



In Primo Piano

La sentenza della Consulta

MEDIAZIONE: ECCESSO DI DELEGA SULL'OBBLIGATORIETÀ

Giampaolo Di Marco - Avvocato, Professore a contratto di Diritto Civile presso l'Università degli Studi di Bologna - Sede di Ravenna

mercoledì, 24 ottobre 2012

La Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale, per eccesso di delega legislativa, del d.lgs. 4 marzo 2010, n.28 nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione.

Convegno OCI, Benevento 9 - 10 novembre 2012

LA GESTIONE DELLA CRISI D'IMPRESA DOPO IL D.L. N. 83/2012

Michele Monteleone - presidente di sezione Tribunale di Benevento

mercoledì, 24 ottobre 2012

Il recente decreto Sviluppo n. 83 del 22 giugno 2012 (convertito, con modificazioni, in legge 7 agosto 2012, n. 134) ha introdotto rilevanti modifiche e integrazioni alla legge fallimentare, ispirate, essenzialmente, come emerge dalla relazione illustrativa del citato decreto, alle finalità di promuovere l'emersione anticipata della crisi d'impresa e di rendere più efficienti i procedimenti di composizione della crisi stessa. Le criticità emerse dalle modifiche apportate dal decreto e il loro impatto sulla tenuta nel sistema giudiziario saranno oggetto di dibattito nell'ambito del Convegno nazionale organizzato dall'Osservatorio sulle Crisi d'Impresa (O.C.I) che si svolgerà a Benevento il 9 e il 10 novembre 2012.

Edilizia e urbanistica

CAMBIO DI DESTINAZIONE D'USO: SOLO IN PRESENZA DI OPERE CHE NE DENUNCINO IN CONCRETO IL NUOVO USO

Michele Didonna - avvocato amministrativista in Bari

È legittimo il provvedimento con il quale un ente locale, pur in assenza della realizzazione di significative opere edilizie, ha rifiutato il rilascio di una concessione edilizia in sanatoria per il mutamento di destinazione d'uso e ha ingiunto il ripristino della destinazione agricola di un capannone, adibito in concreto a uso commerciale incompatibile con l'assetto urbanistico di zona.

Processo civile

LE VOCI DI DANNO FORMULATE NEL CORSO DEL GIUDIZIO POSSONO RIPROPORSI IN APPELLO

Sandro Nardi - avvocato in Roma, ricercatore in Diritto Privato dell'Università di Roma Tor Vergata

Le domande relative a nuove voci di danno esaminate dal giudice di primo grado, pur se poi respinte, in appello non possono qualificarsi come nuove e devono, dunque, essere esaminate nel merito.

 [Archivio](#)

News

Civile

Processo civile

IL TERMINE DI COSTITUZIONE DELL'APPELLANTE NEL CASO DI NOTIFICAZIONE DELL'APPELLO A PIÙ PARTI

Aldo Carrato - consigliere della Corte di Cassazione

mercoledì, 24 ottobre 2012

Con la sentenza in rassegna la S.C. riconferma l'orientamento, sull'interpretazione dell'art. 347, comma 1, c.p.c., fatto proprio dalle Sezioni unite con la recente sentenza n. 10864 del 2011.

(Sentenza Cassazione civile 19/10/2012, n. 18073)

Diritti reali immobiliari

AGEVOLAZIONI PER L'ACQUISTO DELLA PRIMA CASA: VALE IL DATO ANAGRAFICO

Confermando il proprio orientamento, la S.C. ha respinto la tesi di rilevanza giuridica della residenza di fatto in contrasto con quella documentale ed anagrafica ai fini del conseguimento e mantenimento dei benefici "prima casa".

(Sentenza Cassazione civile 12/10/2012, n. 17584)



Penale

Processo penale

RINNOVAZIONE DI ATTI NULLI, TERMINE A COMPARIRE DA "SALVAGUARDARE"

Giuseppe Amato - Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Trento

mercoledì, 24 ottobre 2012

La rinnovazione dell'atto nullo, concernente il termine di comparizione dell'imputato o del suo difensore, comporta l'assegnazione di un nuovo termine integrale, dovendosi escludere la validità della sommatoria di due termini parziali distinti assegnati in epoche diverse.

(Cassazione penale Sentenza 18/10/2012, n. 40897)



Amministrativo

Autorizzazioni

NULLA OSTA SANITARIO PER SOMMINISTRAZIONE ALIMENTI

Roberto Proietti - magistrato amministrativo in servizio presso il TAR del Lazio

mercoledì, 24 ottobre 2012

Va negato il rilascio del nulla osta sanitario all'apertura di un esercizio di somministrazione di alimenti e bevande qualora le ridotte dimensioni del locale non assicurino al consumatore un ambiente salubre e confortevole.

(TAR Campania, Sentenza, Sez. III, 21/09/2012, n. 3914)

Appalti pubblici

GARE, REVOCA PER PUBBLICO INTERESSE ANCHE DOPO L'AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA

Federico Gavioli - Dottore commercialista, revisore contabile e pubblicista

mercoledì, 24 ottobre 2012

E' da ritenersi legittima la revoca di una gara per motivi di pubblico interesse, da parte di una azienda sanitaria, la cui aggiudicazione provvisoria era già stata deliberata; è quanto affermato dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 5282, del 16 ottobre 2012.

(Consiglio di Stato Sentenza, Sez. III, 16/10/2012, n. 5282)



Approfondimenti

Libere professioni

COMPENSI AVVOCATI, NUOVI PARAMETRI RETROATTIVI

Cristina Mantelli - avvocato

Secondo le sezioni unite della Cassazione, i nuovi criteri introdotti dal DM n. 140/2012, si applicano anche alle prestazioni iniziate sotto la vigenza delle tariffe abrogate.



La sentenza della Consulta

MEDIAZIONE: ECCESSO DI DELEGA SULL'OBLIGATORietà

Giampaolo Di Marco - Avvocato, Professore a contratto di Diritto Civile presso l'Università degli Studi di Bologna - Sede di Ravenna

La Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale, per eccesso di delega legislativa, del d.lgs. 4 marzo 2010, n.28 nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione.

Dopo l'udienza di ieri e la camera di consiglio di oggi, dunque, si è arrivati a conoscere la sorte della mediazione civile e commerciale di cui al D.Lgs. 4 marzo 2010 n. 28. Occorrerà, comunque, attendere le motivazioni per migliori riflessioni.

Le motivazioni ai sensi dell'art. 26 c. 3 della legge che regola il funzionamento dei giudizi dinanzi alla Corte Costituzionale, "...devono essere depositate in cancelleria nel termine di venti giorni dalla decisione".

La decisione, tuttavia, leggendo il comunicato diramato dalla Corte, riguarderebbe solo l'art. 5 del D.Lgs. 28/10 il quale prevede, appunto, l'obbligatorietà della mediazione.

Ovviamente, a cascata rimarranno coinvolte anche le altre disposizioni che facevano rinvio all'art. 5 c. 1, come ad esempio quella di cui all'art. 8 c. 5 seconda parte, il quale prevede che "Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio".

Rimangono, dunque, in piedi le altre forme di mediazione: facoltativa, delegata e contrattuale.

