguire anche una funzione esclusiva di garanzia. Come la cessione ordinaria, produce l'effetto traslativo del diritto di credito, che passa dal patrimonio del cedente a quello del cessionario.

Da ciò deriva che:

- il cessionario è legittimato ad azionare sia il credito originario sia quello ceduto in garanzia;
- qualora si verifichi l'estinzione dell'obbligazione garantita (originaria), il credito ceduto a scopo di garanzia, nella stessa quantità, si ritrasferisce automaticamente nella sfera giuridica del cedente (con un meccanismo analogo a quello della condizione risolutiva).

La Suprema Corte ha poi valutato ancora persuasiva la ricostruzione operata dal precedente più risalente (Cass. Civ. n. 4796/2001) secondo cui:

- la titolarità del credito viene trasferita in capo al cessionario;
- tale cessione è sottoposta a condizione risolutiva;
- l'evento dedotto in condizione è l'adempimento del debito principale garantito;
- è sottoposto a condizione sospensiva il dovere del cessionario di restituire l'eccedenza di quanto eventualmente riscosso dal debitore ceduto.

La cessione del credito a scopo di garanzia si distingue dalle varie operazioni spesso impiegate nella prassi bancaria.

In particolare, la cessione dei crediti a garanzia della restituzione del finanziamento persegue la funzione di garanzia atipica e ha natura accessoria. Essa si differenzia dalle diverse figure con funzione solutoria come:

- la *cessio pro solvendo* (ex art. 1198 c.c.), ove la cessione tiene luogo della restituzione delle somme finanziate;

- il mandato *in rem propriam* all'incasso con patto di compensazione tra l'attuale credito restitutorio della banca e il futuro credito del mandante per l'accreditamento degli importi incassati.

Avuto riguardo alla cessione *pro solvendo* (art. 1198 c.c.), l'effetto traslativo del diritto di credito comporta l'acquisto della titolarità del credito da parte del cessionario.

L'estinzione dell'obbligazione avviene tramite la diversa prestazione, mentre il profilo della garanzia emerge solo nell'ipotesi di inadempimento del debitore ceduto.

Nella cessione con funzione di garanzia, invece, il trasferimento del credito al cessionario è destinato solo in via sussidiaria ed eventuale a realizzare l'obbligazione principale, mediante l'escussione del debito ceduto oggetto della garanzia.

Nella cessione a scopo di garanzia, la riscossione del debito ceduto si trova su un piano subordinato rispetto a quanto accade con la cessione solutoria. Infatti, la garanzia ha natura accessoria.

L'art. 1260 c.c. non individua uno schema contrattuale di riferimento, ma la disciplina va individuata in base allo scopo perseguito dalle parti in virtù della funzione economico-sociale del negozio.

La Cassazione segnala come la dottrina abbia evidenziato alcune analogie con:

- la riscossione del credito pignoratizio ex art. 2803 c.c.;
- con i contratti di garanzia finanziaria disciplinati dal D.Lgs. 170/2004 (“(...) *in particolare quanto alla forma di autotutela soddisfattiva contemplata dall'art. 5, comma 2, richiamato dall'art. 6, comma 3, assimilabile a quella attribuita al titolare del credito ceduto in garanzia, con esclusione di un meccanismo immediatamente soddisfattorio proprio con riferimento alla cessione dei crediti in garanzia*”).

A conferma di quanto sin qui illustrato viene inoltre richiamata la disciplina sul *factoring*, ossia la cessione dei crediti d'impresa (art. 4 della Legge n. 52/1991), secondo cui la regola è costituita dall'assunzione da parte del cedente dell'obbligo di garantire la solvenza del debitore, salvo che il cessionario non vi rinunci.

Nel contratto di *factoring* con prevalente causa di finanziamento “(...) *l'effetto traslativo della cessione rappresenta uno strumento di garanzia atipica del soddisfacimento del credito del factor derivante dall'erogazione dell'anticipazione;*

funzione di garanzia che resterebbe, però, evidentemente compromessa, ove si imponesse al factor l'onere di escutere preventivamente il debitore ceduto, con il risultato che il credito derivante dall'anticipazione diverrebbe esigibile solo nel momento in cui risultassero infruttuose le azioni, anche esecutive, esercitate dal cessionario contro il ceduto".

