

Roma, 9 dicembre 2020

A TUTTE LE ASSOCIATE
- Loro Sedi -

Segnalazione

NEWS – Rassegna stampa

RASSEGNA STAMPA_2020_260_S

OGGETTO: “Temi di interesse – In breve (a cura dell’Avv. Giuseppe Giangrande)”

Si segnalano alle Associate i seguenti temi di interesse:

- **Negata dalla Cassazione al fidejussore la legittimazione a promuovere il fallimento del debitore anche quando ha già iniziato l’azione di rilievo**

L'ordinanza 11 novembre 2020, n. 25317 della Corte di Cassazione consente di intrecciare il tema dell'azione di rilievo del fidejussore con quello della legittimazione a richiedere il fallimento del debitore. Il suo esame richiede pertanto un breve excursus sui principi generali di questi due istituti. Iniziando con l'azione di rilievo del fidejussore, si tratta di uno strumento che consente al fidejussore di ottenere, a carico del soggetto garantito (c.d. fideiuvato) la sua liberazione, mediante o il pagamento diretto al creditore garantito o la rinuncia dello stesso alla garanzia, ovvero le garanzie necessarie ad assicurargli il soddisfacimento dell'azione di regresso (che sarà disponibile, eventualmente con la surrogazione dei diritti del creditore, dopo il pagamento). Si tratta dunque di un'azione cautelativa, che si esercita prima che il fidejussore abbia soddisfatto il creditore, nella quale il periculum, fattore essenziale dell'ammissibilità di ogni azione cautelare, viene prefigurato e sostanziato in presenza di cinque tassative ipotesi previste dall'art. 1953 c.c.:

1) quando il fidejussore è convenuto in giudizio per il pagamento; 2) quando il debitore è divenuto insolvente; 3) quando il debitore si è obbligato di liberarlo dalla fidejussione entro un tempo determinato; 4) quando il debito è divenuto esigibile per la scadenza del termine; 5) quando sono decorsi cinque anni, e l'obbligazione principale non ha un termine, purché essa non sia di tal natura da non potersi estinguere prima di un tempo determinato. Un'importante sentenza di merito (Trib. Milano 10.4.2017 – G.U. Rota), partendo dalla considerazione che l'oggetto della domanda di rilievo è la condanna a un obbligo di fare, ha correttamente ritenuto ammissibile il ricorso all'art. 614-bis c.p.c. (astreintes), da proporsi come domanda accessoria a quella di condanna al rilievo, ed anche, eventualmente, con il ricorso al procedimento sommario ex art. 702 bis c.p.c., applicazione che è stata giustamente salutata (F.Zanzi in DB 27.9.2018) come un passo importante per conferire alla condanna al rilievo quella "concreta efficacia coercitiva che, di fatto, le era a lungo mancata." Passando al secondo anello della tematica in oggetto, basterà ricordare che in tema di iniziativa per la dichiarazione di fallimento l'art.6 Legge fall., stabilendo che il fallimento è dichiarato (tra l'altro) su istanza di uno o più creditori, di fallimento l'art.6 Legge fall., stabilendo che il fallimento è dichiarato (tra l'altro) su istanza di uno o più creditori, non presuppone un definitivo accertamento del credito in sede giudiziale, né l'esecutività del titolo ma, secondo il suggello delle Sezioni Unite della Suprema Corte, "essendo viceversa a tal fine sufficiente un accertamento incidentale da parte del giudice, all'esclusivo scopo di verificare la

legittimazione dell'istante" (Cass. SS.UU. n. 1521/2013). Non è dunque in discussione il costante orientamento giurisprudenziale che ravvisa nella qualità di creditore in sé, ancorché titolare di un credito non necessariamente certo, liquido ed esigibile ovvero non ancora scaduto o condizionale, la legittimazione all'iniziativa di fallimento. Il caso di specie verteva infatti sulla delibazione della legittimazione attiva del fidejussore a chiedere il fallimento dopo aver subito, da parte del creditore garantito, l'emissione di un decreto ingiuntivo esecutivo, con conseguente iscrizione di ipoteca giudiziale su suoi immobili, ma prima che lo stesso, nonostante le predette pressanti azioni del creditore, avesse provveduto ad effettuare il pagamento. L'istanza di fallimento del creditore puntava su una prognosi positiva del definitivo accertamento della sua pretesa monetaria in ambito fallimentare, ma questo dato viene ritenuto insufficiente dalla Corte, che si ferma a valutare in astratto la natura del diritto del fidejussore azionato con il rilievo di cui all'art.1953 c.c., nel quale non riscontra gli estremi della pretesa creditizia necessaria per insinuarsi nel fallimento ex art. 52 Legge fall. ("il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito. I crediti nei confronti del fallimento possono essere accertati..."). Se è vero infatti – argomenta la Corte - che ai fini dell'istanza di fallimento non è strettamente necessario che il creditore vantì una pretesa monetaria, ben potendo la posizione soggettiva estrinsecarsi altresì nella consegna di cose, dunque in un dare a contenuto plurale (proprio della più ampia nozione di debito), "in tema di concorso di creditori il fidejussore non ha un credito di regresso prima del pagamento e dunque non può essere ammesso con riserva per un credito condizionale; potrà invece essere ammesso al passivo solo dopo il pagamento, in surrogazione del creditore, considerata la natura concorsuale del credito di regresso". Si tratta in verità di un principio già presente in altre sentenze, anche recenti (es: Cass. n.613/2013, n.19609/2017, n.22308/2019 e n. 11521/2020), che fa leva sul concetto di "pagamento", più che quello più generale di diritto di credito, per cui l'insinuazione del credito del coobbligato potrebbe avvenire soltanto solo se e nella misura in cui sia già avvenuto il pagamento, che configura il fatto costitutivo del diritto al regresso o della modifica in sede di surrogazione o della sua assunzione, nel rapporto principale, della veste di unico creditore, in quanto l'ammissione al passivo dei crediti con riserva esige una situazione soggettiva non dispiegabile con pienezza soltanto per difetto di elementi accidentali esterni, diversi dal pagamento futuro al creditore comune. Significativa è la circostanza che nel concordato preventivo il legislatore ha regolato la partecipazione del fidejussore al procedimento, ma con l'attribuzione del mero diritto d'intervento all'adunanza, ai sensi della L. Fall., art. 174, sempre sull'identico presupposto (specificato da Cass. n. 22382/2019), secondo cui "il fidejussore del proponente non ha diritto di voto, atteso che la L. Fall., art. 174, comma 4, consente soltanto il suo intervento nell'adunanza e che prima del pagamento egli non ha un credito di regresso nei confronti del debitore, potendo esercitare verso di lui solo l'azione di rilievo, ex art. 1953 c.c., che mira ad ottenere un "facere" e non un "dare"". Come corollario di questo punto si noti che una volta che il debitore sia fallito (per istanza legittima di altri creditori) il fidejussore non potrebbe più svolgere l'azione di rilievo, proprio perché quest'ultima ha natura cautelativa, che non ha più ragione di esistere dopo il fallimento: non si potrebbe infatti più obbligare il fallito (e quindi il curatore) a "liberare" il garante o a fornirgli garanzie, ma il fidejussore, dopo aver pagato, potrà soltanto esercitare l'azione di regresso nei confronti del fallimento, per essere pagato, ovviamente in moneta fallimentare (arg. ex Cass.n.14584/2010). In punta di diritto non si può che concordare con la sentenza della Suprema Corte, che mette in luce peraltro una falla del sistema, perché non si può negare un interesse del fidejussore nel promuovere il fallimento del debitore, se non altro per evitare ulteriore depauperamento del patrimonio del fallito e in definitiva proteggere la sua posizione quanto meno di legittima aspettativa, essendo evidente che l'azione di regresso sarebbe destinata ad avere successo una volta che sia stato pagato il creditore comune. Ma de iure condito non si può evidentemente superare l'assunto, che è anche il suo limite, che il petitum dell'azione di

rilievo di cui all'art. 1953 c.c. consiste in un solo facere, e non in un dare, dovendosi quindi escludere che il fidejussore, prima di avere pagato e così onorando la garanzia, possa conseguire con quell'iniziativa e a propria volta il pagamento da parte del debitore garantito, oggetto che la distingue dall'azione di regresso, rispetto alla quale essa assume una funzione cautelare. Parallelamente, non sarà allo stesso garante possibile proporre l'istanza di fallimento perché prima del pagamento la sua posizione soggettiva non gli consentirebbe l'insinuazione al passivo e quindi non si può dar luogo neppure alla delibazione prognostica del possibile esito dell'azione futura. L'oggetto del credito infatti (quello instaurato con l'azione di regresso) non è suscettibile di essere convertito, all'instaurazione del concorso, in una posizione soggettiva neppure astrattamente ammissibile al passivo, appunto perché consistente in un "facere", una prestazione alla quale non potrà mai costringersi il fallimento.

Fonte: Gianfranco di Garbo, *Negata dalla Cassazione al fidejussore la legittimazione a promuovere il fallimento del debitore anche quando ha già iniziato l'azione di rilievo*, in *Il Sole 24Ore*, 23 novembre 2020.

➤ **Il rifiuto della proposta conciliativa non ferma la ricerca di un accordo**

Il giudice che rileva la mancata adesione della parte attrice alla proposta conciliativa da lui formulata e ritiene che ci siano margini negoziali per la composizione della lite, può disporre la mediazione, autorizzando l'organismo di mediazione ad avvalersi di esperti per le attività peritali e la produzione in giudizio dell'elaborato tecnico che sarà redatto in mediazione in caso di mancato raggiungimento dell'accordo. Sono le conclusioni cui giunge il Tribunale di Roma (giudice Vacca) con l'ordinanza del 22 ottobre 2020 resa all'esito della trattazione scritta dell'udienza. Nel caso esaminato, la parte attrice, che si era sottoposta a un intervento chirurgico di artroprotesi e lamentava la responsabilità dei sanitari per l'infezione contratta, agiva in via preventiva ottenendo una relazione tecnica (in base all'articolo 696-bis del Codice di procedura civile, consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite) che poi in sede processuale in parte contestava chiedendo la nomina di un consulente tecnico d'ufficio. Il giudice formulava così una proposta conciliativa (articolo 185-bis del Codice di procedura civile) che otteneva l'adesione soltanto della parte convenuta, mentre la parte attrice nel contestare le risultanze della consulenza tecnica svolta in sede preventiva insisteva per la nomina di un nuovo Ctu. All'esito della trattazione scritta il tribunale, ritenendo sussistenti «margini negoziali tra le parti in conflitto» e considerata «la natura tecnica degli accertamenti integrativi (rispetto alle risultanze della Atp)», ha disposto la mediazione osservando che le parti «assistite dai rispettivi difensori», possono «trarre utilità dall'ausilio, nella ricerca di un accordo, di un mediatore professionale di un organismo che dia garanzie di professionalità e di serietà, con il vantaggio di poter pervenire rapidamente a una conclusione conveniente anche dal punto di vista economico (evitando la rinnovazione della Ctu) e fiscale»; il raggiungimento dell'accordo consentirebbe inoltre di evitare «ulteriori rinvii (rinvii che non potrebbero essere a breve, posto che l'emergenza nazionale Covid-19 ha imposto il differimento di una enorme quantità di cause, in un contesto giudiziario nel quale il ruolo del giudice era già gravato da un eccessivo numero di procedimenti, e attesa la direttiva di limitare, per un non breve periodo, il numero delle cause da trattare in udienza, per garantire la cautela del distanziamento)». Pertanto, il giudice ha assegnato termine alle parti fino al 31 dicembre 2020 «per il raggiungimento di un accordo amichevole» fissando per il 31 gennaio 2021 il termine per l'avvio della mediazione (alla quale «partecipare effettivamente»), autorizzando al contempo l'organismo di mediazione ad avvalersi, rispettando il contraddittorio delle parti, di un consulente tecnico in mediazione e di un infettivologo iscritti

all'albo dei Ctu del Tribunale di Roma (tenendo conto di quanto acquisito e non contestato in sede di accertamento tecnico preventivo). Inoltre, autorizza l'organismo di mediazione «ad acquisire la relazione peritale e l'allegata documentazione» e a produrre in giudizio l'elaborato peritale disposto dal medesimo nell'ipotesi di mancato raggiungimento di accordo.

Fonte: Marco Marinaro, *il rifiuto della proposta conciliativa non ferma la ricerca di un accordo*, in Il Sole 24Ore, 23 novembre 2020.

➤ Fallimento del consumatore: i giudici anticipano la riforma

Sempre più giudici utilizzano le nuove regole sul sovraindebitamento contenute nel Codice della crisi e dell'insolvenza (Dlgs 14/2019), come punto di riferimento alla luce del quale interpretare la disciplina vigente e assumere le proprie decisioni. Sia sul tema della “meritevolezza” del sovraindebitato (Tribunale di Vicenza e di Ancona) sia su quello del piano “unico” in caso di procedure che riguardano più componenti di una stessa famiglia (Tribunale di Napoli), la stella polare è infatti quella del maggior favore verso il debitore. Il differimento di un anno dell'entrata in vigore del Codice della crisi (fissata ora al 1° settembre 2021) determinato dall'emergenza economica causata dalla pandemia e previsto dal Dl 23/2020, era stato spiegato dal legislatore nella relazione illustrativa al decreto, con il fatto che l'attuale momento storico determinerebbe una scarsa compatibilità tra lo «strumento giuridico nuovo» e la «situazione di sofferenza economica, nella quale gli operatori più che mai hanno necessità di percepire una stabilità a livello normativo». Le preoccupazioni del legislatore non sembrano però trovare pieno conforto nelle decisioni sull'accesso alla procedura prese di recente da diversi tribunali che hanno guardato al Codice della crisi come a un valido “dato ermeneutico” alla luce del quale interpretare la disciplina vigente. Ne sono un esempio concreto alcune recentissime sentenze. In primis, quella del Tribunale di Vicenza del 24 settembre 2020, che ha respinto il reclamo proposto contro l'omologa di una procedura di sovraindebitamento riguardante un'insegnante ludopatica, considerata dalla reclamante non “meritevole”, avendo colpevolmente generato l'insolvenza. Secondo il Tribunale, invece, l'impedimento all'accesso alla procedura va individuato nella sola “colpa grave” (e non nella “colpa” pura e semplice), come previsto appunto dal Codice della crisi: e nella fattispecie la “colpa grave” non risultava provata. Nel medesimo solco è la sentenza del Tribunale di Ancona in data 16 luglio 2019, secondo la quale andrebbe sempre “preferita” una lettura delle norme vigenti coerente con l'evoluzione della normativa e quindi, sul piano della colpa del sovraindebitato, con l'articolo 69 del Codice della crisi, che nell'ottica di un maggior favor verso il debitore esclude a sua volta l'accesso alla procedura solo a partire dalla “colpa grave”. Il Tribunale di Napoli ha invece da poco autorizzato (provvedimento del 1° luglio 2020) l'apertura della procedura di liquidazione del patrimonio di due coniugi, recependo un'altra delle novità introdotte dal Codice della crisi, consistente nella possibilità, da parte dei “membri di una stessa famiglia” di presentare un unico piano (come il Codice prevede anche per i concordati di gruppo).

Fonte: Nicolò Nisivoccia e Michele Valente, *Fallimento del consumatore: i giudici anticipano la riforma*, in Il sole 24Ore, 22 novembre 2020.

I migliori saluti.

LF/AL/ci

La Segreteria