FONTE - [Corte Costituzionale, Comunicato Stampa 24/10/2012](#)

Copyright © - Riproduzione riservata

[Torna indietro](#)

Convegno OCI, Benevento 9 -10 novembre 2012

LA GESTIONE DELLA CRISI D'IMPRESA DOPO IL D.L. N. 83/2012

Michele Monteleone - presidente di sezione Tribunale di Benevento

24/10/2012

Il recente decreto Sviluppo n. 83 del 22 giugno 2012 (convertito, con modificazioni, in legge 7 agosto 2012, n. 134) ha introdotto rilevanti modifiche e integrazioni alla legge fallimentare, ispirate, essenzialmente, come emerge dalla relazione illustrativa del citato decreto, alle finalità di promuovere l'emersione anticipata della crisi d'impresa e di rendere più efficienti i procedimenti di composizione della crisi stessa. Le criticità emerse dalle modifiche apportate dal decreto e il loro impatto sulla tenuta nel sistema giudiziario saranno oggetto di dibattito nell'ambito del Convegno nazionale organizzato dall'Osservatorio sulle Crisi d'Impresa (O.C.I.) che si svolgerà a Benevento il 9 e il 10 novembre 2012.

Concordato "con riserva"

In maniera particolarmente significativa il legislatore, ispirandosi al tanto declamato Chapter 11 dell'ordinamento statunitense, ha inserito nell'art. 161 l.f. il comma 6, che prevede la facoltà, riconosciuta al debitore, di presentare una domanda di concordato "con riserva", vale a dire un ricorso privo della proposta, del piano e della documentazione, i quali dovranno essere presentati entro un termine fissato dal giudice, compreso tra sessanta e centoventi giorni, prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni.

Il legislatore della riforma ha così inteso agevolare il debitore, assicurandogli, con la semplice presentazione di una domanda di concordato "con riserva", gli effetti protettivi sul proprio patrimonio, ai sensi dall'art. 168 l.f., a decorrere dalla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese.

Il divieto di iniziare o coltivare le azioni esecutive è stato esteso alle azioni cautelari e - novità davvero significativa - è stata sancita la inefficacia, ai fini del concordato, delle ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni anteriori alla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, rispetto ai creditori anteriori al concordato.

Il legislatore della riforma ha, altresì, previsto, all'art. 161, comma 7, che, nell'arco temporale compreso tra la data di deposito della domanda di concordato e quella del decreto di ammissione alla procedura, il debitore possa compiere atti urgenti di straordinaria

amministrazione previa autorizzazione del tribunale, nonché atti di ordinaria amministrazione, con riconoscimento della prededuzione ai crediti sorti per effetto degli "atti legalmente compiuti dal debitore".

Le citate modifiche sono state introdotte dal legislatore, come emerge dalla relazione illustrativa, "al fine di favorire il tempestivo accesso delle imprese in crisi alle procedure concorsuali" e di "impedire l'eventualità che i tempi di preparazione del piano e della proposta aggravino la già presente situazione di crisi, generando un vero e proprio stato di insolvenza".

All'indomani della entrata in vigore della legge n. 134/2012 la dottrina ha espresso critiche, evidenziando che il legislatore, con le citate norme, da un lato ha voluto favorire il debitore anticipando l'effetto protettivo sul patrimonio a un momento in cui il piano e la proposta potrebbero non essere stati depositati unitamente al ricorso, dall'altro lato, però, stabilendo che il debitore, nel periodo compreso tra il deposito del ricorso e il decreto di cui all'art. 163, può compiere atti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, attribuisce al Tribunale il compito di autorizzare atti nella totale ignoranza di ciò che accadrà, atteso che la domanda "è, appunto, con riserva".

In chiave critica la dottrina ha, altresì, rilevato che la previsione del "concordato con riserva" potrà, in concreto, dare adito a comportamenti opportunistici e strumentali da parte dell'imprenditore, il quale, potrebbe avvalersi della facoltà di depositare una domanda di ammissione al concordato "spoglia", vale a dire priva del piano, della proposta e della documentazione ex art. 161, commi 2 e 3, l.f., al solo fine di beneficiare degli effetti protettivi del proprio patrimonio ex art. 168 l.f.

Sempre al fine di incentivare il ricorso ai procedimenti di composizione della crisi d'impresa, il D.L. sviluppo, convertito in l. n. 134/2012, ha inserito nel corpo della legge fallimentare l'art. 169-*bis* l.f., il quale consente al debitore di liberarsi dei contratti gravosi, ai quali, a volte, è addebitabile la crisi.

Secondo la nuova previsione normativa, il debitore, previa autorizzazione del Tribunale, o, dopo il decreto di ammissione, del Giudice Delegato, può infatti sciogliersi dai contratti in corso alla data di presentazione del ricorso, esclusi i rapporti di lavoro subordinato, i preliminari di vendita trascritti aventi a oggetto immobili a uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o dei suoi parenti e affini entro il terzo grado, i contratti di finanziamento ex art. 2447-*bis*, comma 1, lettera b) c.c., i contratti di locazione di immobili.

Inoltre, su richiesta del debitore, può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabile una sola volta.

In tali casi, il contraente ha diritto a un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento, e tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato.

Concordato con continuità aziendale

Una delle novità più rilevanti introdotte dalla legge n. 134/2012 è rappresentata dalla previsione di una specifica disciplina del concordato con continuità aziendale. Invero, il concordato con continuità aziendale era già ammesso nella prassi, ma mancava una regolamentazione della fattispecie.

Il legislatore ha, quindi, istituzionalizzato il concordato con continuità aziendale, dedicandogli una norma ad hoc, l'art. 186-*bis* l.f., le cui prescrizioni troveranno applicazione tutte le volte in cui il piano di concordato preveda la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore, o la cessione dell'azienda in esercizio, o il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società anche di nuova costituzione.

Il legislatore, come espressamente enunciato nella relazione illustrativa, al fine di favorire il ricorso al concordato con continuità aziendale, ha previsto, al comma 2 dell'art. 186-*bis* l.f., la possibilità di una moratoria fino a un anno per il pagamento dei creditori muniti di cause legittime di prelazione. Ha, altresì, previsto, al comma 3 dell'art. 186-*bis* la possibilità di prosecuzione dei contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con la P.A., fermo restando in quest'ultimo caso che il professionista designato dal debitore ex art. 67 l.f. abbia attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Inoltre, ha previsto che, in presenza dei requisiti specificamente indicati all'art. 186-*bis*, comma 4, l.f., l'ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale non impedisce la partecipazione della impresa, anche riunita in ATI, purchè non rivesta la qualità di mandataria, alle procedure di assegnazione di contratti pubblici.

Sempre al fine di agevolare le imprese in crisi che intendano proseguire l'attività aziendale, il legislatore ha introdotto una nuova disposizione, l'art. 182-*quinquies* l.f., che consente al debitore, previa autorizzazione del tribunale, di contrarre finanziamenti, con riconoscimento della prededucibilità ex art.111 l.f., purchè un professionista designato dal debitore e in possesso dei requisiti di cui

all'art. 67, comma 3, lettera d), l.f., verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino alla omologazione, attesti che tali finanziamenti siano funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.

I finanziamenti a cui fa riferimento l'art. 182-*quinquies* l.f. possono anche essere individuati solo per tipologia ed entità, e non essere ancora oggetto di trattative.

Il tribunale può, altresì, autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca a garanzia dei suddetti finanziamenti.

Nell'ottica di favorire la pronta soluzione della crisi d'impresa, il legislatore ha previsto, al comma 4, che il debitore che presenti domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale possa chiedere al tribunale di essere autorizzato a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, purchè un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lettera d), l.f. attesti che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali a una migliore soddisfazione dei creditori concorsuali.

Fase di approvazione del concordato ex art. 178 l.f.

L'intervento di riforma attuato con la legge n. 134/2012 ha, altresì, investito la fase di approvazione del concordato ex art. 178 l.f.

Con alcune modifiche di rilevante impatto il legislatore ha, innanzitutto, valorizzato l'adunanza dei creditori, prevedendo che l'eventuale rinvio debba essere comunicato a tutti i creditori e che nel processo verbale dell'adunanza debbano essere inseriti oltre ai voti, favorevoli o contrari, dei creditori, anche l'elenco nominativo dei creditori che non hanno esercitato il voto e l'ammontare del loro credito.

Ai sensi del novellato comma 4 dell'art. 178 l.f., i creditori non votanti possono esprimere il proprio dissenso nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale dell'adunanza dei creditori; in mancanza saranno ritenuti consenzienti e come tali saranno considerati ai fini del calcolo delle maggioranze.

Con una ulteriore non trascurabile innovazione, il legislatore ha, poi, previsto al novellato art. 179, comma 2, l.f. che qualora dopo l'approvazione del concordato, il commissario giudiziale rilevi che siano mutate le condizioni di fattibilità del piano, deve darne avviso ai creditori, i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione e, in questa sede, modificare il proprio voto, rendendo così necessario, da parte del tribunale, un nuovo controllo sulla formazione delle maggioranze.

In sostanza, i creditori, attraverso la modifica del voto, possono incidere sull'esito del giudizio di omologazione.

Professionista attestatore

L'intervento attuato con il D.L. n. 83/2012, convertito in legge n. 134/2012, ha, altresì, interessato la figura del professionista attestatore ex articoli 67, comma 3, lettera d), 161, comma 3, e 182-*bis*, 182-*quinquies* e 186-*bis* l.f., sul piano sia della nomina, sia dei requisiti soggettivi, sia della responsabilità penale per falso in attestazioni e relazioni.

In particolare, è stato definitivamente chiarito, all'art. 67, comma 3, lettera d) l.f., che la nomina dell'attestatore compete, in via esclusiva, al debitore. Tale scelta, come evidenziato dalla dottrina all'indomani della entrata in vigore della legge n. 134/2012, appare in sintonia con le dinamiche di autonomia privilegiate dal legislatore, ma non risolve la questione della difficile collocazione sistematica dell'attestatore, il quale, benché non sia nominato dal giudice, svolge un compito istruttorio decisivo soprattutto nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione.

È stata, altresì, rafforzata la garanzia di indipendenza rispetto al debitore, attraverso la fissazione di una serie di limiti indicati nell'art. 67, comma 3, lettera d), l.f. Tale disposizione, però, non risolve il dubbio che la indipendenza sostanziale, in concreto, sia difficilmente realizzabile, considerato che l'incarico dell'attestatore deriva dal debitore.

La ulteriore modifica, come accennato, riguarda la previsione, ex art. 236-*bis* l.f., della responsabilità penale dell'attestatore che, nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 67, comma 3, lettera d), 161, comma 3, e 182-*bis*, 182-*quinquies* e 186-*bis* l.f., espone informazioni false, ovvero omette di riferire informazioni rilevanti. Tali violazioni sono sanzionate con una pena severa consistente nella reclusione da 2 a 5 anni e della multa da 50.000 a 100.000 euro.

La fattispecie di reato introdotta dalla legge n. 134/2012, ha da subito suscitato critiche da parte della dottrina, la quale ha evidenziato che la norma presta il fianco a dubbi di legittimità costituzionale per indeterminatezza della fattispecie, tenuto altresì conto che "la rilevanza delle informazioni" è concetto eccessivamente soggettivo.

La disciplina del concordato preventivo è stata, recentemente, ritoccata, seppure marginalmente, dal decreto Sviluppo-*bis* (D.L. n. 179/2012, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 245 del 19 ottobre 2012), il quale ha sostanzialmente previsto che le comunicazioni ai creditori, da parte del commissario giudiziale e del liquidatore, vanno effettuate, in via principale, con posta elettronica certificata.

Esdebitazione

Il legislatore della riforma delle procedure concorsuali, come emerge dalla prima parte della Relazione Ministeriale, al fine di "allinearsi alla legislazione degli altri Paesi europei", ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto della esdebitazione del fallito onde consentire il "recupero", ovvero la "conservazione delle capacità produttive dell'impresa", e la "semplificazione delle procedure concorsuali" considerate "non più in termini meramente liquidatori-sanzionatori, ma piuttosto come destinate ad un risultato di conservazione dei mezzi organizzativi dell'impresa", senza, però, trascurare la esigenza di "tutela dei creditori" e del mercato.

In altri termini, le finalità dell'istituto della esdebitazione si identificano, congiuntamente e sullo stesso piano, nella esigenza di "recupero dell'attività economica del fallito per permettergli un nuovo inizio" (c.d. *fresh start* di ispirazione americana), "una volta azzerate tutte le posizioni debitorie" (c.d. *discharge* di ispirazione anglosassone), e nella esigenza di "tutela dei creditori".

Il legislatore ha quindi introdotto, nel sistema delle procedure concorsuali di cui al R.D. n. 267/1942, il capo IX rubricato "Della esdebitazione", disciplinando, agli articoli 142, 143 e 144 l.f., gli aspetti sostanziali e procedurali dell'istituto.

L'art. 142 l.f. si compone di quattro commi: il 1° comma delimita l'ambito soggettivo di applicazione dell'istituto al "fallito persona fisica", definisce espressamente la esdebitazione come "beneficio della liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti" e stabilisce le condizioni c.d. "di meritevolezza" affinché il fallito persona fisica possa essere ammesso al beneficio in questione; il 2° comma disciplina la condizione oggettiva, stabilendo che "la esdebitazione non può essere concessa qualora non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali"; il 3° comma indica i rapporti esclusi dalla esdebitazione; il 4° comma prevede la salvezza dei diritti vantati dai creditori nei confronti dei coobbligati, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso.

Il successivo art. 143 l.f. disciplina, al 1° comma, il procedimento e gli effetti del decreto con cui il Tribunale accoglie la domanda di esdebitazione, e, al 2° comma, il reclamo avverso il provvedimento del Tribunale.

L'art. 144 l.f., infine, disciplina gli effetti del decreto di accoglimento della domanda di esdebitazione nei confronti dei creditori concorsuali non concorrenti.

La natura di beneficio della esdebitazione, espressamente prevista dall'art. 142 l.f., non è stata intaccata dal D.Lgs. correttivo n. 169/2007, atteso che tale provvedimento ha modificato parzialmente il comma 3, lettera a), della citata disposizione, prevedendo che sono esclusi dalla esdebitazione "i rapporti estranei all'esercizio della impresa", in luogo dei "rapporti non compresi nel fallimento ai sensi dell'art. 46 l.f." di cui alla precedente formulazione; ha riformulato l'ultimo periodo dell'art. 144 l.f., stabilendo che per i creditori concorsuali non concorrenti la esdebitazione opera per la sola eccedenza alla percentuale attribuita nel concorso ai creditori di pari grado; ha introdotto la disciplina di diritto transitorio, prescrivendo, agli articoli 19 e 22, che il "beneficio dell'esdebitazione" si "estende retroattivamente anche alle procedure fallimentari pendenti al 16 luglio 2006, data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 5/2006", nonché alle procedure pendenti alla data del 16 luglio 2006 e chiuse alla data di entrata in vigore del decreto correttivo, vale a dire alla data del 1° agosto 2008.

Dal punto di vista sostanziale, la esdebitazione del fallito rappresenta, sul piano dell'ordinamento giuridico, una eccezione ai principi di responsabilità patrimoniale del debitore ex art. 2740 c.c. e di sopravvivenza delle obbligazioni rimaste insoddisfatte nella procedura di fallimento ex art. 120, comma 3, l.f., atteso che consente al fallito persona fisica di ottenere il beneficio della liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali, in mancanza di qualsiasi meccanismo di tipo negoziale, ovvero di accordo, sia pure a maggioranza, con i creditori stessi, a differenza del concordato, in cui la liberazione del fallito dai debiti residui avviene solo a seguito del voto espresso dai creditori.

