

Centro Studi

Diritto **A**vanzato

Edizioni

Comitato scientifico:

Simone **ALECCI** (Magistrato) - Elisabetta **BERTACCHINI** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro **BOVE** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe **BUFFONE** (Magistrato addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) - Tiziana **CARADONIO** (Magistrato) - Costanzo Mario **CEA** (Magistrato, già Presidente di sezione) - Paolo **CENDON** (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco **CESARI** (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina **CHIARAVALLOTTI** (Presidente di Tribunale) - Bona **CIACCIA** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo **CIRCELLI** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio **CORASANITI** (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella **DELIA** (Magistrato) - Lorenzo **DELLI PRISCOLI** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Paolo **DI MARZIO** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco **FIMMANO'** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio **FORGILLO** (Presidente di Tribunale) - Andrea **GIORDANO** (Avvocato dello Stato) - Mariacarla **GIORGETTI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi **IANNI** (Magistrato) - Francesco **LUPIA** (Magistrato) - Giuseppe **MARSEGLIA** (Magistrato) - Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca **PROIETTI** (Magistrato) - Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO'** (Presidente del Tribunale Superiore delle Acque pubbliche) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (già Consigliere di Cassazione ed assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, già componente laico C.S.M.).

Responsabilità dell'avvocato e doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente: conseguenze pratiche

In tema di responsabilità professionale, va confermato che l'obbligo di diligenza previsto dall'art. 1176 c.c., comma 2, e dall'art. 2236 c.c., imponendo al professionista, sia all'atto del conferimento del mandato che nel corso dello svolgimento del rapporto, doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente, pone a suo carico l'onere di provare di aver rappresentato a quest'ultimo tutte le questioni ostative al raggiungimento del risultato previsto, o comunque produttive del rischio di effetti dannosi, nonché di richiedergli gli elementi necessari o utili in suo possesso, e di sconsigliarlo dall'intraprendere o proseguire iniziative dall'esito probabilmente sfavorevole.

NDR: in senso conforme Cass. 23/06/2016 n. 13007, 20/11/2009 n. 24544 e 30/07/2004 n. 14597.

Cassazione civile, sezione sesta, ordinanza del 16.9.2019, n. 23004

...omissis...

Rilevato

che l'avv. *omissis* ha proposto ricorso per cassazione, per due motivi, illustrati anche con memoria, avverso il decreto emesso dal Tribunale di Latina il 30 maggio 2017, che ha rigettato l'istanza d'insinuazione tardiva al passivo del fallimento *omissis* S.r.l., con cui egli aveva fatto valere un credito di Euro 53.333,33 a titolo di compenso per l'attività professionale prestata in favore della società fallita ai fini della presentazione di una nuova proposta concordataria, in virtù dell'incarico conferitogli in pendenza della procedura di concordato preventivo che aveva preceduto la dichiarazione di fallimento, e conclusasi con la revoca dell'ammissione al concordato, per insussistenza dei requisiti di fattibilità giuridica della proposta;

che il curatore del fallimento ha resistito con controricorso, anch'esso illustrato con memoria.

Considerato

che con il primo motivo d'impugnazione il ricorrente denuncia la violazione e/o la falsa applicazione dell'art. 167 L. Fall., comma 2, e dell'art. 116 c.p.c., osservando che, nel ritenere che l'incarico professionale fosse inopponibile al fallimento, in quanto non autorizzato dal Giudice delegato, il decreto impugnato ha richiamato soltanto in parte la motivazione della sentenza di rigetto del reclamo proposto dalla società fallita avverso la revoca dell'ammissione al concordato;

che, nell'escludere l'utilità della prestazione professionale, in virtù della considerazione che la modifica della proposta concordataria non aveva apportato alcun elemento di novità, il Tribunale si è infatti limitato a conferire rilievo alle critiche mosse dalla predetta sentenza alle modalità del ricorso alla finanza esterna, all'ammontare del debito per i.v.a. ed alla riduzione del fondo per i crediti prededucibili, senza tenere conto dell'accoglimento dei motivi di reclamo concernenti l'eliminazione della suddivisione dei creditori in classi e l'insussistenza di atti di frode;