La Suprema Corte, in seguito ad un articolato iter argomentativo, ha cassato la sentenza impugnata e l'ha rinviata al giudice di merito che, nella decisione, dovrà attenersi al seguente principio di diritto:

"(...) in caso di cessione del credito effettuata non in funzione solutoria, ex art. 1198 c.c., ma esclusivamente a scopo di garanzia di una diversa obbligazione dello stesso cedente, il cessionario è legittimato ad agire sia nei confronti del debitore ceduto che nei confronti dell'originario debitore cedente senza essere gravato, in quest'ultimo caso, dall'onere di provare l'infruttuosa escussione del debitore ceduto".

Corte di Cassazione, Sez. I Civile, ordinanza, 5 giugno 2020, n. 10750

Massima

Il danno da lucro cessante è risarcibile su prova indiziaria.

Sono esclusi soltanto i mancati guadagni meramente ipotetici perché dipendenti da condizioni incerte.

Caso di specie

Una società a responsabilità limitata conveniva dinanzi al Tribunale di Roma la Gestione Straordinaria Regionale Pubblici Servizi di Trasporto di Avellino e la Regione Campania, al fine di sentirle condannare al risarcimento dei danni per l'illecito esercizio del servizio pubblico di linea su un determinato percorso, in concorrenza con le autolinee gestite da essa attrice, dopo che il TAR Lazio aveva sospeso, con ordinanza in data 15 novembre 1990, l'atto di concessione disposto in

favore del Consorzio Trasporti Irpini, cui la Gestione straordinaria era succeduta.

Con sentenza non definitiva del 29 settembre 1995, Il Tribunale di Roma accertava la responsabilità delle convenute, le quali venivano dunque condannate in via generica al risarcimento dei danni.

Il successivo gravame era rigettato dalla Corte d'Appello di Roma con sentenza del 2 luglio 2001, divenuta irrevocabile.

All'esito della disposta CTU, il Tribunale, definitivamente pronunciando, condannava la Autoservizi Irpini (A.I.R.) S.p.A. - a sua volta subentrata alla Gestione - e la Regione Campania, in solido, al risarcimento del danno, liquidato in via equitativa nella somma di Euro 1.000.000,00, oltre alle spese.

La decisione veniva ribaltata dalla Corte d'Appello di Roma che, argomentando sull'avvenuto annullamento ad opera del Consiglio di Stato del provvedimento di sospensione del TAR Lazio e valutando l'idoneità solo potenzialmente lesiva del fatto accertata con la condanna generica, rigettava la domanda, condannando la società a responsabilità limitata alla rifusione delle spese processuali.

La sentenza veniva cassata dalla Suprema Corte con sentenza n. 5015/2009 per violazione del giudicato, non potendosi rimettere in discussione l'illiceità del fatto, dichiarata con pronuncia irrevocabile.

In sede di rinvio, la Corte d'Appello di Roma, con sentenza non definitiva 24 febbraio 2011, accertava che il danno era da determinarsi per il periodo dal 26 novembre 1990 al 20 novembre 1999.

Con successiva pronuncia definitiva del 30 aprile 2013, la Corte di Appello di Roma liquidava tale danno nella somma di Euro 1.616.328,85, oltre a rivalutazione monetaria dal 31 ottobre 2011, interessi legali e spese di giudizio.

La sentenza veniva nuovamente cassata con sentenza n. 25672/2015, con rinvio, per un nuovo giudizio sul *quantum debeatur*, previo accertamento del numero di corse abusivamente eseguite.

Con sentenza del 13 novembre 2017, la Corte d'Appello di Roma rigettava la domanda per la mancata prova sull'entità del danno subito dall'attrice, escludendo la possibilità di far ricorso alla liquidazione equitativa, in difetto dei presupposti per la relativa applicazione.

Avverso la predetta, sentenza ha proposto ricorso per cassazione la società a responsabilità limitata, affidandolo a tre motivi.

Motivi della decisione

Va premesso come il danno da lucro cessante sia uno degli istituti più controversi per l'interprete. Tuttavia, l'orientamento prevalente informa che ogni diminuzione che il patrimonio di un danneggiato ha subito in conseguenza del fatto illecito e l'accrescimento che lo stesso avrebbe conseguito, se ad impedirlo non fosse intervenuto il fatto generatore del danno, non necessita di una prova documentale dell'attività del danneggiato, potendo detta prova esser data con tutti i mezzi ammessi nel nostro ordinamento.

Quando si tratti di danni consistenti nel mancato sorgere di una situazione di vantaggio, gli stessi devono essere risarciti non solo in caso di assoluta certezza, ma anche quando, sulla base della proiezione di situazioni già esistenti, sussista la prova, sia pure indiziaria, della utilità patrimoniale che, secondo un rigoroso giudizio di probabilità (e non di mera possibilità), il creditore avrebbe conseguito se l'illecito non fosse stato commesso; e possono, perciò, venir esclusi soltanto per quei mancati guadagni che sono meramente ipotetici perché dipendenti da condizioni incerte.

Si tratta di un orientamento assai condivisibile, rilevando come sia difficile una rigorosa contabilizzazione "ragionieristica" degli svantaggi economici futuri a seguito dell'illecito.

La pronuncia in commento si occupa del "se risarcire", ma non entra nel merito della quantificazione del risarcimento, problema affatto diverso e logicamente successivo all'esistenza di un effettivo pregiudizio, cioè quello relativo alla sua concreta determinazione che presuppone sempre e comunque risolto in senso affermativo e favorevole al danneggiato il primo problema della certezza del danno: che deve a tal punto considerarsi come fenomeno non soltanto effettivamente verificatosi, ma anche già accertato.

Com'è noto, al Giudice è attribuita la facoltà di scegliere fra i vari mezzi di prova ed i criteri stabiliti dalla legge quelli ritenuti più idonei a consentire la ricostruzione (anche ideale) e la estimazione di quanto il creditore avrebbe conseguito per normale successione di eventi, in base ad una ragionevole e fondata attendibilità, qualora l'illecito non si fosse verificato: ivi compresa la liquidazione equitativa allorché la prova in questione si presenti estremamente difficoltosa o addirittura impossibile (*ex multis*, Cassazione Civile, Sez. III, 13 novembre 2019 n. 29330; Cassazione Civile, Sez. III, 4 aprile 2019,

n. 9339; Cassazione Civile, Sez. I, 14 maggio 2018, n. 11698; Cassazione Civile, Sez. III, 8 gennaio 2016 n. 127; Cassazione Civile, Sez. III, 23 settembre 2015 n. 18804; Cassazione Civile, Sez. VI, 22 febbraio 2017, n. 4534; Cassazione Civile, Sez. VI, 19 dicembre 2011 n. 27447; Cassazione Civile, Sez. III, 17 ottobre 2016, n. 20889; Cassazione Civile, Sez. II, 27 settembre 2011 n. 19756; Cassazione Civile, Sez. III, 12 ottobre 2011 n. 20990; Cassazione Civile, Sez. II, 19 agosto 2011 n. 17427; Cassazione Civile, Sez. III, 30 aprile 2010 n. 10607; Cassazione Civile, Sez. III, 13 novembre 2009 n. 24040; Cassazione Civile, Sez. I, 18 settembre 2009 n. 20140; Cassazione Civile, Sez. I, 29 luglio 2009 n. 17677; Cassazione Civile, Sez. III, 18 aprile 2007 n. 9244; Cassazione Civile, Sez. III, 9 agosto 2007 n. 17492; Cassazione Civile, Sez. I, 15 febbraio 2008 n. 3794; Cassazione Civile, Sez. III, 8 novembre 2007 n. 23304; Cassazione Civile, Sez. II, 21 novembre 2006 n. 24680; Cassazione Civile, Sez. III, 12 aprile 2006 n. 8615; Cassazione Civile, Sez. I, 10 luglio 2003 n. 10850; Cassazione Civile, Sez. II, 30 gennaio 2003 n. 1443; Cassazione Civile, Sez. II, 17 maggio 2000 n. 6414).

Trattasi, ovviamente, di un potere correttivo, ma altrettanto impeditivo di una decisione di “*non liquet*”, fondata sull'asserita inadeguatezza dei criteri indicati dall'attore danneggiato e quindi la negazione dell'obbligazione risarcitoria per la ragionevole impossibilità di provarne il preciso ammontare.

E ciò persino nell'ipotesi in cui il pregiudizio risultasse di ammontare esiguo, atteso che non sussiste nel vigente ordinamento alcun principio di esclusione del risarcimento per i danni che non raggiungono una determinata entità; il cui limite discrezionale sarebbe, del resto, di impossibile individuazione.

Corte di Cassazione, Sez. VI Civile, ordinanza, 12 giugno 2020, n. 12052

Caso di specie

La Corte d'Appello di Bologna dichiarava inammissibile l'appello di un cittadino nigeriano contro il diniego della protezione internazionale, sussidiaria o umanitaria, perché proposto con ricorso notificato con modalità telematiche ex art.

16, comma 3, D.L. n. 179/2012 oltre le ore 21,00 dell'ultimo giorno utile e quindi perfezionatosi, tardivamente, il giorno successivo.

Il cittadino nigeriano, quindi, ha fatto ricorso in Cassazione, lamentando la violazione o falsa applicazione degli artt. 147 c.p.c. e 16-septies, D.L. n. 179/2012, in relazione agli artt. 3, 24, 111 della Costituzione nonché dell'art. 6 CEDU, per non avere la Corte territoriale dato alla normativa suddetta un'interpretazione costituzionalmente orientata, tale da consentire al notificante il diritto di sfruttare interamente (sino alle ore 24.00) l'ultimo giorno utile per la notifica, essendo il limite delle ore 21.00 destinato solo a tutelare il riposo del destinatario della notifica.

Motivi della decisione

Gli Ermellini hanno ritenuto il ricorso fondato, rimarcando al riguardo che:

- il Giudice delle Leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 16-septies del D.L. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, nella Legge n. 114/2014, nella parte in cui prevede che la notifica eseguita con modalità telematiche la cui ricezione di accettazione è generata dopo le ore 21.00 ed entro le ore 24.00 si perfeziona per il notificante alle ore 7.00 del giorno successivo, anziché al momento di generazione della predetta ricezione;
- il divieto di notifica per via telematica oltre le ore 21.00 risulta, invero, introdotto allo scopo di tutelare il destinatario, per salvaguardarne, cioè, il diritto al riposo in una fascia oraria (dalle 21.00 alle 24.00) in cui egli sarebbe, altrimenti, costretto a continuare a controllare la propria casella di posta elettronica;
- ciò giustifica la fictio iuris, contenuta nella seconda parte dell'art. 16-septies del D.L. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, nella Legge n. 114 del 2014, per cui il perfezionamento della notifica è differito, per il destinatario, alle ore 7.00 del giorno successivo, ma non giustifica la corrispondente limitazione nel tempo degli effetti giuridici della notifica nei riguardi del mittente al quale viene, invece, impedito di utilizzare appieno il termine utile per approntare la propria difesa: termine che

l'art. 155 c.p.c. computa a giorni e che, nel caso di impugnazione, scade, appunto, allo spirare della mezzanotte dell'ultimo giorno.

Corte di Cassazione, Sez. I Civile, ordinanza, 27 maggio 2020, n. 9945

Massima

In caso di impugnazione tardiva, la rimessione in termini è giustificata solo da un ritardo incolpevole, frutto di una circostanza oggettiva non imputabile alla parte, di cui questa deve offrire puntuale dimostrazione.

La generica, tardiva conoscenza del provvedimento da impugnare, così come il difetto di comunicazione tra la parte ed il proprio avvocato non integrano circostanze idonee a giustificare la rimessione in termini.

Caso di specie

Alla base della dell'ordinanza in analisi vi è l'ordinanza con cui il Tribunale di Venezia, Sezione specializzata in materia di immigrazione, confermava il provvedimento di diniego di protezione internazionale pronunciato dalla competente Commissione Territoriale di Verona.

Il soggetto richiedente proponeva quindi impugnazione che veniva tuttavia dichiarata inammissibile dalla Corte d'Appello in quanto notificata oltre il termine di trenta giorni.

La vicenda giungeva pertanto dinanzi alla Corte di Cassazione.

Oltre a contestare il mancato riconoscimento dei presupposti, a suo dire esistenti, per la concessione della protezione internazionale e dello status di rifugiato, il ricorrente censurava l'erronea valutazione della Corte d'Appello la quale aveva dichiarato tardiva l'impugnazione sul presupposto che la notifica del ricorso fosse stata effettuata oltre i trenta giorni.

Motivi della decisione

La Suprema Corte ha condiviso la posizione della Corte territoriale, e in particolare il passaggio della sentenza di merito in cui viene diffusamente motivato che la rimessione in termini è possibile solo se la tardiva impugnazione dipende da un fatto oggettivo ed incolpevole, di cui la parte deve dare puntuale e rigorosa dimostrazione.

Nel caso in esame, invece, era mancata proprio una prova di questo tipo atteso che il ricorrente si era limitato a dichiarare di esser venuto tardivamente a conoscenza del provvedimento.

La Suprema Corte ha sottolineato anche che neppure l'allegazione di un difetto di comunicazione tra l'assistito e il suo Avvocato integra l'errore incolpevole, tale da giustificare la rimessione in termini ai fini dell'impugnazione.

Sulla base di tali considerazioni il ricorso è stato quindi rigettato, con condanna del ricorrente al pagamento delle spese e di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, a norma dell'art. 13, comma 1 quater, D.P.R. n. 115/2002.

Corte di Cassazione, Sez. I Civile, ordinanza, 12 marzo 2020, n. 7177

Massima

In materia di concordato preventivo, può palesarsi un abuso dello strumento concordatario qualora il debitore persegua lo scopo di differire la dichiarazione di fallimento e non quello di regolare la crisi d'impresa.

Tuttavia il debitore medesimo, laddove presenti una domanda anticipata di concordato accompagnata da tutti gli elementi stabiliti dalla legge, ha diritto alla concessione del termine per predisporre la proposta, il piano e la documentazione.

Tale diritto viene meno allorché il Tribunale rilevi aliunde, fin da quel frangente, che l'iniziativa è assunta con abuso dello strumento concordatario.

Caso di specie

Una società presentava domanda anticipata di concordato (art. 161, comma 6, Legge Fallimentare), ma il Tribunale competente la considerava inammissibile e dichiarava, quindi, il fallimento di detta società.

Avverso tale provvedimento veniva proposto reclamo alla Corte d'Appello che confermava la decisione impugnata, giacché riteneva che la richiesta di concordato con riserva, presentata dalla società, fosse stata avanzata solo per finalità dilatorie. La società, pertanto, propone ricorso per Cassazione.

Motivi della decisione

Con l'espressione "abuso del processo" ci si riferisce alla condotta di chi "con violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede e dei principi di lealtà processuale e del giusto processo, utilizzi strumenti processuali per perseguire finalità eccedenti o deviate rispetto a quelle per le quali l'ordinamento li ha predisposti".

Nell'ambito della procedura di concordato preventivo può palesarsi un abuso dello strumento concordatario allorché il debitore persegua lo scopo di differire la dichiarazione di fallimento e non quello di regolare la crisi d'impresa.

La casistica giurisprudenziale è varia, si pensi al caso in cui:

- il debitore, nonostante la possibilità concessagli di integrare e modificare la proposta concordataria iniziale, abbia depositato una seconda domanda di concordato dopo la deliberazione della sentenza dichiarativa di fallimento, ma prima della sua pubblicazione (Cass. Civ. n. 30539/2018);
- il debitore abbia riproposto un'ulteriore domanda di concordato, priva di ogni elemento di novità, pochi giorni dopo la risoluzione del concordato inizialmente omologato ma rimasto inadempito (Cass. Civ. n. 25210/2018);
- il proponente abbia rinunciato ad una prima proposta di concordato per presentarne un'altra dopo il trasferimento della sede legale all'estero e in presenza di talune istanze di fallimento (Cass. Civ. n. 5677/2017);
- l'imprenditore, a seguito della declaratoria di inammissibilità di una prima proposta concordataria, abbia presentato una nuova proposta con modifiche di carattere meramente formale e marginale (Cass. Civ. n. 3836/2017).

Da quanto sopra, emerge che la proposta di concordato vada rigettata qualora persegua finalità distorte rispetto alla regolazione della crisi.

In ragione delle suesposte considerazioni, il Giudice deve vagliare la presenza di “finalità distorsive”, nell’impiego dell’istituto concordatario, sin dal principio. Infatti, la giurisprudenza della Corte (Cass. Civ. SS.UU. n. 9935/2015) ha rimarcato come la domanda di concordato in bianco, per sua natura, si presti ad essere sfruttata per fini dilatori.

Detto rischio è stato avvertito anche dal legislatore, soprattutto con riferimento al termine (compreso tra 60 e 120 giorni) entro cui il debitore può predisporre la proposta, il piano e la documentazione.

In tale circostanza l’imprenditore si trova soggetto all’attività di controllo del commissario giudiziale e può compiere atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del Tribunale.

In ogni caso nulla esclude che, nonostante le suddette tutele, la richiesta di concordato del debitore possa essere finalizzata solo a prendere tempo prima della dichiarazione di fallimento.

L’imprenditore non è tenuto a motivare le ragioni del ricorso allo strumento concordatario; tuttavia, se emerge che persegue “una mera ed evidente finalità dilatoria”, il Tribunale può rilevarla immediatamente, onde evitare gli effetti pregiudizievoli dell’abuso del processo, nei termini seguenti.

Innanzitutto, a fronte di una domanda di concordato con riserva, il Tribunale è sempre tenuto a concedere il termine (compreso tra 60 e 120 giorni, prorogabile di altri 60), tuttavia “il diritto al termine processuale trova un limite nell’abuso del processo”.

A seguito della proposizione della domanda di concordato preventivo, il Tribunale non ha margini di discrezionalità:

- né sotto il profilo dell’estensione del lasso di tempo assegnato, in quanto al debitore non può attribuirsi un termine inferiore ai 60 giorni stabiliti ex lege per il deposito della proposta e del piano (Cass. Civ. n. 25602/2018; Cass. Civ. SS.UU. n. 9935/2015),
- né rispetto all’adesione alla richiesta (fatto salvo il caso in cui manchi la documentazione indicata dall’art. 161, comma 6, Legge Fallimentare, ovvero emergano fin da quel momento profili di abuso del diritto).

Nella fattispecie in commento, il Giudice di merito ha errato nel ritenere che il ricorso dovesse contenere “ulteriori requisiti”, come l’indicazione del tipo di piano da presentare e le relative linee guida.

Il termine assegnato dal Giudice al debitore serve per verificare la propria condizione, individuare la soluzione migliore, predisporre la proposta da presentare ai creditori e realizzare un piano con cui attuarla.

Conseguentemente “(...) richiedere fin dalla presentazione della domanda l’indicazione di elementi, dati e intenzioni che il termine richiesto è funzionale a individuare costituisce un’interpretazione che contrasta con le finalità che la norma intende perseguire e riduce il suo ambito applicativo, pur nel silenzio del legislatore, a chi abbia già chiari la propria condizione e i rimedi a cui fare ricorso per risolvere la crisi ed abbia già imbastito un lavoro in tal senso”.

Concludendo, il debitore non è tenuto sin dal principio ad indicare uno schema di piano o di proposta, in quanto tali elementi non sono indispensabili per la concessione del termine. L’indicazione di tali elementi costituisce un onere per il debitore unicamente nel caso in cui, dopo la presentazione della domanda, egli compia degli atti e il Tribunale debba valutarne la natura di ordinaria o straordinaria amministrazione (art. 161, comma 7, Legge Fallimentare).

In tale circostanza, infatti, l’imprenditore è tenuto a fornire informazioni sul tipo di proposta o sul contenuto del piano che intende presentare, in difetto di tali elementi, l’atto che si riveli idoneo a incidere negativamente sul patrimonio dell’impresa deve essere considerato come di straordinaria amministrazione (Cass. Civ. n. 14713/2019).

Dunque, il debitore che presenti un concordato con riserva deve fornire solo gli elementi indicati dalla norma (bilancio degli ultimi tre esercizi, elenco crediti e creditori) e null’altro.

Secondo i giudici di legittimità, poi, in ordine al momento della presentazione della domanda di preconcordato:

- la richiesta del termine da parte del debitore (ex art. 161, comma 6 e 10, Legge Fallimentare) non assume rilievo ai fini della valutazione dell’eventuale abuso.

Difatti la domanda anticipata di concordato consiste proprio nell’attribuzione di una scadenza per il completamento della documentazione necessaria e

postula, per sua natura, un differimento del procedimento prefallimentare;

- anche il differimento temporale ottenuto grazie alla concessione del termine non rileva, in quanto viene neutralizzato nel caso di insuccesso della procedura, infatti, in virtù del “fenomeno di consecuzione delle procedure concorsuali”, le conseguenze di un eventuale fallimento, dichiarato all'esito di un insuccesso della procedura concordataria, vanno retrodatati alla data di avvio della procedura minore (ossia del preconcordato).

La mera richiesta di concessione del termine rappresenta, quindi, un fatto neutro “(...) dato che non può costituire abuso il perseguimento di finalità proprie e non eccedenti rispetto a quelle per cui l'istituto è stato predisposto, tenuto conto peraltro dei meccanismi procedurali atti ad ammortizzare la dilazione temporale insita in questa forma di avvio della procedura concordataria”.

Infine, per individuare l'abuso, non assumono rilievo:

- la consapevolezza della situazione di dissesto;
- la consistenza dello stesso;
- la pendenza di un'istanza di fallimento.

La situazione di crisi e la volontà di risolverla costituiscono, infatti, il presupposto della procedura concordataria.

Peraltro, la pendenza di un procedimento per la dichiarazione di fallimento non impedisce la presentazione della domanda di concordato bianco, ma limita solo il termine concedibile per la predisposizione di proposta, piano e relativa documentazione (art. 161, comma 10, Legge fallimentare).

In ogni caso, la domanda anticipata di concordato presentata all'ultimo momento utile può considerarsi un elemento idoneo a dimostrare - unitamente ad altri elementi - il perseguimento di finalità dilatorie del tutto diverse dall'intenzione di regolare la crisi d'impresa.

In conclusione, la pronuncia impugnata viene cassata e rinviata alla corte di merito affinché si attenga ai seguenti principi:

a) il cosiddetto preconcordato di cui all'art. 161, comma 6, della Legge Fallimentare costituisce una mera opzione di sviluppo del concordato, alternativa a quella prevista dall'art. 161, commi 1, 2 e 3, della Legge Fallimentare secondo cui all'imprenditore che già ha assunto la qualità di debitore concordatario è concessa la facoltà di procrastinare il deposito di proposta, piano e relativa documentazione, al fine di anticipare i

tempi dell'emersione della crisi, in un termine concesso dal Tribunale;

b) la domanda anticipata di concordato non necessita per la sua ammissione (fatti salvi gli oneri di allegazione funzionali alla valutazione della natura di ordinaria o straordinaria amministrazione degli atti compiuti dall'imprenditore in pendenza della procedura ovvero alla valutazione delle istanze presentate dall'imprenditore) di alcuna indicazione aggiuntiva ai documenti previsti dal primo periodo dell'art. 161, comma 6, della Legge Fallimentare;

c) il debitore, ove presenti una domanda anticipata di concordato accompagnata da tutti gli elementi stabiliti dall'art. 161, comma 6, della Legge Fallimentare ha diritto alla concessione del termine per predisporre la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi 2 e 3, a meno che il Tribunale non rilevi aliunde fin da quel frangente che l'iniziativa è assunta con abuso dello strumento concordatario;

d) la mera presentazione di una richiesta di concessione di un termine ex art. 161, comma 6 e 10, della Legge Fallimentare costituisce un fatto neutro inidoneo di per sé a dimostrare la volontà del debitore di sfuggire alla dichiarazione di fallimento, ove si consideri che una simile domanda implica, per sua natura, un differimento del procedimento prefallimentare che lo contiene e che tale differimento rimane neutralizzato dal fenomeno di consecuzione delle procedure concorsuali;

e) la domanda anticipata di concordato presentata all'ultimo momento utile tuttavia può concorrere a dimostrare, unitamente ad altri elementi atti a rappresentare in termini abusivi il quadro d'insieme in cui l'iniziativa è stata assunta, il perseguimento di finalità dilatorie del tutto diverse dall'intenzione di regolare la crisi d'impresa.

NOVITÀ NORMATIVE

CONTRATTI
PUBBLICI E DIRITTO
AMMINISTRATIVO**Bozza del cd. Decreto
Semplificazioni del 6 luglio
2020**

Si riportano di seguito la novità in materia di appalti e contratti pubblici contenute nel Titolo I, Capo I, recante “*semplificazioni in materia di contratti pubblici*”, della bozza del cd. “Decreto Legge Semplificazioni” datata 1° luglio 2020.

- L'**articolo 1** è dedicato alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia. Si tratta di una norma transitoria, con efficacia limitata alle procedure avviate fino al 31 luglio 2021, che prevede solo due modalità di affidamento dei contratti pubblici. In particolare, si prevede:
- l'affidamento diretto o in amministrazione diretta per lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 150.000 euro;
 - per tutte le altre procedure, l'applicabilità della procedura negoziata senza bando con consultazione di almeno cinque operatori, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, con individuazione degli operatori in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.
- L'**articolo 2** disciplina le procedure applicabili ai contratti superiori alle soglie comunitarie ovvero a specifiche opere di rilevanza nazionale, prevedendo che le procedure di cui al presente articolo si applichino qualora l'atto di avvio del procedimento amministrativo, la determina a contrarre o altro atto equivalente, sia adottato entro il 31 luglio 2021. Nello specifico:
- per i contratti sopra soglia, si prevede l'applicabilità, salva motivata determinazione di ricorso alle procedure ordinarie, della procedura ristretta o, nei casi previsti dalla legge, della procedura competitiva con negoziazione di cui agli articoli 61 e 62 del Codice, per i settori ordinari, e di cui agli articoli 123 e 124 del Codice, per i settori speciali, ovvero, ricorrendone i relativi presupposti, con le procedure di cui agli articoli 63 e 125 del medesimo d.lgs. n. 50/2016;
 - per le opere di rilevanza nazionale - individuate con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle

infrastrutture e dei trasporti - per le quali vi è una situazione di estrema urgenza tale da non consentire il rispetto dei termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie, è applicabile la procedura negoziata di cui all'articolo 63 del Codice, per i settori ordinari, e di cui all'articolo 124 del d.lgs. n. 50/2016, per i settori speciali.

L'**articolo 4** prevede che la stazione appaltante sia tenuta a concludere il contratto nei termini previsti dalla legge o dalla *lex specialis*. Si tratta di una norma diretta ad evitare che, anche in accordo con l'aggiudicatario, venga ritardata o rinviata la stipulazione del contratto per pendenza di ricorsi giurisdizionali o per altri motivi.

L'**articolo 5** è diretto a intervenire sulle ipotesi in cui è possibile sospendere l'esecuzione dell'opera pubblica, limitando le ipotesi in cui le parti o anche l'autorità giudiziaria possano sospendere l'esecuzione delle opere. Le norme hanno carattere transitorio (sino al 31 luglio 2021) e sono applicabili agli appalti il cui valore sia superiore alla soglia comunitaria ovvero per le opere di interesse nazionale.

L'**articolo 6** prevede l'obbligatorietà, sempre sino al 31 luglio 2021, della costituzione del collegio consultivo tecnico per appalti di valore superiore alle soglie comunitarie ovvero per opere di interesse nazionale. Il collegio, oltre a svolgere alcuni rilevanti compiti in tema di sospensione e modifica delle opere, ha funzione di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche.

LEAP

NEWSLETTER

Leap è un progetto editoriale a cura dello Studio Legale Lipani, Catricalà & Partners. È vietata ogni distribuzione non autorizzata.

© Copyright 2020 | Lipani Catricalà & Partners