Invero, nel sistema previgente, il creditore non soddisfatto integralmente nella procedura concorsuale "riacquistava", con la chiusura del fallimento, il diritto a esercitare le azioni verso il debitore fallito tornato in bonis per la parte non soddisfatta del proprio credito per capitale e interessi, ai sensi e per gli effetti degli articoli 2740 c.c. e 120 l.f.

Nell'attuale sistema, invece, per effetto della esdebitazione ex articoli 142 e ss. l.f. e della modifica apportata al citato art. 120, comma 3, l.f., il creditore non può più esercitare le azioni di recupero del credito verso il debitore fallito che abbia ottenuto il beneficio in questione.

Una parte della dottrina ha subito criticato la scelta del legislatore della riforma delle procedure concorsuali, evidenziando che quest'ultimo ha introdotto, nel sistema giuridico italiano, un istituto di origine anglo-americana, ovvero la esdebitazione, sic et simpliciter, traducendone le norme e facendole proprie, senza tenere conto della diversità dei sistemi giuridici, tanto da determinare una situazione di incompatibilità con i principi costituzionali del nostro ordinamento.

Ulteriori critiche espresse dalla dottrina all'indomani della introduzione dell'istituto della esdebitazione riguardano la scelta del legislatore di escludere le società di capitali dal beneficio della esdebitazione.

Tale esclusione, infatti, "rappresenta una distonia non di poco conto" rispetto alla riforma societaria e potrebbe determinare effetti pratici sfavorevoli.

Infatti, il legislatore, da un lato, con la riforma societaria, come è noto, ha inteso incentivare le imprese di maggiori dimensioni a costituirsi in forma di società di capitali, dall'altro lato, con la riforma delle procedure concorsuali, non ha previsto l'accesso delle società di capitali al beneficio della esdebitazione.

Ne consegue, in concreto, che la esdebitazione, rappresentando una eccezione al principio generale di responsabilità patrimoniale del debitore ex art. 2740 c.c. e, quindi, una sostanziale limitazione della responsabilità del debitore fallito persona fisica, potrebbe disincentivare la costituzione di società di capitali, contrariamente a quanto auspicato dal legislatore della riforma societaria; oppure, le imprese potrebbero tendere, comunque, a costituirsi in forma di società di capitali, ma, in tale caso, l'istituto in questione sarebbe destinato a trovare scarsa o limitata applicazione.

Da questo punto di vista, quindi, appare configurabile un difetto di coordinamento tra la riforma delle procedure concorsuali e la riforma societaria.

Ulteriore questione pratica in materia di esdebitazione, sulla quale si è espressa, recentemente, la Suprema Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, con sentenza n. 24215 del 18.11.2011, riguarda la vexata quaestio relativa alla interpretazione dell'art. 142, comma 2, l.f.: se, ai fini del riconoscimento del beneficio della esdebitazione, il soddisfacimento, almeno parziale, debba riguardare tutti i creditori concorsuali, oppure una parte soltanto di essi.

Le Sezioni Unite, con le motivazioni della sentenza n. 24215/2011, dopo aver dato atto della esistenza, sia in dottrina, sia in giurisprudenza di merito, del contrasto interpretativo in ordine alla norma ex art. 142, comma 2, l.f., hanno affermato che, in assenza di dati letterali sufficientemente chiari e univoci nella disciplina legislativa di cui agli articoli 142, comma 2, 143 e 144 l.f., va "considerata preferibile", alla stregua della ratio legis e del dato normativo di cui all'art 1, comma 6, lettera a), n. 13, legge delega n. 80/2005, "la interpretazione estensiva" dell'art. 142, comma 2, l.f., e che "sarà compito del giudice, con il suo prudente apprezzamento, accertare quando la consistenza dei riparti realizzati consenta di affermare che la entità dei versamenti effettuati, valutati comparativamente rispetto a quanto complessivamente dovuto, costituisca quella parzialità dei pagamenti richiesti per il riconoscimento del beneficio in esame".

È chiaro il favor del legislatore volto, con l'introduzione della nuova normativa, ad incentivare, attraverso il ricorso delle "nuove" soluzioni concordate, la soluzione della crisi d'impresa.

Bisognerà, tuttavia nella pratica, verificare se dette soluzioni saranno effettivamente utilizzate per far emergere in via preventiva la tempestività della crisi d'impresa o, se viceversa, prevarranno usi distorti e meramente dilatori dei nuovi strumenti legislativi che, invece di aiutare i debitori in crisi a non chiudere le proprie imprese si tradurrebbe in un ulteriore aggravio della grave crisi che attanaglia il nostro sistema economico.

Per valutare e considerare sia le criticità emerse dalle significative modifiche apportate dal c.d. "Decreto Sviluppo" convertito nella legge n. 134/2012 sia il loro impatto sulla "tenuta" nel sistema giudiziario in termini di efficienza delle relazioni conflittuali d'impresa, saranno oggetto di dibattito nell'ambito del Convegno nazionale organizzato dall'Osservatorio sulle Crisi d'Impresa (O.C.I) che si svolgerà a Benevento il 9 e il 10 novembre p.v.

L'ULTIMA FRONTIERA DELLA PREVENZIONE DELLA CRISI DI IMPRESA: CONVEGNO OCI , BENEVENTO 9 -10 NOVEMBRE 2012

Il 9 e il 10 novembre 2012 si svolgerà presso l'Auditorium Ex Convento S. Agostino il Convegno organizzato dall'Osservatorio sulle crisi di impresa (OCI) per valutare e considerare sia le criticità emerse dalle significative modifiche apportate dal cd. Decreto Sviluppo 2012 alla Legge Fallimentare sia il loro impatto sulla tenuta nel sistema giudiziario in termini di efficienza delle relazioni

conflittuali d'impresa. Le novità in tema di concordato preventivo, la sorte giuridica degli atti compiuti nella fase di interregno, la disciplina della "finanza ponte" e il concordato con continuità aziendale saranno dibattuti durante la prima giornata; le tematiche dei fallimenti delle società e dei soci illimitatamente responsabili saranno oggetto della seconda giornata. Il dibattito si propone di dare una risposta a tutta una serie di aspetti sia normativi sia operativi, non espressamente regolati dalle nuove norme.

Il programma del convegno è disponibile sul sito dell'OCI www.osservatorio-oci.org.

Copyright © - Riproduzione riservata

[Torna indietro](#)

Edilizia e urbanistica

CAMBIO DI DESTINAZIONE D'USO: SOLO IN PRESENZA DI OPERE CHE NE DENUNCINO IN CONCRETO IL NUOVO USO

Michele Didonna - avvocato amministrativista in Bari

È legittimo il provvedimento con il quale un ente locale, pur in assenza della realizzazione di significative opere edilizie, ha rifiutato il rilascio di una concessione edilizia in sanatoria per il mutamento di destinazione d'uso e ha ingiunto il ripristino della destinazione agricola di un capannone, adibito in concreto a uso commerciale incompatibile con l'assetto urbanistico di zona.

L'interessata, proprietaria di un capannone agricolo, realizzato in forza di concessione edilizia per il cd. "uso agricolo", ma concesso in uso e utilizzato da terzi per il deposito di macchinari e di autoveicoli, ha gravato il provvedimento con cui il Comune di appartenenza aveva negato il rilascio di una concessione edilizia in sanatoria per il mutamento di destinazione d'uso.

Nello specifico, ha evidenziato che la civica P.A. aveva adottato il suddetto provvedimento negativo sull'assunto per cui il mutamento di destinazione d'uso non era rilevante ai fini del condono, non essendo state "... realizzate e/o completate funzionalmente opere atte a mutare inequivocabilmente e in modo irreversibile la destinazione d'uso ... per modo che l'attuale struttura del capannone è tale da poter servire indifferentemente agli usi agricoli e a quelli di deposito"; indi, con successiva ordinanza, l'amministrazione aveva ingiunto alla ricorrente il ripristino della destinazione d'uso agricola del capannone.

Gravati entrambi i menzionati provvedimenti, la ricorrente ha contestato la violazione degli artt. 7 e 25, L. n. 47/1985, nonché l'eccesso di potere per contraddittorietà del contegno assunto dal Comune nella parte in cui, da un canto, avrebbe negato la condonabilità del mutamento d'uso sul rilievo della sua "irrelevanza giuridica" e, dall'altro, avrebbe sanzionato lo stesso mutamento d'uso con l'ordine di ripristino dell'originaria destinazione agricola.

Il T.A.R. di Torino ha precisato che l'amministrazione non aveva ritenuto, come inteso dall'interessata, "giuridicamente irrilevante" il mutamento di destinazione d'uso, bensì aveva dichiarato la non sanabilità dello stesso poiché, non avendo comportato una modificazione strutturale e irreversibile dello stato dei luoghi, impediva un'utilizzazione esclusiva del capannone conforme alla nuova destinazione commerciale.

Sicché, in coerenza con siffatta premessa, col primo provvedimento aveva negato la sanatoria, col secondo ne aveva ordinato il ripristino dell'uso agricolo.

Al contempo, avuto riguardo alla doglianza per cui i mutamenti d'uso realizzati senza opere strutturali avrebbero determinato l'applicazione di una sola sanzione pecuniaria e non dell'obbligo di ripristino, l'adito G.A. ne ha parimenti rintracciato l'infondatezza in ragione dell'erroneo richiamo alle disposizioni di cui alla L. n. 47/1985.

In argomento, ha precisato che la normativa richiamata dalla ricorrente concerneva unicamente ipotesi di mutamenti funzionali di destinazione d'uso realizzati nel rispetto delle previsioni urbanistiche di zona, benché in assenza di un titolo abilitativo: in siffatte ipotesi, dunque, la sanzione pecuniaria punisce l'assenza del titolo, ma non legittima alcun abuso.

Invero, nella vicenda, il capannone della ricorrente era stato in concreto adibito a un uso (commerciale) incompatibile con l'assetto urbanistico (agricolo) di zona e, così, correttamente sanzionato con l'ordine di ripristino.

Diversamente opinando, si sarebbe giunti alla conclusione per cui chiunque, pagando una semplice sanzione pecuniaria, sarebbe stato legittimato a stravolgere le linee di pianificazione dettate dall'amministrazione, mutando a proprio piacimento la destinazione di un determinato sito.

A conferma di tanto, ha richiamato un consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui: "... il cambiamento di destinazione d'uso senza realizzazione di opere edilizie non costituisce un'attività del tutto libera e priva di vincoli, non potendo comportare la vanificazione di ogni previsione urbanistica che disciplini l'uso nel territorio nel singolo comune. Una diversa soluzione, non solo costituirebbe, in linea di principio, un'inammissibile vulnerazione delle prerogative di autonomia e responsabilità sul territorio degli enti locali, ma comporterebbe anche, in concreto, la violazione di regole generali finalizzate ad assicurare il corretto e ordinato assetto del territorio, con conseguente inevitabile pericolo di pregiudizievoli modificazioni degli equilibri prefigurati dalla strumentazione urbanistica" (Cons. Stato, Sez. VI, 25 maggio 2012 n. 759; *idem*, Sez. V, 28 maggio 2010, n. 3420; 10 luglio 2003, n. 4102).

In considerazione delle suesposte argomentazioni, il T.A.R. di Torino ha respinto il gravame con conseguente conferma della legittimità dei gravati provvedimenti di diniego del rilascio della concessione edilizia in sanatoria e di ripristino dell'originaria destinazione.

Copyright © - Riproduzione riservata

Riferimenti normativi:

(Circolare Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 18/10/2012, n. 28368/8.3)

[Torna indietro](#)

Processo civile

LE VOCI DI DANNO FORMULATE NEL CORSO DEL GIUDIZIO POSSONO RIPROPORSI IN APPELLO

Sandro Nardi - avvocato in Roma, ricercatore in Diritto Privato dell'Università di Roma Tor Vergata

Le domande relative a nuove voci di danno esaminate dal giudice di primo grado, pur se poi respinte, in appello non possono qualificarsi come nuove e devono, dunque, essere esaminate nel merito.

Tizio, affetto da una sintomatologia psichiatricamente apprezzabile di ansia, insonnia, depressione e megalomania, deducendo di essere stato vittima del reato di circonvenzione di incapace da parte del responsabile della SIM della Banca Alfa S.p.A., conveniva in giudizio tanto il medesimo responsabile della SIM quanto l'Istituto di credito per sentirli condannare in solido al risarcimento dei danni morali e materiali conseguiti alla commissione del reato. In via subordinata, lo stesso Tizio chiedeva l'annullamento, ex art. 428 c.c., dei contratti d'intermediazione finanziaria conclusi con la Banca e il risarcimento dei danni e, in via ulteriormente subordinata, la condanna della banca al risarcimento dei danni per la violazione delle norme in tema di intermediazione finanziaria.

La domanda risarcitoria, peraltro, veniva formulata in maniera generica per poi essere precisata nel corso del giudizio con una memoria, depositata nei termini assegnati dal giudice, ove si allegavano danni per i ricavi di borsa che il cliente avrebbe potuto conseguire nella sua ordinaria attività di investimento impegnando le somme perdute e quelli derivati alle sue normali attività imprenditoriali (c.d. lucro cessante).

Il tribunale di primo grado condannava la Banca al risarcimento del danno cagionato a Tizio nell'esecuzione dei contratti di intermediazione mobiliare, avendo agito in violazione degli artt. 6 e 8 della L. 1 del 1991, ma respingeva le domande relative alle nuove voci di danno precisate dall'attore nel corso del giudizio, deducendone l'assenza di prova e del nesso di causalità. Invero, mentre si era ritenuto provato il danno conseguente alla commissione del reato di circonvenzione d'incapace da parte dell'intermediario, non potevano accogliersi le richieste di risarcimento conseguenti alle perdite patrimoniali derivanti dalle rischiose operazioni eseguite.

L'appello principale proposto dalla Banca e quello incidentale di Tizio venivano entrambi rigettati dalla Corte adita. Quest'ultima, con particolare riguardo alle richieste di Tizio, affermava che non potevano accogliersi le sue domande di risarcimento del danno conseguente alle perdite patrimoniali, per il cui accertamento si sarebbe, infatti, dovuto ricorrere ad un'indagine su temi nuovi; indagine preclusa per gli aspetti di novità.

Tizio, dunque, ricorreva per la cassazione della sentenza di secondo grado. La Banca resisteva con controricorso e ricorso incidentale, che venivano però rigettati.

Il ricorso di Tizio, invece, veniva accolto. Esso si fondava sull'assunto per cui la specificazione dei danni, dei quali era stato richiesto il risarcimento in citazione, in corso di causa non costituisce domanda nuova. La Banca, tra l'altro, aveva accettato il contraddittorio su dette specificazioni. Pertanto il rifiuto della Corte di appello di esaminare le altre richieste di danno che erano state specificate nel corso del giudizio di primo grado, e poi ripetute in appello, era illegittimo. Le domande di danno proposte con il suo atto di appello, dunque, non potevano considerarsi – contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte territoriale – domande nuove, ma soltanto una riformulazione

delle domande già proposte.

La Corte di cassazione ha preliminarmente precisato che nel giudizio di primo grado, secondo la vigente disciplina dell'epoca, l'*emendatio libelli* era consentita sino alla precisazione delle conclusioni, mentre la *mutatio libelli* non era ammessa se l'altra parte avesse rifiutato il contraddittorio.

Ora, la circostanza per cui le domande relative alle nuove voci di danno erano state esaminate dal giudice di primo grado, pur se poi respinte, avrebbe dovuto condurre la Corte d'Appello a non qualificarle come nuove, e, conseguentemente, ad esaminarle nel merito.

Ciò posto, la Corte di cassazione ha cassato la sentenza impugnata nella parte in cui aveva giudicato nuova e inammissibile la domanda di Tizio di risarcimento dei danni da lucro cessante derivanti dalla violazione di norme di legge e regolamenti e dei principi di correttezza da parte della Banca e, per l'effetto, ha rinviato la causa alla Corte di Appello di provenienza in diversa composizione.

Riferimenti normativi:

[\(Sentenza Cassazione civile 01/10/2012, n. 16674\)](#)

[Torna indietro](#)

Processo civile

IL TERMINE DI COSTITUZIONE DELL'APPELLANTE NEL CASO DI NOTIFICAZIONE DELL'APPELLO A PIÙ PARTI

Aldo Carrato - consigliere della Corte di Cassazione

24/10/2012

Con la sentenza in rassegna la S.C. riconferma l'orientamento, sull'interpretazione dell'art. 347, comma 1, c.p.c., fatto proprio dalle Sezioni unite con la recente sentenza n. 10864 del 2011.

Con la sentenza segnalata la S.C. ha ribadito che l'art. 347, comma primo, c.p.c., nello stabilire che la costituzione in appello avviene secondo le forme ed i termini per i procedimenti davanti al tribunale, rende applicabili al giudizio d'appello le previsioni di cui agli artt. 165 e 166 c.p.c., ma non quella di cui all'art. 171 c.p.c. (concernente la ritardata costituzione delle parti), la quale è incompatibile con la previsione di improcedibilità dell'appello, se l'appellante non si costituisca nei termini, di cui all'art. 348 c.p.c., con la conseguenza che il giudizio di gravame sarà improcedibile in tutti i casi di ritardata o mancata costituzione dell'appellante, a nulla rilevando che l'appellato si sia costituito nel termine assegnatogli.

Già in precedenza la giurisprudenza di legittimità (v., ad es., Cass. n. 1322 del 2006 e Cass. n. 19947 del 2008) aveva statuito che, in tema di improcedibilità dell'appello, l'art. 348, primo comma, del codice di procedura civile, nel testo sostituito, con efficacia dal 30 aprile 1995, dall'art. 54 della legge 26 novembre 1990, n. 353, la mancata costituzione in termini dell'appellante nel termine di cui all'art. 165 c.p.c. (da intendersi richiamato dall'art. 347 c.p.c.), determina automaticamente l'improcedibilità dell'appello, restando esclusa sia, per il caso di mancata costituzione di entrambe le parti, l'applicazione del regime di cui all'art. 171, primo comma, in relazione all'art. 307, primo comma, c.p.c., e, quindi la possibilità di una riassunzione del processo entro l'anno dalla scadenza del termine di cui all'art. 166 per la costituzione dell'appellato, sia, in ipotesi di costituzione dell'appellato nel termine di cui all'art. 166, l'applicazione dell'art. 171, secondo comma, dello stesso codice e, quindi, la possibilità della costituzione dell'appellante fino alla prima udienza, sia infine, per il caso di ritardata costituzione di entrambe le parti, una trattazione dell'appello.

Infatti, il richiamo alle "forme" ed ai "termini" del procedimento avanti il tribunale, contenuto nell'art. 347, primo comma, c.p.c., per quanto attiene alla costituzione dell'attore, deve ritenersi riferito esclusivamente al termine di cui all'art. 165 c.p.c., in quanto lo impone il tenore dell'art. 348 del codice di rito, che, stabilendo espressamente l'improcedibilità dell'appello per la mancata costituzione in termini e prevedendo una sanzione ricollegata all'inosservanza del termine per la costituzione dell'appellante, rende incompatibile - ai sensi dell'art. 359 c.p.c. - che l'applicazione di tale sanzione possa essere posta nel nulla da un comportamento successivo dell'appellante, soggetto destinatario della sanzione (quale sarebbe la riassunzione) o dell'altra parte, cioè l'appellato (quale sarebbe la riassunzione o la sua costituzione tempestiva) o di entrambe le parti (che chiedessero di trattare la causa, in caso di ritardata costituzione di entrambe). L'applicazione della norma dell'art. 171, secondo comma, c.p.c. resta possibile, invece, per il caso di costituzione tempestiva dell'appellante, consentendosi in tal caso la costituzione dell'appellato all'udienza (ferma l'applicazione del primo comma dell'art. 343 c.p.c., in punto di decadenza dall'appello incidentale e salva in ogni caso l'applicazione del secondo comma di tale norma).

Con la sentenza in rassegna, infine, la S.C. ha anche dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale prospettata con riferimento al secondo comma del citato art 165 c.p.c., avuto riguardo alla decorrenza del termine di costituzione nel

caso di notificazione dell'atto introduttivo a più persone.

In dottrina, per idonei riferimenti, v. PAOLETTI A., *Le Sezioni unite si soffermano sui termini per la costituzione in giudizio in caso di notifica della citazione a più persone*, in *Corr. giur.* 2012, 373 e segg.

Riferimenti normativi:

(Sentenza Cassazione civile 19/10/2012, n. 18073)

[Torna indietro](#)

Diritti reali immobiliari

AGEVOLAZIONI PER L'ACQUISTO DELLA PRIMA CASA: VALE IL DATO ANAGRAFICO

A cura della Redazione

24/10/2012

Confermando il proprio orientamento, la S.C. ha respinto la tesi di rilevanza giuridica della residenza di fatto in contrasto con quella documentale ed anagrafica ai fini del conseguimento e mantenimento dei benefici "prima casa".

In tema di imposta di registro, ai fini della fruizione dell'agevolazione fiscale per l'acquisto della prima casa assume rilievo la residenza anagrafica dell'acquirente (già stabilita o da trasferire, nel termine prescritto, nel comune dell'immobile acquistato), mentre nessuna rilevanza giuridica può essere riconosciuta alla realtà fattuale, ove questa contrasti con il dato anagrafico; ciò anche in rapporto alle ineludibili esigenze di celerità e certezza nell'applicazione dell'agevolazione.

Riferimenti normativi:

(Sentenza Cassazione civile 12/10/2012, n. 17584)

[Torna indietro](#)

Processo penale

RIINNOVAZIONE DI ATTI NULLI, TERMINE A COMPARIRE DA "SALVAGUARDARE"

Giuseppe Amato - Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Trento

24/10/2012

Si tratta di una importante puntualizzazione della Cassazione sul rispetto dei termini a comparire in udienza.

Nella specie, la difesa si doleva del mancato rispetto del termine di 20 giorni liberi per la comparizione dell'imputato in sede di giudizio di appello, sostenendosi che la nullità conseguente non poteva ritenersi sanata - come invece sostenuto dal giudice di appello - con il mero rinvio dell'udienza ad una data successiva, tale da consentire, con l'integrazione dei due termini [quello originariamente concesso, pur inferiore al limite di legge, e quello successivamente riconosciuto], la ricorrenza di un termine complessivo a comparire, unitariamente calcolato, conforme alla durata prevista dalla legge.

La Corte ha condiviso la doglianza.

In proposito, ha tratto convincimento per la soluzione adottata dal disposto dell'articolo 184, comma 3, c.p.p., che, sistematicamente interpretato, deve portare a ritenere che, per la sanatoria mediante rinnovazione dell'atto nullo per violazione del termine [dilatatorio] a comparire, occorre garantire all'interessato un termine non inferiore a quello stabilito dalla legge, senza inammissibili sommatorie che pregiudicherebbero il diritto di difesa, e ridurrebbero la sanatoria ad una mera finzione.

In altri e decisivi termini, la sanatoria della nullità conseguente all'inosservanza del termine di comparizione, che deve cioè intercorrere tra la data dell'udienza e quella della notifica dell'avviso della data all'interessato e al suo difensore, può avvenire solo mediante la concessione di un termine per la difesa non inferiore a quello di cui l'avente diritto avrebbe usufruito se la citazione fosse stata regolare.

Sono escluse, quindi, indebite sommatorie dei termini.

Riferimenti normativi:

(Cassazione penale Sentenza 18/10/2012, n. 40897)

[Torna indietro](#)

Autorizzazioni

NULLA OSTA SANITARIO PER SOMMINISTRAZIONE ALIMENTI

Roberto Proietti - magistrato amministrativo in servizio presso il TAR del Lazio

24/10/2012

Va negato il rilascio del nulla osta sanitario all'apertura di un esercizio di somministrazione di alimenti e bevande qualora le ridotte dimensioni del locale non assicurino al consumatore un ambiente salubre e confortevole.

Con sentenza 21 settembre 2012, la Terza Sezione del T.A.R. Campania ha affermato che è nell'interesse generale alla tutela dei consumatori e dei destinatari dei servizi che può ricondursi il fine generale sotteso alla prescrizione di una dotazione minima di superficie del locale da destinare ad esercizio pubblico di somministrazione, al fine di assicurare al consumatore un ambiente salubre e confortevole, laddove un locale eccessivamente angusto, (nella specie, appena 33 mq.) non pare idoneo.

Pertanto, legittimamente viene negato il rilascio del nulla osta sanitario all'apertura di un esercizio di somministrazione di alimenti e bevande in locali di sua proprietà, per mancanza del requisito in parola prescritto dal regolamento comunale.

Infatti, ciò che è interdetto alle pubbliche amministrazioni in sede di disamina dell'istanza di apertura di un esercizio di somministrazione è l'apposizione di limitazioni prestabilite e valutate in rapporto alla presunta adeguatezza dell'offerta rispetto alla parimenti presunta entità della domanda, nonché limiti o contingenti di esercizi da autorizzare in una determinata area.

Ma, ex art. 8, lett. h) del d.lgs.26.3.2010 n. 59, tra i motivi imperativi di interesse generale che legittimano le limitazioni all'apertura degli esercizi di somministrazione, è indicata la tutela dei consumatori e dei destinatari dei servizi.

Quindi, nell'interesse generale alla tutela dei consumatori e dei destinatari dei servizi, può ricondursi il fine generale sotteso alla prescrizione di una dotazione minima di superficie del locale da destinare ad esercizio pubblico di somministrazione. Infatti, risponde a finalità di tutela dei consumatori e dei destinatari dei servizi di somministrazione l'esigenza che un esercizio pubblico abbia una dotazione minima di superficie. Inoltre, il richiedere il possesso di una dotazione minima di superficie scongiura l'evenienza che vengano avviate attività di somministrazione di minuscole dimensioni evitando in tal modo il pullulare di una congerie di esercizi di ridotte dimensioni ma di elevato numero, le quali nel complesso sono atte, proprio perché numerose e minuscole, a creare perturbamento della quiete pubblica, degrado del tessuto urbano e, quindi, in definitiva dello stesso ambiente e dell'incolumità pubblica, beni sicuramente annoverabili tra i motivi imperativi di interesse generale contemplati dall'art. 8, lett. h, cit., e in nome dei quali il Comune può legittimamente introdurre limitazioni all'apertura di nuovi esercizi di somministrazione.

Copyright © - Riproduzione riservata

Riferimenti normativi:

(TAR Campania, Sentenza, Sez. III, 21/09/2012, n. 3914)

[Torna indietro](#)

Appalti pubblici

GARE, REVOCA PER PUBBLICO INTERESSE ANCHE DOPO L'AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA

Federico Gavioli - Dottore commercialista, revisore contabile e pubblicista

24/10/2012

E' da ritenersi legittima la revoca di una gara per motivi di pubblico interesse, da parte di una azienda sanitaria, la cui aggiudicazione provvisoria era già stata deliberata; è quanto affermato dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 5282, del 16 ottobre 2012.

La questione posta all'attenzione dei giudici amministrativi di Palazzo Spada trae origine da una determinazione dell'agosto del 2009 di

una Azienda Ospedaliero - Universitaria che approvava il bando per l'affidamento, con procedura aperta e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della gestione globale del servizio di ristorazione e nutrizione collettiva.

La gara veniva aggiudicata, in via provvisoria, ad una grossa cooperativa del settore ; tuttavia all'aggiudicazione provvisoria non faceva seguito quella definitiva poiché il neo insediato commissario dell'Azienda Ospedaliera dapprima con nota dell'aprile 2011 comunicava all'impresa l'avvio del procedimento di revoca della intera procedura di gara e poi, con deliberazione dello stesso mese, viste le controdeduzioni della cooperativa aggiudicataria in via provvisoria del servizio disponeva (ai sensi dell'art.21 quinquies legge n. 241/1990) la revoca dell'intera procedura .

A fondamento della revoca venivano posti sopravvenuti motivi di pubblico interesse , derivanti da una "forte riduzione dei trasferimenti finanziari", nonché una nuova valutazione delle esigenze conseguenti al nuovo assetto organizzativo della Aziende Ospedaliere Universitarie nell'ambito del riordino del Sistema Sanitario Regionale; contestualmente, poi, la stazione appaltante, disposta la restituzione della cauzione provvisoria, si riservava di adottare i provvedimenti più opportuni per assicurare la continuità del servizio. Per la continuità del servizio il citato neo commissario bandiva una nuova gara con procedura negoziata per l'affidamento per dodici mesi del servizio ristorazione, peraltro con oggetto più contenuto e disciplinato da un diverso capitolato; il servizio veniva affidato ad un'altra società partecipante al bando che non era la cooperativa.

La cooperativa "prima aggiudicataria" a seguito di questa nuova procedura di affidamento del servizio proponeva ricorso al TAR del Piemonte chiedendo il risarcimento del danno per costi di partecipazione, lucro cessante e danno curriculare, oltre interessi e rivalutazione; in caso di ritenuta legittimità della revoca, veniva chiesto il ristoro delle spese per la preparazione dell'offerta e del danno all'immagine.

Dopo aver acquisito documenti dall'Azienda Ospedaliera il TAR Piemonte, previa sospensione dei provvedimenti impugnati, accoglieva il ricorso della cooperativa mentre respingeva la domanda di risarcimento del danno per equivalente.

L'Azienda Ospedaliera Universitaria ha impugnato il dispositivo di sentenza del TAR al Consiglio di Stato.

I giudici del Consiglio di Stato osservano che la sentenza TAR ha ritenuto che la motivazione, posta dalla stazione appaltante a fondamento della revoca dell'intera procedura di gara, non sarebbe sostenuta da ragioni sufficienti a giustificare la lesione della posizione giuridica differenziata di cui è titolare la cooperativa nella qualità di aggiudicataria, se non definitiva , almeno provvisoria .

Al riguardo i giudici di Palazzo Spada osservano che la sentenza del TAR ritiene che l'esigenza di adeguarsi alle sopravvenute disposizioni regionali (in materia di contenimento della spesa sanitaria per l'esercizio 2011) non appare motivo adeguato a giustificare la revoca della gara, in quanto le suddette disposizioni non farebbero riferimento alla revoca delle procedure di gara in corso , così come neanche la Delibera della Giunta Regionale del Piemonte sarebbe applicabile al servizio somministrazione pasti in ospedale, riguardando soltanto la gestione "magazzini".

Ad avviso del Consiglio di Stato, invece, la stazione appaltante legittimamente ha esercitato l'autotutela, procedendo alla revoca della intera procedura di gara in controversia, ai sensi dell'art 21 quinquies legge n. 241/1990, dopo averne individuato i presupposti nelle seguenti circostanze: " i sopravvenuti motivi di pubblico interesse di natura economica (palesati soltanto a seguito delle operazioni di apertura delle offerte economiche) derivanti da una forte riduzione dei trasferimenti finanziari, nonché una nuova valutazione delle esigenze nell'ambito dei bisogni da soddisfare, conseguenti al futuro assetto organizzativo (...), emersi a seguito di una ponderata valutazione che ha evidenziato la non convenienza di procedere all'aggiudicazione sulla base del capitolato predisposto precedentemente alle direttive regionali sopracitate, ed all'opportunità di provvedere ad una rinnovata procedura per un servizio avente caratteristiche differenti al fine di ottenere un risparmio economico ".

Per il Consiglio di Stato l'esigenza della stazione appaltante di conformarsi alle "sopravvenute disposizioni regionali in materia di contenimento della spesa sanitaria", nonché il menzionato avvio del Piano di riordino del sistema sanitario regionale, che "prevede, tra l'altro, l'incorporazione delle Aziende Ospedaliere (...) nell'Azienda Ospedaliera (...), rappresentano ragioni sufficienti per ritenere legittima la delibera di revoca della intera gara".

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale accoglie l'appello principale, respinge i ricorsi proposti dalla società cooperativa ricorrente per l'annullamento delle delibere dell'Azienda Ospedaliera Universitaria ; di converso per il risarcimento del danno accoglie le motivazioni inerenti alla società cooperativa di ottenere il diritto all'indennizzo del pregiudizio economico cagionato dalla revoca della gara, liquidato in euro 200.000,00, con la conseguente condanna della Azienda Ospedaliera a versare alla società cooperativa la predetta somma.

Riferimenti normativi:

(Consiglio di Stato Sentenza, Sez. III, 16/10/2012, n. 5282)

[Torna indietro](#)

Libere professioni COMPENSI AVVOCATI, NUOVI PARAMETRI RETROATTIVI

Cristina Mantelli - avvocato

Secondo le sezioni unite della Cassazione, i nuovi criteri introdotti dal DM n. 140/2012, si applicano anche alle prestazioni iniziate sotto la vigenza delle tariffe abrogate.

Le sezioni unite, con due sentenze equivalenti, si sono pronunciate in merito alla modalità con cui i nuovi parametri ministeriali per la liquidazione dei compensi professionali debbono essere applicati.

Ora, a prescindere dal fatto che per ovvie ragioni temporali -essendo il decreto ministeriale entrato in vigore il 23/08/2012- nessun contrasto interpretativo era ancora sorto e che pertanto la Suprema Corte affronta il problema solo incidentalmente, l'indirizzo che ne emerge, è certamente in aderenza con le esigenze del momento storico attuale.

Gli ermellini, esercitando la funzione nomofilattica in via preventiva (cioè prima del concreto insorgere di un contrasto giurisprudenziale), hanno voluto introdurre un orientamento definitivo, a sostegno della razionalità nel sistema e della prevedibilità e conoscibilità del diritto. In buona sostanza, i passaggi argomentativi affrontati sono due:

1. Disposizioni temporali: processi pendenti al 23/08/2012 Il collegio reputa che, in applicazione dell'art. 41 del d.m. n.140/12, i nuovi parametri siano da utilizzare ogni qual volta la liquidazione giudiziale intervenga in un momento successivo alla data di entrata in vigore, per compensi spettanti ad un professionista che, a quella data, non abbia ancora completato la propria prestazione professionale, ancorchè la prestazione abbia avuto inizio e si sia in parte svolta in epoca precedente, quando ancora erano in vigore le tariffe professionali abrogate.

2. Unitarietà del compenso Il compenso è un corrispettivo unitario per l'opera prestata nel suo complesso; non è quindi possibile segmentare le prestazioni nei singoli atti compiuti oppure distinguere le diverse fasi di tali prestazioni.

La Corte, al fine di giungere a tale postulato, fa espresso richiamo alla relazione accompagnatoria del d.m. in cui vengono chiariti i seguenti passaggi:

- con l'abrogazione delle tariffe è stata definitivamente superata la distinzione tra diritti e onorari;

- il termine compenso, che evidentemente è stato mutuato dall'art. 2233 primo comma c.c., esprime una nozione di unicità, che mira a dare spessore alla finalità di semplificazione e di maggiore informazione che la riforma mira a realizzare;

- per la individuazione dei valori medi di liquidazione è stato assunto a riferimento principalmente il precedente onorario ma si è tenuto conto anche dei valori di costo riferiti ai precedenti diritti.

Così facendo, è in grado di estendere, alla nuova nozione unitaria di compenso, quel criterio adottato per gli onorari già in precedenza da alcune sezioni della Cassazione secondo cui quando, durante il corso di un processo, si verificano successioni di diverse tariffe professionali, si applica la tariffa vigente al momento in cui la prestazione professionale si è esaurita. (Cass. N. 5426/05 e n. 8160/01).

In verità, a ben riflettere, l'art. 41 del d.m. 140/12, che recita: «Le disposizioni di cui al presente decreto si applicano alle liquidazioni successive alla sua entrata in vigore», individua solo il momento a partire dal quale vanno utilizzati i nuovi criteri, ignorando ogni riferimento al momento in cui le attività difensive sono state svolte.

Per i processi pendenti, pertanto, unico parametro di riferimento indicato non è il momento in cui si è conclusa l'attività del professionista ma il momento in cui il giudice deve provvedere a liquidare il compenso.

Da ciò si comprende come sia irrilevante il riferimento temporale dell'attività professionale compiuta ma piuttosto come rilevi solo l'attività giudiziale di quantificazione del compenso riferita al 23/08/12.

Orbene, pur volendo apprezzare gli sforzi che vengono compiuti per valorizzare l'autonomia negoziale e la liberalizzazione (a cui la riforma è improntata, attraverso la stesura di accordi tra avvocati e clienti), si fa comunque fatica a comprendere perché i nuovi criteri introdotti dovrebbero valere anche per gli incarichi già affidati in epoca precedente e, tutt'ora in fase di esecuzione, non altro perché tale interpretazione può tradursi in un mutamento dell'equilibrio contrattuale, a suo tempo concordato tra le parti.

Da ultimo si evidenzia che sono già all'esame questioni di costituzionalità del d.l. n. 1/2012, art.9, commi 1 e 2 per violazione degli artt.3 e 24 della Cost. (Tribunale di Cosenza, ordinanza del 01/02/2012) nonché anche del regolamento n. 140/2012, in relazione agli artt. 3, 24 e 117 Cost. sul presupposto che il complesso di tali norme abbia efficacia retroattiva per l'attività già svolta ed esaurita prima della sua entrata in vigore (Tribunale di Cremona, con ordinanza del 13/09/2012).

A questo punto, l'auspicio è che il giudice, poiché investito di un'ampia discrezionalità nella determinazione del compenso, sia consapevole delle maggiori responsabilità attribuitegli e perciò attraverso un'adeguata motivazione applichi, nella liquidazione del compenso unitario, tutti quei parametri (generali, numerici, indicati nell'art. 4 del decreto) al fine di adeguarlo alla particolarità del caso concreto.

De facto, davanti ad un incongruo compenso potrebbe, spiegandone le ragioni, non applicare i nuovi parametri adottando per converso un'interpretazione secundum constitutionem.

Copyright © - Riproduzione riservata

Riferimenti normativi:

(Cassazione civile 02/10/2012, n. 17406)

[Torna indietro](#)

Sommari Dossier