che inoltre, nell'evidenziare l'incidenza economica dell'incarico professionale, il decreto impugnato ha erroneamente ritenuto che l'inclusione del corrispettivo nel piano concordatario fosse in grado di pregiudicare la riuscita del percorso di ristrutturazione dell'impresa;

che con il secondo motivo il ricorrente deduce la violazione e/o la falsa applicazione dell'art. 111 L. Fall., comma 2, e degli artt. 1173, 1176, 1218, 2229 e 2697 c.c., affermando che, nel desumere l'inutilità del conferimento dell'incarico dal mancato raggiungimento del risultato della prestazione professionale, il decreto impugnato ha confuso la funzionalità di quest'ultima con l'inadempimento, trascurandone il nesso di occasionalità con il concordato, testimoniato dal conferimento dell'incarico in pendenza della procedura, ed attribuendo rilievo ad un profilo inconferente, peraltro valutato ex post;

che inoltre, nel ritenere non esattamente adempiuto l'incarico professionale, il Tribunale non ha considerato che ad esso ricorrente incombeva esclusivamente l'onere di provare l'avvenuto adempimento dello stesso secondo il grado di diligenza richiesto per la tipologia dell'obbligazione, mentre spettava al curatore, conformemente alle regole generali, la prova che l'adempimento non era conforme alla diligenza;

che i predetti motivi devono essere esaminati congiuntamente, in quanto aventi ad oggetto questioni strettamente correlate;

che, nel rigettare la domanda di ammissione al passivo, il decreto impugnato si è puntualmente attenuto al principio enunciato dalla giurisprudenza di legittimità in tema di amministrazione controllata, ma riferibile anche al concordato preventivo, secondo cui, ai fini dell'opponibilità alla massa del credito derivante da una prestazione d'opera professionale resa in pendenza della procedura, la qualificazione dell'incarico come atto eccedente l'ordinaria amministrazione, ai sensi dell'art. 167 L. Fall., comma 2, deve aver luogo in base al duplice criterio della pertinenza ed idoneità dell'incarico stesso rispetto alle finalità della procedura, nonché dell'adeguatezza funzionale della prestazione alle necessità risanatorie dell'azienda, da valutarsi con

giudizio ex ante, con la conseguenza che deve escludersi la predetta opponibilità ogni qualvolta l'incarico, non autorizzato dal giudice delegato, risulti conferito per esigenze personali e dilatorie (cfr. Cass., Sez. I, 8/11/2006, n. 23796);

che, nell'escludere la sussistenza dei predetti requisiti, il Tribunale ha conferito preminente rilievo alle conclusioni cui erano pervenuti i commissari giudiziali in epoca anteriore al conferimento dell'incarico, secondo cui erano venute definitivamente meno le condizioni di fattibilità che avevano giustificato la dichiarazione di ammissibilità della proposta concordataria, ponendole in relazione con l'inadeguatezza delle modifiche prospettate dalla debitrice, per desumerne lo scopo meramente dilatorio dell'iniziativa e la conseguente estraneità dell'incarico professionale alle esigenze di risanamento dell'azienda;

che, in tale contesto, il richiamo alle considerazioni svolte nella sentenza con cui era stato rigettato il reclamo proposto dalla società fallita avverso la revoca della dichiarazione di ammissibilità del concordato e la dichiarazione di fallimento non può considerarsi indice di una valutazione ex post dell'utilità della prestazione professionale, suonando piuttosto come un'ulteriore conferma dell'inidoneità originaria dell'incarico a consentire il superamento delle criticità rappresentate dai commissari giudiziali e dell'intento della debitrice di ostacolare o ritardare la conclusione della procedura;

che il riferimento agli oneri economici connessi al conferimento dell'incarico rappresenta a sua volta un aspetto del giudizio negativo espresso in ordine al rapporto di funzionalità/strumentalità con le finalità della procedura, ponendosi in linea con l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui la valutazione in ordine al carattere di ordinaria o straordinaria amministrazione dell'atto posto in essere senza l'autorizzazione del giudice delegato, ai fini dell'eventuale dichiarazione di inefficacia ai sensi dell'art. 167 L. Fall., dev'essere compiuta tenendo conto delle utilità reali che ne derivano per la massa dei creditori, le quali devono risultare prevalenti sui vincoli ed i pesi imposti al patrimonio del debitore, restandone altrimenti pregiudicata la consistenza o compromessa la capacità di soddisfare le ragioni dei creditori (cfr. Cass., Sez. I, 29/05/2019, n. 14713; Cass., Sez. V, 10/04/2009, n. 8764; Cass., Sez. I, 20/10/2005, n. 20291);

che non risulta pertinente, in contrario, il richiamo del ricorrente ad una recente pronuncia di legittimità, secondo cui il pagamento di crediti dei professionisti nominati dall'imprenditore per la predisposizione della domanda di concordato preventivo ovvero in occasione della relativa proposta, effettuato a seguito del deposito del ricorso di cui all'art. 161 L. Fall., comma 6, senza autorizzazione del tribunale, non comporta necessariamente la declaratoria d'inammissibilità del concordato, ai sensi dell'art. 173 L. Fall., in ragione dell'automatica classificazione di tali pagamenti tra gli atti di straordinaria amministrazione, quali crediti non prededucibili in mancanza del decreto di ammissione al concordato suddetto (cfr. Cass., Sez. I, 10/01/2017, n. 280);

che tale principio, oltre a riferirsi ad una questione diversa da quella in esame, non nega affatto, ma anzi conferma che la qualificazione dell'incarico come atto di ordinaria amministrazione postula la valutazione dell'utilità della prestazione professionale, limitandosi a precisare, in proposito, che "costituiscono normalmente atti di ordinaria amministrazione le operazioni richieste dalla legge e ragionevolmente proprie di una prassi attinente al corredo obbligatorio della domanda di apertura della procedura concorsuale", e ponendo conseguentemente a carico del curatore che ne invochi l'eccedenza rispetto a tale scopo l'onere di dimostrarne la superfluità, ma non escludendo la possibilità di ritenerla provata, ove la stessa, come nella specie, emerga dagli elementi acquisiti agli atti;

che inconferente risulta altresì la sottolineatura da parte del ricorrente del nesso di occasionalità tra il conferimento dell'incarico e la procedura di concordato, il quale viene in considerazione esclusivamente ai fini della collocazione in prededuzione del credito derivante dall'espletamento della prestazione professionale, mentre non

assume alcun rilievo ai fini dell'autorizzazione del giudice delegato, richiesta dall'art. 167 L. Fall. proprio in ragione del compimento dell'atto in pendenza della procedura, nonché delle limitazioni che ne derivano per la capacità dispositiva del debitore; che, nel ritenere esattamente adempiuto l'incarico professionale conferito al ricorrente, in virtù della mancata informazione della cliente in ordine al probabile esito negativo dell'iniziativa da assumere, il decreto impugnato si è infine attenuto puntualmente all'orientamento della giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità professionale, secondo cui l'obbligo di diligenza previsto dall'art. 1176 c.c., comma 2, e dall'art. 2236 c.c., imponendo al professionista, sia all'atto del conferimento del mandato che nel corso dello svolgimento del rapporto, doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente, pone a suo carico l'onere di provare di aver rappresentato a quest'ultimo tutte le questioni ostative al raggiungimento del risultato previsto, o comunque produttive del rischio di effetti dannosi, nonché di richiedergli gli elementi necessari o utili in suo possesso, e di sconsigliarlo dall'intraprendere o proseguire iniziative dall'esito probabilmente sfavorevole (cfr. Cass., Sez. III, 23/06/2016, n. 13007; 20/11/2009, n. 24544; Cass., Sez. II, 30/07/2004, n. 14597); che il ricorso va pertanto rigettato, con la conseguente condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali, che si liquidano come dal dispositivo.

PQM

Rigetta il ricorso; condanna il ricorrente al pagamento, in favore del controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 6.000,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 100,00, ed agli accessori di legge. Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1-quater, inserito dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis.