Euroconference LEGAL
L'aggiornamento settimanale per l'Avvocato
TeamSystem LEGAL

Edizione di martedì 30 ottobre 2018

Procedimenti di cognizione e ADR

Sulla censurabilità, in Cassazione, dell'utilizzo del fatto notorio ad opera del giudice di merito
di **Valentina Baroncini**

Esecuzione forzata

Chi riscuote il canone di locazione dopo il pignoramento dell'immobile?
di **Fabio del Torchio**

Obbligazioni e contratti

I limiti del ricorso al criterio letterale come regola ermeneutica primaria nell'interpretazione del contratto
di **Martina Mazzei**

Proprietà e diritti reali

Non è consentito ad uno dei due proprietari occupare gli spazi vuoti limitando o restringendo la proprietà dell'altro
di **Saverio Luppino**

Comunione – Condominio - Locazione

La legittimazione ad amministrare delle società cooperative e l'obbligo di formazione per svolgere l'incarico di amministratore di condominio (art. 71 bis disp. att. c.c.)
di **Saverio Luppino**

Diritto successorio e donazioni

Assicurazione sulla vita a favore degli eredi legittimi e successiva istituzione di un terzo quale erede nel testamento: quid iuris?

di **Corrado De Rosa**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

La vexata quaestio della revocatoria della scissione e della tassatività dei rimedi endosocietari
di **Gian Luca Grossi - Studio Pirola Pennuto Zei & Associati, Marcello Guerzoni - Studio Pirola Pennuto Zei & Associati**

Diritto Bancario

Sull'utilizzo del mutuo fondiario e sulla determinatezza degli interessi moratori
di **Fabio Fiorucci**

Diritto del Lavoro

La struttura del rapporto di lavoro subordinato
di **Evangelista Basile**

Privacy

Il "nuovo" Codice privacy - breve rassegna delle novità
di **Enrico Pelino**

Procedimenti di cognizione e ADR

Sulla censurabilità, in Cassazione, dell'utilizzo del fatto notorio ad opera del giudice di merito

di **Valentina Baroncini**

Cass., sez. II, 22 agosto 2018, n. 20896, Pres. Armano – Est. Positano

[1] Prova civile – Poteri (o obblighi) del giudice – Fatti notori – Assunzione di una nozione di notorietà inesatta – Censurabilità in sede di legittimità per violazione di legge – Sussistenza – Discrezionalità del giudice di merito nel ricorrere alla massima di esperienza – Sindacabilità in sede di legittimità – Limiti. (Cod. proc. civ., artt. 115, 360)

In tema di prova civile, in sede di legittimità è censurabile per violazione di legge l'assunzione da parte del giudice di merito di una inesatta nozione di fatto notorio – da intendere come fatto conosciuto da uomo di media cultura, in un dato tempo e luogo – e non anche il concreto esercizio del suo potere discrezionale di ricorrere alla massima di esperienza, che può essere censurato solo per vizio di motivazione.

CASO

[1] Nell'ambito di una controversia in materia di diritto bancario, due contitolari di un conto corrente convenivano in giudizio l'istituto di credito presso il quale tale conto era acceso domandando, nei confronti dello stesso, la condanna alla restituzione di una somma di denaro ingiustamente richiesta, alla cancellazione del proprio nome dalla Centrale Rischi Finanziaria nonché al risarcimento dei danni morali e materiali subiti.

Il Tribunale di Foggia rigettava le domande proposte per mancata dimostrazione, da parte degli attori, dei fatti costitutivi delle proprie pretese, nonché del danno asseritamente subito. Tale sentenza veniva impugnata dagli attori innanzi alla Corte d'Appello di Bari, la quale, ugualmente, provvedeva per il rigetto del gravame.

Avverso tale sentenza, i soccombenti proponevano ricorso per cassazione, articolato in dodici motivi. Quello in rilievo nella presente sede è il decimo, col quale i ricorrenti hanno dedotto la violazione dell'art. 115 c.p.c., in relazione all'art. 360, n. 5), c.p.c., «per violazione dei principi in materia di prova legale, costituita dal fatto notorio, poiché i pregiudizi lamentati rientravano fra le nozioni di comune esperienza»: in particolare, secondo i ricorrenti, la posizione professionale di uno di essi (dottore commercialista e revisore dei conti) nonché la rilevanza costituzionale dei diritti violati sarebbero stati sufficienti a «riconoscere un danno patrimoniale sulla base di massime di esperienza».

SOLUZIONE

[1] La Suprema Corte dichiara inammissibile tale motivo – e, dunque, esclude la possibilità di affermare l'esistenza di un danno *in re ipsa*, sulla base della professionalità e onorabilità di uno dei due ricorrenti – ricordando come, in sede di legittimità, sia possibile censurare, per violazione di legge, l'utilizzo del fatto notorio solo *sub specie* di doglianza alla nozione di notorietà assunta dal giudice di merito, rimanendo preclusa, viceversa, la possibilità di censurare il concreto esercizio, da parte dello stesso, del suo potere discrezionale di ricorrere al fatto notorio, potendo tale doglianza integrare soltanto un vizio di motivazione.

QUESTIONI

[1] La questione centrale attorno cui ruota la decisione sul motivo in esame attiene alla censurabilità, in sede di cassazione, dell'utilizzo del fatto notorio da parte del giudice di merito.

A tal riguardo, la posizione assunta nel provvedimento in commento si allinea a quella assolutamente dominante. Secondo tale orientamente è deducibile, quale *error in iudicando ex* art. 360, n. 3), c.p.c., per violazione dell'art. 115, secondo comma, c.p.c. e della nozione di notorietà ivi racchiusa, l'ipotesi in cui il giudice, erroneamente, qualifichi come notorio un fatto che, in realtà, notorio non è. Diversa, viceversa, è la censura che voglia investire la scelta stessa del giudice di merito di far ricorso alla notorietà: tale operazione, infatti, attiene all'esercizio di un potere discrezionale allo stesso riservato, il cui esercizio, positivo o negativo, non è sindacabile in sede di legittimità (in giurisprudenza, fra le tante, Cass., 3 marzo 2017, n. 5438; Cass., 29 novembre 2011, n. 25218; Cass., 18 luglio 2011, n. 15715; Cass., 10 settembre 2010, n. 19283; *si vis*, V. Baroncini, *Il regime processuale del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 351 ss.).

Nel caso di specie, i ricorrenti non hanno contestato l'assunzione, da parte delle corti territoriali, di una nozione di fatto notorio errata – e tale, pertanto, da illegittimamente escludere dal novero della notorietà fatti, quali la professionalità e onorabilità di uno dei ricorrenti, da qualificare all'opposto come notori -, bensì la circostanza che, detti giudici, non abbiano ritenuto di considerare tali fatti quali notori e, sulla base di ciò, riconoscere la sussistenza di un danno patrimoniale: tale doglianza, secondo l'orientamento poco sopra ricordato, non può infatti essere fatta valere *sub specie* di violazione di legge *ex* art. 360, n 3), c.p.c., bensì esclusivamente tramite le vie del vizio di motivazione, ovviamente laddove tale scelta non appaia adeguatamente argomentata dal giudice di merito.

Sul punto può comunque apparire utile ricordare un diverso orientamento secondo il quale l'errata dichiarazione di notorietà di un fatto equivale all'affermazione dell'esistenza del fatto medesimo sulla base di un mezzo di accertamento palesemente inesistente, con conseguente nullità della sentenza così pronunciata, nullità veicolabile quale motivo di cassazione *ex* art. 360, n. 4), c.p.c., e dunque come *error in iudicando de iure procedendi* (sul punto si rinvia a B. Zuffi, sub *art. 115*, in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile*, Milano 2013, I, 1409).

Come osservato dalla sentenza in commento, il vizio denunciato – ossia, la scelta compiuta dal giudice di merito di non considerare determinati fatti quali notori, e porli a base dell'accertamento del danno subito dagli attori – avrebbe dovuto essere correttamente veicolato nelle forme del vizio motivazionale, ovviamente laddove i giudici territoriali non avessero provveduto ad argomentare esaurientemente tali scelte.

Un'ultima osservazione può essere svolta con riguardo alla sovrapposizione terminologica che il provvedimento, a più riprese, effettua tra fatto notorio e massime di esperienza, nozioni utilizzate quali termini del tutto fungibili. La confusione pare originata dallo stesso tenore dell'art. 115, secondo comma, c.p.c., che fa testuale riferimento non al fatto notorio bensì alle «nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza». Tali due concetti, invero, non paiono perfettamente sovrapponibili, essendo il secondo di essi (le «nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza») idoneo a ricomprendere, oltre ai fatti notori *stricto sensu* intesi, anche le leggi logiche, scientifiche e naturali universalmente riconosciute, capaci in quanto tali di guidare il processo inferenziale su cui si fonda il ragionamento del giudice, ossia, appunto, le massime di esperienza. Dovrebbe allora risultare più chiara la differenza intercorrente tra le due categorie: le massime di esperienza attengono alla formazione del ragionamento giudiziale – ad esempio, quali regole idonee a fondare il libero convincimento del giudice nella valutazione delle prove a norma dell'art. 116 c.p.c. -, e, come tali, appartengono antropologicamente alle capacità cognitive e intellettuali del giudicante; mentre i fatti notori – cui sono da ricondurre quelli rilevanti nel caso di specie -, ineriscono, all'opposto, all'estensione dei *facta probanda*.

Esecuzione forzata

Chi riscuote il canone di locazione dopo il pignoramento dell'immobile?

di **Fabio del Torchio**

Cassazione civile, Sez. VI, 28 marzo 2018, n. 7748, Pres. Cristiano, Rel. Falabella

Esecuzioni immobiliari, Locazione, Frutti civili (Cod. civ. artt. 820 e 2912 e Cod. proc. civ. artt. 509,521,553 e 559)

Dopo il pignoramento di un immobile che era stato già dato in locazione, il locatore-proprietario perde la legittimazione sostanziale sia a richiedere al conduttore il pagamento dei canoni, sia ad accettarli, spettando tale legittimazione in via esclusiva al custode, fino al decreto di trasferimento del bene.

CASO

La società Alfa proponeva opposizione avverso il Decreto del 17 febbraio 2016 con cui il giudice delegato del Fallimento di Beta s.r.l. dichiarava esecutivo lo stato passivo senza ammettere il credito da essa vantato in via privilegiata per € 1.616.183,75, credito relativo ai canoni di locazione maturati nel periodo 2001 – 2009 con riguardo al villaggio turistico denominato Gamma.

La curatela, nel costituirsi, contestava la fondatezza del ricorso in opposizione allo stato passivo, assumendo che l'importo corrispondente ai suddetti canoni era stato già versato alla custodia giudiziaria degli immobili di proprietà della società Alfa, immobili sottoposti ad esecuzione forzata per un credito vantato da un Istituto di credito nei confronti di Tizio e garantito dalla predetta società Alfa quale terzo datore di ipoteca.

Il Tribunale di Catanzaro rigettava l'opposizione.

Contro tale pronuncia ricorreva in Cassazione la società Alfa con ricorso fondato su due motivi.

Con primo motivo la società Alfa denunciava violazione e falsa applicazione degli artt. 1571 e 1587 c.c. e 1175 c.c., rilevando che il conduttore ha l'obbligo di pagare il corrispettivo locatizio e, nel corso del rapporto, deve comportarsi secondo le regole di correttezza.

Con il secondo motivo la società ricorrente lamentava l'omesso esame di un fatto decisivo della controversia, cioè il mancato soddisfacimento del diritto della società locatrice alla

riscossione dei canoni di locazione.

SOLUZIONE

La Corte di cassazione rigetta il ricorso della Società Alfa, ritenendo entrambi i motivi infondati.

Secondo il Supremo Consesso, il giudice di prime cure ha fatto corretta applicazione del principio per cui, dopo il pignoramento di un immobile concesso in locazione, il locatore, proprietario del bene pignorato, perde la legittimazione sostanziale sia a richiedere al conduttore il pagamento dei canoni di locazione sia ad accettarli, spettando tale legittimazione in via esclusiva al custode, fino al decreto di trasferimento del bene.

QUESTIONI

La sentenza in commento presenta profili di interesse relativamente al problema giuridico di fondo, che concerne la legittimazione a riscuotere i canoni di locazione del bene immobile dopo il pignoramento.

Il Legislatore, infatti, ha previsto che "*il pignoramento comprende gli accessori, le pertinenze e i frutti della cosa pignorata*" (art. 2912 c.c.) e l'art. 820 c.c. qualifica espressamente come frutti civili "*il corrispettivo delle locazioni*".

Con il pignoramento il debitore che occupa l'immobile è costituito custode dei beni pignorati e di tutti gli accessori, compresi i frutti, salvo istanza del creditore procedente o del creditore intervenuto per la nomina di un terzo.

La seconda parte dell'art. 559, c. 2, c.p.c., prevede espressamente che, quando l'immobile pignorato non è occupato dal debitore, il giudice dell'esecuzione nomina un custode cui attribuire la gestione del bene e dei suoi frutti.

L'interpretazione della norma porta a ritenere che sia sufficiente che il giudice dell'esecuzione acquisisca la notizia, in qualsiasi modo, che l'immobile non è occupato dal debitore, per pronunciare il provvedimento di nomina di un custode diverso dal debitore o dal terzo datore di ipoteca destinatari del pignoramento.

Il rigore della norma conferma la necessità di sottrarre prontamente il bene, la riscossione e la gestione dei frutti alla disponibilità del debitore per tutelare le ragioni del creditore pignorante e dei creditori partecipanti alla procedura esecutiva, in attuazione dell'ampiezza oggettiva del vincolo pignoratizio che, come veduto, ai sensi dell'art. 2912 c.c., include i frutti della cosa pignorata.

Il Legislatore ha così ritenuto di privilegiare l'interesse del creditore procedente e dei creditori intervenuti nella procedura esecutiva immobiliare rispetto al diritto di credito del locatore

esecutato.

La circostanza trova conferma anche nell'art. 41, comma 3, del d.lgs. n. 385 del 1993 T.U.B. che prevede che, in caso di azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari, "*il custode dei beni pignorati, … versa alla banca le rendite degli immobili ipotecati a suo favore, dedotte le spese di amministrazione e i tributi, sino al soddisfacimento del credito vantato*".

Anche qualora la custodia immobiliare venisse assegnata al locatore/proprietario esecutato, muterebbe "*il titolo del possesso da parte sua, in quanto ogni sua attività costituisce conseguenza del potere di amministrazione e gestione del bene pignorato, di cui egli continua ad avere il possesso come organo ausiliario del giudice dell'esecuzione*" (Cass. 21 giugno 2011, n. 13587).

In una fattispecie nella quale il locatore, dopo il pignoramento, aveva promosso azione per il pagamento dei canoni, la Suprema Corte, per economia dei giudizi e in forza del principio di conservazione degli atti processuali, ha consentito al locatore in sede di appello, di modificare la veste assunta, dichiarando di aver agito in qualità di custode del bene pignorato (Cass. 3 ottobre 2005, n. 19323).

Con la sentenza in esame, pertanto, la Suprema Corte, confermando un costante orientamento (Cass. 3 ottobre 2005, n. 19323; Cass. 21 giugno 2011, n. 13587, Cass. 29 aprile 2015, n. 8695 e Cass. 27 giugno 2016, n. 13216), ribadisce che, dopo il pignoramento di un immobile già concesso in locazione, il locatore esecutato perde la legittimazione sostanziale sia a richiedere al conduttore il pagamento dei canoni sia ad accettarli, spettando tale legittimazione in via esclusiva al custode, fino al decreto di trasferimento del bene per effetto del quale la proprietà di esso e dei frutti passa al patrimonio dell'aggiudicatario.

Obbligazioni e contratti

I limiti del ricorso al criterio letterale come regola ermeneutica primaria nell'interpretazione del contratto

di **Martina Mazzei**

Cass. civ., sez. III, Ord., 8 giugno 2018, n. 14882 – Pres. Vivaldi – Rel. Scarano.

[1] [2] **Contratto – Interpretazione del contratto – Senso letterale delle parole – Interpretazione complessiva – Interpretazione secondo buona fede – Interpretazione funzionale**

(Cod. civ., artt. 1362; 1363; 1370; 1366; C.p.c. art. 366)

[1] *Nell'interpretazione dei contratti, l'elemento letterale, il quale assume funzione fondamentale nella ricerca della reale o effettiva volontà delle parti, deve essere verificato alla luce dell'intero contesto contrattuale, coordinando tra loro le singole clausole come previsto dall'art. 1363 c.c., giacché per senso letterale delle parole va intesa tutta la formulazione letterale della dichiarazione negoziale, in ogni sua parte ed in ogni parola che la compone, e non già una parte soltanto, quale una singola clausola di un contratto composto di più clausole, dovendo il giudice collegare e raffrontare tra loro frasi e parole al fine di chiarirne il significato.*

[2] *Pur assumendo l'elemento letterale funzione fondamentale nella ricerca della reale o effettiva volontà delle parti, il giudice deve invero a tal fine necessariamente riguardarlo alla stregua degli ulteriori criteri di interpretazione, e in particolare di quelli dell'interpretazione funzionale ex art. 1369 c.c. e dell'interpretazione secondo buona fede o correttezza ex art. 1366 c.c., avendo riguardo allo scopo pratico perseguito dalle parti con la stipulazione del contratto e quindi alla relativa causa concreta.*

CASO

[1] [2] La Corte d'appello di Milano, con sentenza del 2014, respingeva il gravame interposto dalla Società X avverso la pronuncia del giudice di prime cure che aveva rigettato la domanda, proposta nei confronti della Società Y, di accertamento dell'inadempimento del contratto di factoring e di risarcimento dei lamentati danni. Avverso la suindicata pronuncia la Società X proponeva ricorso per Cassazione affidandosi a due motivi: violazione e falsa applicazione degli artt. 1362, 1363 e 1370 c.c., in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. e violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2697 c.c., in riferimento all'art. 360 c.p.c., n. 3.

SOLUZIONE

[1] [2] La terza sezione, esaminando congiuntamente i due motivi in quanto connessi, li ha dichiarati inammissibili. In primo luogo, infatti, l'inammissibilità deriva dalla loro formulazione in violazione dell'art 366 c.p.c. a norma del quale i requisiti di formazione del ricorso per cassazione vanno indefettibilmente rispettati a pena di inammissibilità del medesimo.

In secondo luogo, dopo una disamina sui criteri di interpretazione del contratto e dopo aver considerato che l'accertamento in fatto e le relative valutazioni operate dalla Corte di merito non erano idoneamente censurate, ritenendo che il giudice di merito avesse fatto piena e corretta applicazione dei suindicati criteri di ermeneutica, rigettava il ricorso ritenendolo inammissibile.

QUESTIONI

[1] [2] Nella pronuncia in commento la Cassazione evidenzia, come si desume dalle massime sopra riportate, i limiti del ricorso al criterio letterale quale criterio primario nell'interpretazione del contratto postulando, quindi, come necessario, per la ricerca dell'effettiva volontà delle parti, il ricorso all'interpretazione complessiva ex art. 1363 c.c. e prospettando, al contempo, l'utilizzo degli ulteriori criteri di interpretazione funzionale ex art. 1369 c.c. e di interpretazione secondo buona fede ex art. 1366.

Anzitutto giova ricordare che l'interpretazione del contratto mira a chiarire il contenuto di un atto di autonomia privata ove la volontà che si vuole accertare è propria delle parti che l'hanno esteriorizzata nelle loro dichiarazioni.

L'interpretazione è rivolta ad indagare sul significato obiettivo dell'accordo e, proprio per tale ragione, si risolve in una indagine di fatto (*quaestio facti*) riservata al giudice di merito e censurabile in sede di legittimità, come ribadisce la Corte nella sentenza in esame, solo per violazione dei canoni legali di ermeneutica contrattuale o per vizio di motivazione (Cass., 22 ottobre 2014, n. 22343; Cass., 21 aprile 2005, n. 8296. In dottrina GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti,* Padova, 1938, 103 e ID, *L'interpretazione dei negozi giuridici inter vivos (diritto. Civ.)* in *Noviss. Dig. It.,* vol. VIII, 1965, 904).

Il sindacato di legittimità, infatti, non può avere ad oggetto la ricostruzione della volontà delle parti bensì soltanto l'individuazione dei criteri ermeneutici del processo logico del quale il giudice di merito si sia avvalso per assolvere i compiti a lui riservati al fine di verificare se sia incorso in vizi del ragionamento o in errore di diritto. (Cass., 29 luglio 2004, n. 14495).

Secondo la c.d. teoria oggettiva dell'affidamento l'interpretazione del contratto deve tendere a ricostruire la comune intenzione delle parti così come riconoscibile dalle dichiarazioni e dalla condotta complessiva delle stesse. (in dottrina GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 1076; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1976, 227; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2001, 197).

Ai fini della ricerca della comune intenzione dei contraenti, secondo un orientamento oramai

consolidato, il primo e principale strumento è rappresentato dal senso letterale delle parole e delle espressioni utilizzate (cfr. da ultimo, Cass., 19 marzo 2018, n. 6675).

Si è precisato, a tal proposito, che sebbene il punto di partenza sia proprio il testo della dichiarazione negoziale, non ci si deve fermare al senso letterale delle parole poiché il rilievo da assegnare alla formulazione va verificato alla luce dell'intero contesto contrattuale.

Le singole clausole, infatti, devono essere interpretate le une per mezzo delle altre (c.d. interpretazione complessiva). Il giudice deve, quindi, collegare e raffrontare tra loro frasi e parole al fine di chiarirne il significato procedendo al relativo coordinamento ai sensi dell'art. 1363 c.c. in quanto per senso letterale delle parole va intesa tutta la formulazione letterale della dichiarazione negoziale, in ogni sua parte ed in ogni parola che la compone, e non già in una parte soltanto (v. Cass. 22 ottobre 2014 n. 22343; Cass., 28 agosto 2007, n. 828; Cass., 22 dicembre 2005, n. 28479; 16 giugno 2003, n. 9626).

La norma dell'art 1363 c.c. stabilisce, infatti, il criterio dell'interpretazione complessiva ossia dell'interdipendenza tra le clausole del contratto: ciascuna clausola è al contempo oggetto e mezzo di interpretazione.

Va d'altro canto sottolineato che, sebbene l'elemento letterale assuma funzione fondamentale nella ricerca della reale o effettiva volontà delle parti, il giudice deve necessariamente riguardarlo alla stregua degli ulteriori criteri di interpretazione (quali criteri primari quelli d'interpretazione soggettiva e, in via sussidiaria, quelli di interpretazione oggettiva v. Cass., 23 ottobre 2014, n. 22513; Cass., 27 giugno 2011, n. 14079; Cass., 19 maggio 2011, n. 10998. In dottrina GRASSETTI fu il primo a teorizzare l'esistenza di una gerarchia tra i criteri dato che la priorità dell'interpretazione soggettiva risponde riflette il ruolo primario della volontà delle parti nella costruzione del regolamento contrattuale) e, in particolare, di quelli dell'interpretazione funzionale ex art. 1369 c.c. e dell'interpretazione secondo buona fede o correttezza ex art. 1366 c.c., avendo riguardo allo scopo pratico perseguito dalle parti con la stipulazione del contratto e quindi alla relativa causa concreta (cfr. Cass., 23 maggio 2011, n. 11295).

Il primo di tali criteri (art. 1369 c.c.) consente di accertare il significato dell'accordo in coerenza con la relativa ragione pratica o causa concreta. Si tratta, in particolare, della c.d. interpretazione funzionale la quale mira a cogliere il significato delle clausole ambigue in quello più rispondente alla causa del contratto posto in essere.

Il secondo di tali criteri (art. 1366 c.c.) prevede, invece, l'obbligo di buona fede oggettiva quale criterio d'interpretazione del contratto. In particolare, tale criterio si specifica nell'onesta e nella lealtà, volte a tutelare il ragionevole affidamento che ciascuna parte ripone sul significato dell'accordo.

La lealtà si sostanzia nel non suscitare falsi affidamenti e non speculare su di essi come pure nel non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nella controparte (v. Cass., 6

maggio 2015, n. 9006; Cass., 25 maggio 2007, n. 12235; Cass., 20 maggio 2004, n. 9628). A tale stregua, pertanto, il criterio dell'interpretazione secondo buona fede non consente di dare ingresso ad interpretazioni cavillose delle espressioni letterali contenute nelle clausole contrattuali non rispondenti alle intese raggiunte (v. Cass., 23 maggio 2011, n. 11295) e deponenti per un significato in contrasto con la ragione pratica o con la causa concreta dell'accordo negoziale.

In definitiva assume fondamentale rilievo che il contratto venga interpretato avuto riguardo alla sua *ratio*, alla sua ragione pratica, in coerenza con gli interessi che le parti hanno specificamente inteso tutelare mediante la stipulazione contrattuale (v. Cass., 22 novembre 2016, n. 23701), con convenzionale determinazione della regola volta a disciplinare il rapporto contrattuale (art. 1372 c.c.). (cfr., da ultimo, Cass., 19 marzo 2018, n. 6675).

In ultima battuta la Suprema Corte sottolinea, quale principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità, che l'interpretazione data dal giudice al contratto o all'atto unilaterale non deve essere l'unica interpretazione possibile o la migliore in astratto ma solo una delle possibili e plausibili interpretazioni, sicchè quando sono possibili due o più interpretazioni (plausibili) non è consentito alla parte che aveva proposto l'interpretazione poi disattesa dal giudice di merito dolersi in sede di legittimità del fatto che sia stata privilegiata l'altra (cfr., Cass., 27 luglio 2015, n. 15781; Cass., 2 maggio 2006, n. 10131; Cass., 25 ottobre 2006, n. 22899).

Proprietà e diritti reali

Non è consentito ad uno dei due proprietari occupare gli spazi vuoti limitando o restringendo la proprietà dell'altro

di **Saverio Luppino**

Cass. Civ., Sez II – ord. su ricorso 27848/2013- depositata l' 11 giugno 2018- Pres. Matera- Rel. Giannaccari

Domanda di reintegrazione e manutenzione del possesso – Parti comuni dell'edificio – Possesso – Manutenzione e ricostruzione dei soffitti (cod. civ. artt. 1102, 1117, 1125, 1140, riforma condominio n.220/2012)

"*In materia condominiale***,** *è pacifico che il solaio esistente, che separa il piano sottostante da quello sovrastante di un edificio appartenente a proprietari diversi, deve ritenersi, salvo prova contraria, di proprietà comune dei due piani perché ha la funzione di sostegno del piano superiore e di copertura del piano inferiore. Esso infatti costituisce l'inscindibile struttura divisoria tra le due proprietà, con utilità ed uso uguale per entrambe e correlativa inutilità per altri condomini*".

CASO

In un condominio, il proprietario dell'appartamento sottostante, durante la rimozione della controsoffittatura, si accorge che il proprietario dell'appartamento sovrastante aveva installato **tubi e condutture nello spazio vuoto tra solaio e controsoffitto.**

Quanto occorso può accadere non di rado, ove si pensi alle differenti esigenze di ricavare spazi ed eliminare problemi di distanze e/o come nel caso di specie di "comunione" tra proprietà confinanti.

Il condomino "leso" invocava **tutela possessoria**, in quanto dalla rimozione della controsoffittatura, si era accorto dell'invasione della sua proprietà con tubi e cavi del pavimento soprastante; tuttavia entrambi i giudizi di merito rigettavano la domanda di reintegra, sia facendo erronea applicazione dei limiti alla proprietà individuale (la corte territoriale asseriva che: il soffitto dell'appartamento sottostante è rappresentato dal controsoffitto…) che degli elementi costitutivi del possesso, assumendo che la reintegra sia violata quando vi siano in capo a colui che invoca tutela sia l'animus che il corpo e che difettando uno dei due elementi la violazione del possesso non potrebbe ricevere tutela.

Il condomino proponeva ricorso per cassazione, invocando la tutela delle norme 1102, 117,1125 c.c. e dell'art. 1140 c.c.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione, riformava e cassava la sentenza della corte d'appello, accogliendo il ricorso in quanto: "*La presunzione di condominialità riguarda il solaio in se stesso considerato* ***e non anche lo spazio pieno o vuoto che esso occupa,*** *con la conseguenza che non è consentito al proprietario di uno degli appartamenti limitare o restringere la proprietà esclusiva dell'altro appartamento occupando gli spazi vuoti*".[1]

QUESTIONI

Nel provvedimento giurisdizionale in esame, emerge l'analisi di una parte strutturale condominiale, ***lo spazio interpiano*** e di come tale spazio, non possa essere considerato condominiale, ma in ***proprietà esclusiva*** dei soggetti coinvolti: proprietario dell'appartamento sottostante e sovrastante, con ogni conseguente ricaduta in ordine all'esercizio e tutela del possesso.

La Corte chiarisce la netta distinzione tra il solaio, la sua struttura e lo spazio vuoto o interpiano, ribadendo come la presunzione iuris tantum di proprietà comune di solai divisori tra un piano e l'altro, riguarda tutte le strutture che hanno funzione di sostegno e copertura, non potendo estendersi allo spazio pieno o che esso occupa, che rimane in proprietà esclusiva.[2]

Da tale assunto, la Corte ribadisce che: "*va pertanto escluso che tra il soffitto del piano inferiore e il pavimento del piano superiore possano esistere altre opere le quali non facciano parte del solaio e delle quali bisogna accertare di volta in volta la destinazione al fine di verificare a chi appartengono*"**[3]**.

Facendo applicazione dei ridetti principi e censurando il ragionamento del giudice d'appello, la Corte specifica che l'art. 1125 c.c. disciplina il regime delle spese per la manutenzione dei soffitti prevedendone la suddivisione in parti uguali dei proprietari dei due piani, a carico del piano superiore la copertura del pavimento ed a carico del piano inferiore l'intonaco, la tinta e la decorazione del soffitto.

Di interesse anche l'analisi dell'art. 1140 c.c., con cui la Corte in accoglimento delle tesi del ricorrente si sforza di giustificare la sussistenza di un possesso, quantomeno animus e senza corpo, di quest'ultimo, ricordando come per: "*la conservazione del possesso, non occorre la materiale continuità dell'uso né l'esplicazione di continui e concreti atti di godimento, essendo sufficiente che la cosa possa ritenersi rimasta nella virtuale disponibilità del possessore*".

Il richiamo della Corte al "possesso virtuale", solo animus, consente di conferire sostanziale tutela a tutte quelle situazioni di violazione che possono scontrarsi nelle specifiche realtà dei condomini, laddove quindi il possesso possa essere mantenuto anche solo animo, purchè il soggetto, come nella fattispecie in esame, abbia sempre la possibilità di ripristinare il corpus in ogni momento.

Si rimarca quindi il concetto che il possesso si configura in una *res facti*, questione di fatto, la quale si oggettiviza nella disponibilità materiale del bene.

L'ausilio dell'interpretazione chiarificatrice della giurisprudenza in tutte le questioni che attengono la materia condominiale, aiuta a fornire definitiva chiarezza alle questioni dubbie ed irrisolte, che altrimenti lascerebbero l'interprete in balia di analisi giuridiche foriere di gravi equivoci ed errori.

[1] Cass. 23.03.1991 n. 3178, Cass. 23.3.1995 n. 2286

[2] Cass. civile, sez. II 07.06.1978 n. 11119

[3] Cass. Civ. 21.10.1976 n.3715

Comunione – Condominio - Locazione

La legittimazione ad amministrare delle società cooperative e l'obbligo di formazione per svolgere l'incarico di amministratore di condominio (art. 71 bis disp. att. c.c.)

di **Saverio Luppino**

Tribunale Ordinario di Bologna – Sezione Specializzata in materia di impresa – Decreto di rigetto n.12/2018

Società cooperativa a prevalente scopo mutualistico – amministratore di condominio – art. 71 bis disp. att. c.c. – art. 2049 c.c. – art. 2545 quinquiesdecies c.c

"*Non è in discussione la possibilità che una società anche cooperativa possa svolgere* ***l'incarico di amministratore condominiale****…Il fine mutualistico è pienamente compatibile con la prestazione di servizi a terzi, concretandosi detto fine nella creazione di occasioni di lavoro per i soci stessi*".

" *La mancanza dei requisiti di formazione ex articolo 71 bis disp. att. cc non pare integrare un'ipotesi di* ***grave irregolarità nella gestione****, idonea a giustificare l'intervento dell'autorità giudiziaria ex articolo 2409 c.c., tenuto conto che da un lato, che i requisiti prescritti venivano comunque garantiti in capo ai soci che di fatto svolgevano l'attività di amministratore di condominio* ***(la cui mancanza può determinare la cessazione dell'incarico),*** *dall'altro che, alla luce delle deduzioni dei resistenti, l'organizzazione della società prevedeva che i soci entranti venissero man mano preparati professionalmente con la partecipazione ad attività di formazione finanziate dalla cooperativa per l'acquisizione del relativo titolo professionale*".

1. **I requisiti per l'incarico di amministratore di condominio.**

La decisione che si commenta e della quale si è necessariamente riportato parte del passaggio motivazionale, al di là degli aspetti più propriamente procedurali legati a questioni pregiudiziali di rito, sull'applicazione della clausola compromissoria prevista per i contrasti tra soci e sulla conseguente devoluzione al collegio arbitrale – risolta dal Tribunale con il rigetto dell'eccezione di incompetenza, in quanto il procedimento ex art. 2409 c.c. è stato ritenuto **in senso lato cautelare,** interessa maggiormente, in quanto per la prima volta si occupa di chiarire due questioni che attagliano la materia condominiale a seguito della riforma operata dalla L.220/17.

Il Tribunale felsineo, nella sua composizione collegiale di Sezione Specializzata in materia di Impresa, riconosce:

1. "il fine mutualistico è pienamente compatibile con la prestazione di servizi a terzi, concretandosi detto fine nella creazione di occasioni di lavoro per i soci stessi, riconoscendo *alle società cooperative piena possibilità di operare nei servizi di amministrazione condominiale*".
2. La mancanza dei requisiti di formazione periodica in materia di amministrazione condominiale *"può determinare la cessazione dell'incarico"*.

E' noto che l'art. 71 bis disp. att. c.c. riguardante i "requisiti per l'incarico di amministratore di condominio", è stato oggetto di un vivace dibattito dottrinario, scomparendo nel testo poi convertito in legge e velocemente approvato a fine legislatura, la previsione del Registro pubblico degli amministratori di condominio tenuto presso le Camere di Commercio e concentrandosi la maggiore attenzione sulla figura dell'amministratore, che sino alla conversione in legge aveva accompagnato la nuova disciplina in esame.[1]

La concreta testimonianza offerta dall'integrale rivisitazione degli articoli 1129 (nomina,,revoca ed obblighi dell'amministratore) e 1130 c.c. (attribuzioni dell'amministratore) rappresentano chiaramente con luci ed ombre la figura che la riforma ha inteso maggiormente regimentare con la sottesa ratio legis di assicurare maggiore protezione agli interessi della collettività ed in parallelo con quanto accadeva per la disciplina bancaria ed assicurativa a seguito degli "scandali finanziari" sui risparmiatori ignari.

Da qui l'integrale introduzione nella legge di riforma di condominio, dell'art. 71 bis disp att cc , in cui sono fissati i requisiti di **onorabilità e qualificazione professionale** della persona, fisica o giuridica, che possa svolgere **l'incarico** di amministratore di condominio.

Con l'esplicita previsione che possono svolgere l'incarico di amministratore di condominio anche *società di cui al titolo v del libro v del codice*. In tal caso, i requisiti devono essere posseduti dai soci illimitatamente responsabili, dagli amministratori e dai dipendenti incaricati di svolgere le funzioni di amministrazione dei condominii a favore dei quali la società presta i servizi.

Del resto le obiezioni sulla possibilità di svolgimento dell'incarico di amministratore di condominio da persone giuridiche, si erano già infrante per effetto della prevalente giurisprudenza ante riforma[2]; cosicchè l'esplicito riconoscimento normativo ha solo messo nero su bianco il risultato al quale si era già pervenuti, con le opportune precisazioni sul possesso dei requisiti in capo ai soggetti che di fatto svolgano l'incarico.

In effetti, proprio di questo si è occupato la sentenza in esame, la quale ha riconosciuto l'importanza della formazione professionale e la necessità che essa venga condotta dai soci.

2. **La natura di ordine pubblico dell'articolo 71 bis disp. att. cc. e la sua conseguente inderogabilità.**

Altrettanto di interesse pare essere anche l'ulteriore dictum al quale la sentenza perviene e

che, senza l'integrale lettura del provvedimento nella sua complessità, potrebbe ingannare il lettore disattento.

Da un lato il Collegio afferma che la violazione dell'art. 71 bis disp att. c c "non pare possa integrare un'ipotesi di grave irregolarità nella gestione", in quanto i requisiti prescritti "*venivano comunque garantiti in capo ai soci che di fatto svolgevano l'attività di amministratore di condominio…, dall'altro che, alla luce delle deduzioni dei resistenti, l'organizzazione della società prevedeva che i soci entranti venissero man mano preparati professionalmente con la partecipazione ad attività di formazione finanziate dalla cooperativa per l'acquisizione del relativo titolo professionale*".

Dall'altra parte la Corte rilevando l'intrinseca natura di **ordine pubblico della norma**, la quale incide su interessi generali della collettività e quindi presenta carattere imperativo[3], rimarca **come la mancanza degli obblighi di formazione determina la cessazione dell'incarico**.

Sulla scorta della più accreditata elaborazione giurisprudenziale di legittimità in materia, deve rilevarsi che l'**ordine pubblico** è costituito dai "principi fondamentali e caratterizzanti l'atteggiamento etico – giuridico dell'ordinamento in un determinato periodo storico" (Cass. n. 17349/2002).

L'**ordine pubblico** risulta "formato da quell'insieme di principi, desumibili dalla Carta Costituzionale o, comunque, pur non trovando in essa collocazione, fondanti l'intero assetto ordinamentale siccome immanenti ai più importanti istituti giuridici quali risultano dal complesso delle **norme** inderogabili provviste del carattere di fondamentalità che le distingue dal più ampio genere delle **norme** imperative, tali da caratterizzare l'atteggiamento dell'ordinamento stesso in un determinato momento storico e da formare il cardine della struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale conferendole una ben individuata ed inconfondibile fisionomia (Cass. 13 dicembre 1999, n. 13928; Cass. 6 dicembre 2002, n. 17349; Cass. 26 novembre 2004, n. 22332; Cass. 7 dicembre 2005, n. 26976; Cass. 23 febbraio 2006, n. 4040), i quali devono essere rispettati "sempre" (Cass. n. 27592/2006).

Si distingue tra ordine pubblico interno ed ordine pubblico internazionale, individuando le caratteristiche del primo quale strumento – limite dell'autonomia dei privati, consistente in determinati principi fondamentali etico – sociali, di cui la comunità avverte l'esigenza in un dato periodo storico ed assunti dal legislatore per informare i singoli istituti giuridici e che il legislatore ha reso inderogabili ai privati a tutela degli interessi della collettività.

Ora trattandosi di violazione di particolare gravità, l'assenza della formazione, investirà la delibera di nomina nella sua totalità rendendo nulla la stessa ed il conseguente mandato assunto dal soggetto incaricato privo dei requisiti di legge indicati.

Ricapitolando, pur non potendo annoverarsi la mancanza dei requisiti in ipotesi di irregolarità gestionale quantomeno ai sensi dell'articolo 2049 c.c. e giustificare la reazione dell'autorità giudiziaria, quantomeno nelle società, che svolgono il ridetto ruolo di amministrazione di

condomini e soltanto allorquando tale obbligo di formazione viene assolto dagli altri soci, la Corte ribadisce come l'assoluta assenza della formazione comporta la cessazione dell'incarico.

D'altro canto, tale sembra proprio essere anche l'intento della riforma, la quale nel suo complesso ed a garanzia della collettività richiede maggiori requisiti di professionalità che solo la formazione può assicurare, così come già li assicura nell'aggiornamento e formazione anche delle professioni ordinistiche.

Non a caso sempre l'articolo 71 bis disp att cc, con riguardo all'attenzione del legislatore alla **formazione professionale iniziale e periodica** comprende tra i requisiti previsti per l'incarico di amministratore la lettera g), l'obbligo di frequenza di **un corso di formazione iniziale e attività di formazione periodica in materia di amministrazione condominiale.**

Così come, all'ultimo comma del medesimo articolo, salvaguardando le professionalità già esistenti e senza recare particolare pregiudizio a coloro i quali avessero maturato, come si suol dire "sul campo" i propri meriti, ha previsto: "A quanti hanno svolto attività di amministrazione di condominio per almeno un anno, nell'arco dei tre anni precedenti alla data di entrata in vigore della presente disposizione, è consentito lo svolgimento dell'attività di amministratore anche in mancanza dei requisiti di cui alle lettere f) e g) del primo comma"; pur tuttavia anche nella ridetta norma di chiusura e salvezza del sistema ed a salvaguardia dell'interesse della collettività ha previsto espressamente: "Resta salvo l'obbligo di formazione periodica".

Volendo operare un corretto distinguo nell'esegesi interpretativa di tale comma, si sarebbero venuti a creare due distinte categorie di soggetti che possono svolgere l'incarico di amministratore di condominio, i primi – "I veterani" per fama o *tractatus*, come individuerebbero i padri latini, esonerati dal corso di formazione iniziale, in ragione dell'esperienza; i secondi – i "nuovi amministratori" – soggetti alla lettera della legge g), quindi al corso di formazione iniziale.

Tuttavia per entrambe le figure e quindi tanto per i "veterani" quanto per i nuovi", l'obbligo periodico di formazione, rimane obbligatorio ed indefettibile.

[1] Lavori parlamentari: arenata la riforma sulle professioni non regolamentate con obbligo per amministratori di iscrizione ad associazione e certificazione UNI

[2] Cass. Civ., sez. 2^ 24.10.2006 n.22840; Cass. Civ. sez. 2^ 23.01.2007 n.1406

[3] A. Scarpa, Guida al diritto, 12.1.2013 n.2, pag. 103.

Seminari di specializzazione
ESPROPRIAZIONE PRESSO TERZI
Scopri le sedi in programmazione >

Diritto successorio e donazioni

Assicurazione sulla vita a favore degli eredi legittimi e successiva istituzione di un terzo quale erede nel testamento: quid iuris?

di **Corrado De Rosa**

Cass. civ. ,Sez. VI – 3, Ord., (ud. 27/06/2018) 15 ottobre 2018, n. 25635 – Pres. AMENDOLA – Rel. POSITANO

Assicurazione – Assicurazione sulla vita – Testamento – Revoca del beneficiario

(artt. 587, 1411, 1920, 1921 c.c.)

La nomina nel testamento di un terzo quale erede universale, di per sé sola, non prevale sulla designazione degli eredi legittimi quali beneficiari di una polizza assicurativa sulla vita effettuata dal de cuius nel contratto di assicurazione. Al contrario, nel testamento è possibile che il testatore revochi espressamente la designazione dei beneficiari della polizza e nomini un nuovo beneficiario di quel contratto assicurativo: in tal caso il diritto alla riscossione del premio spetta al beneficiario nominato nel testamento.

CASO

L'attore aveva evocato in giudizio, davanti al Tribunale di Bolzano, la compagnia assicurativa presso la quale il de cuius aveva stipulato un'assicurazione sulla vita, chiedendo al giudice di dichiarare il proprio diritto, quale erede universale, alle prestazioni derivanti dalla polizza assicurativa stessa.

Si deve precisare che il de cuius aveva stipulato con la stessa compagnia assicurativa un contratto di assicurazione sulla vita nel quale venivano indicati quali beneficiari gli "eredi legittimi"; dopo il decesso, si apprendeva della stesura di un testamento olografo, nel quale l'attore veniva designato erede universale dell'assicurato, senza alcun riferimento all'esistenza dell'assicurazione sulla vita sottoscritta dalla de cuius.

Il Tribunale di Bolzano accoglieva le domande dell'attore condannando la compagnia al pagamento della somma: il giudice riteneva che l'attore, quale erede universale dell'assicurato, integrasse la qualità di un unico "erede legittimo" indicato nella polizza quale beneficiario.

La Compagnia impugnava la decisione del Tribunale rilevando che il diritto del beneficiario aveva natura contrattuale e non successoria e che l'istituzione dell'erede testamentario non

attribuiva alla stesso il diritto alla corresponsione della somma, in quanto tale importo non rientrava nell'asse ereditario. La Corte d'Appello di Trento, Sezione Distaccata di Bolzano, rigettava l'appello proposto dalla compagnia assicurativa; avverso tale decisione la Compagnia ha proposto ricorso per Cassazione.

SOLUZIONE

La Suprema Corte con l'ordinanza in esame, correttamente smentisce le pronunce di merito.

Affermano i giudici che nel contratto di assicurazione per il caso di morte, il beneficiario designato acquista, ai sensi dell'art. 1920 c.c., comma 3, c.c., un diritto proprio che trova la sua fonte nel contratto e che non entra a far parte del patrimonio ereditario del soggetto stipulante. Tale diritto non può, quindi, essere oggetto delle (eventuali) disposizioni testamentarie né di devoluzione agli eredi secondo le regole della successione legittima.

Ulteriormente, la designazione dei beneficiari della polizza mediante il riferimento alla categoria degli eredi legittimi o testamentari non vale ad assoggettare il rapporto alle regole della successione ereditaria (*conforme Cass. Sez. 2 n. 26606 del 21/12/2016*). Si tratta, piuttosto, di un criterio di determinazione per relationem dei beneficiari ("chi alla mia morte sarà designato dalla legge quale mio erede").

Ricorda la Corte che, dopo la designazione del beneficiari, residua in capo all'assicurato un unico potere: quello di revocare la designazione del beneficiario (dall'art. 1921 c.c.).

Nella specie non si rinviene nel testamento alcuna revoca espressa.

Il tema principale è decidere se la nomina di un terzo quale erede testamentario comporti la revoca implicita della designazione dei beneficiari della polizza. La Corte esclude perentoriamente tale ipotesi di revoca implicita, richiamando un suo precedente: "*Deve negarsi che, in difetto di alcun riferimento alla designazione formulata nel contratto, tale disposizione testamentaria possa di per se sola integrare univoca manifestazione di volontà di revoca, anche tacita, della (ovvero che sia incompatibile con la) designazione avvenuta nel contratto di assicurazione*" (*Cass. Sez. 2 n. 26606 del 21/12/2016*).

In altri termini, la Corte stabilisce, in linea con i suoi precedenti, che è certamente possibile in un testamento una revoca della designazione del beneficiario della polizza, e la nomina di un nuovo beneficiario. Afferma anche, però, che la semplice istituzione di un erede universale in un testamento successivo alla stipula del contratto assicurativo non può e non deve essere inteso come una revoca tacita, ben potendo il testatore desiderare di beneficiare con la polizza gli eredi legittimi (iure proprio) e con il testamento l'erede testamentario designato.

QUESTIONI

Il caso in esame affronta l'interessante materia dell'assicurazione sulla vita a favore di terzi,

con particolare riguardo al profilo di disciplina della revoca (espressa o tacita) della designazione del beneficiario.

L'assicurazione sulla vita a favore del terzo si inquadra nello schema del contratto a favore del terzo, di cui agli artt. 1411 ss. c.c.: consegue che, per effetto della designazione contrattuale, il beneficiario acquista il diritto all'indennità assicurativa *ipso iure*, senza bisogno di accettazione. Si tratta di un acquisto *iure* proprio, in quanto, pacificamente, non si tratta di un diritto che cade in successione e che forma l'asse ereditario, ma un diritto che discende da un contratto e che viene erogato da un terzo (L. BUTTARO, voce *Assicurazione sulla* vita, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 608 ss).

Secondo la dottrina, la clausola che designa il beneficiario post mortem costituisce un elemento "normale" ma non "essenziale" del contratto. In tale ottica, si osserva come "*la designazione di uno o più beneficiari, salvo particolari strutture contrattuali incompatibili con la loro presenza, è sempre possibile e mai necessaria nel contratto di assicurazione sulla vita, perché, anche al di fuori dei casi in cui il contraente riservi espressamente a se stesso la somma assicurata, in tutti gli altri una designazione generica o specifica di uno o più beneficiari può anche mancare, senza che il contratto ne soffra. Il diritto alla somma assicurata, in questi casi, farà parte del patrimonio del contraente ed, eventualmente, si trasferirà ai suoi eredi secondo le ordinarie norme sulla successione ereditaria*" (A. DE GREGORIO-G. FANELLI-A. LA TORRE, *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1987, p. 220).

Solo in questo caso il denaro ricadrebbe a far parte dell'asse ereditario, in assenza della designazione contrattuale di un beneficiario. Qualora il beneficiario sia invece indicato, anche per relationem, è questi il titolare del diritto verso la compagnia assicurativa.

La designazione del beneficiario (che potrà sempre rifiutare il vantaggio acquisito), se è contenuta nel contratto assicurativo è parte del contratto a favore del terzo stesso; se è successiva si tratta di un negozio unilaterale, personalissimo e non recettizio, con cui il contraente individua, in maniera specifica o generica, il destinatario della prestazione dell'assicuratore.

Stante il disposto di cui all'art. 1920, comma 2, c.c., la designazione del beneficiario può essere effettuata nell'ambito del contratto di assicurazione, oppure con successiva dichiarazione scritta comunicata all'assicuratore, oppure per testamento.

La norma prevede che la designazione sia valida anche quando il beneficiario sia non determinato ma determinabile, e cioè venga indicato per relationem, con formule che consentiranno l'individuazione del titolare del diritto dopo la morte del contraente. Un esempio su tutti potrebbe essere nominare quali beneficiari "i miei figli": rilevano non quelli che erano tali alla stipula del contratto, ma quelli che tali saranno alla mia morte.

Spesso capita che il contraente utilizzi un richiamo agli "eredi legittimi" come nel caso in discussione, o ancora più genericamente agli "eredi". Si deve ricordare che il richiamo generico

alla categoria degli eredi (legittimi o testamentari) non vale ad assoggettare il rapporto alle regole della successione ereditaria: tale designazione concreta una mera indicazione del criterio per l'individuazione dei beneficiari, i quali sono coloro i quali rivestono, al tempo della morte del contraente, la qualità di chiamati all'eredità, senza che rilevi la successiva accettazione o rinuncia da parte degli stessi(in tal senso anche Cass. 23 marzo 2006, n. 6531). La cassazione (Cass. 29 settembre 2015 n. 19210) ha recentemente affermato, per altro, che in caso il contratto veda come beneficiari gli eredi legittimi, e in assenza di una specifica e diversa indicazione nel contratto o nell'atto di designazione, il premio assicurativo dovrà essere ripartito tra gli eredi legittimi in proporzione alle quote loro spettanti per legge, e non in parti uguali.

Si deve ribadire che, anche quando la designazione sia contenuta nel testamento, l'acquisto del diritto non avviene *iure ereditatis*, ma sempre *iure proprio*: neppure per un istante logico la somma potrà ritenersi transitata nel patrimonio del contraente e, così, trasferita in via successoria.

L'atto di designazione, quali che siano le modalità con cui venga effettuato, si configura quale negozio *inter vivos* con effetti *post mortem*, essendo l'esecuzione della prestazione necessariamente differita al tempo della morte del contraente (parla di negozio "transmortem" A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica – P. Zatti, I, Milano, 1996, 68 ss.).

Un ultima riflessione merita la revoca della designazione: come previsto dall'art. 1411 c.c. l'atto di designazione può essere sempre revocato; in tal senso dispone espressamente anche l'art. 1921. Occorre precisare che in quest'ambito il potere di revoca sia più ampio di quello riconosciuto allo stipulante dall'art. 1411 c.c.: nell'assicurazione sulla vita, la revoca del beneficio può essere effettuata anche in seguito alla dichiarazione del beneficiario di volerne profittare (ex art. 1921 commi 1 e 2 solo la combinazione della rinuncia alla facoltà di revoca con la successiva adesione del terzo beneficiario può togliere definitivamente al contraente la possibilità di una valida modifica della sua volontà negoziale – A. FORMIGGINI, *La revoca della designazione del beneficiario nell'assicurazione sulla vita*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, II, 600).

Quanto alle forme della revoca, l'art. 1921 c.c. richiama espressamente le modalità richieste per la designazione del beneficiario: la revoca potrà essere contenuta in un atto scritto separato e comunicato all'assicuratore, oppure essere in un testamento; non deve però, necessariamente, essere esercitata nella stessa forma della precedente designazione.

Secondo l'opinione prevalente (ex multis N. GASPERONI, voce *Assicurazione (assicurazione sulla vita)*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, p. 13) la revoca può essere, oltre che espressa, anche implicita: si tratta di tutti i casi in cui siano posti in essere dal contraente una condotta incompatibile con la volontà di mantenere l'attribuzione in capo al beneficiario designato.

E' stata ritenuta un'ipotesi di revoca implicita, ad esempio, la valida designazione di un nuovo beneficiario, naturalmente incompatibile con quella precedente e, pertanto, revocativa della

stessa (S. VERNIZZI, *La designazione del beneficiario di assicurazione sulla vita*, in *Tratt. dir. succ. e don.*, II, *La successione testamentaria*, diretto da G. Bonilini, Milano, 2009, p. 879).

Si deve quindi concludere, anzi tutto, che la disposizione testamentaria attributiva della somma assicurata in favore di un nuovo soggetto comporti la revoca (implicita) della precedente designazione effettuata nel contratto. Si verifica in tale ipotesi un duplice effetto: vi è una nuova designazione, incompatibile con la precedente, che è senz'altro revocata (si segnala che la volontà di attribuire "*la piena proprietà di tutti i beni mobili, compreso denaro e titoli di qualsiasi tipo*" è stata giudicata espressiva della volontà del testatore di revocare implicitamente, la precedente designazione – Trib. Palermo 22 gennaio 2003, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 823 ss., con nota di L. BUGIOLACCHI).

La Cassazione nel caso in esame, condivisibilmente, fa un ulteriore passo avanti e precisa che il semplice testamento, successivo alla designazione contrattuale del beneficiario della polizza, contenente l'istituzione di un erede universale, non può essere considerato idoneo a revocare l'originaria designazione e a destinare pertanto il premio all'erede testamentario.

In altri termini, il de cuius, se avesse voluto non solo nominare erede l'attore, ma anche beneficiarlo della polizza assicurativa, avrebbe dovuto inserire nel suo testamento non solo la nomina ad erede, ma anche una ulteriore disposizione testamentaria che attribuisse all'erede la qualifica di beneficiario della polizza assicurativa.

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

La vexata quaestio della revocatoria della scissione e della tassatività dei rimedi endosocietari

di **Gian Luca Grossi - Studio Pirola Pennuto Zei & Associati, Marcello Guerzoni - Studio Pirola Pennuto Zei & Associati**

Sentenza n. 13871/2018 Tribunale Roma, Sez. Fallimentare, pubblicata il 5 luglio 2018

Parole chiave: scissione societaria – operazione di riorganizzazione – fattispecie a formazione progressiva – invalidità della scissione – tassatività dei rimedi endosocietari – inefficacia della scissione – revocatoria fallimentare – inesperibilità

"*In tema di fallimento, non rinvenendosi con la scissione alcuna cessione a titolo gratuito, né alcun atto dispositivo incidente sul patrimonio della società scissa, ma soltanto una nuova organizzazione societaria, attraverso l'attribuzione ai soci della scissa della partecipazione nelle società beneficiarie, non è ammissibile l'azione revocatoria prevista dall'articolo 64 della legge fallimentare.*"

Disposizioni applicate: artt. 64, 67 l.f., artt. 2503, 2504-*quater*, 2506, 2506 *bis*, 2506-*ter,* 2506-*quater*, 2901 c.c.

Il Tribunale di Roma con la sentenza n. 13871/2018 costituisce un ulteriore contributo giurisprudenziale sull'annoso tema dell'esercizio dell'azione revocatoria, ai sensi degli artt. 2901 c.c. e 64, 67 l.f., al fine far dichiarare la inefficacia dell'operazione di scissione nei confronti del creditore procedente.

Ci si chiede infatti se il sistema di tutele tipiche e tassative designate in ambito endosocietario sia sufficiente a garantire i creditori sociali anteriori ovvero se questi ultimi, allorquando siano lesi nel loro diritto di credito, possano avvalersi degli strumenti di diritto comune (a seconda dei casi, revocatoria ordinaria o fallimentare). Il tema è di grande interesse, in quanto si contrappongono due opinioni nella giurisprudenza meritoria (nessuna della quali può dirsi prevalente), nella totale assenza di una pronuncia della Suprema Corte di Cassazione sul punto.

Un primo orientamento giurisprudenziale ammette il rimedio revocatorio in quanto, si osserva, nessuna norma positiva lo esclude, inoltre l'impossibilità di far dichiarare l'invalidità della scissione avvenuta l'ultima iscrizione dell'atto nel Registro Imprese (art. 2054 cc) è altra cosa rispetto alla pronuncia di inefficacia (relativa) conseguente alla revocatoria. Opposizione e azione revocatoria costituiscono rimedi aventi presupposti, effetti e finalità diverse: il primo di

natura preventiva e "sospensiva" dell'atto; il secondo diretto all'inefficacia dell'operazione già compiuta in quanto lesiva del diritto di credito azionato (cfr. in tal senso Trib. Catania sentenza 9 maggio 2012 e Trib. Palermo 25 maggio 2012, richiamati dalla pronuncia in commento).

Specularmente v'è chi invece sostiene l'inammissibilità in caso di scissione dell'*actio pauliana*, (i.e. revocatoria) argomentando che il sistema di tutele endosocietario (opposizione; responsabilità solidale delle società partecipanti; e risarcimento danni) è tassativo e tipico; e che il Legislatore con il principio di cui all'art. 2504 cc ha voluto garantire l'irreversibilità dell'operazione; infine che la stessa natura giuridica della scissione (operazione riorganizzativa che costituisce modifica statutaria) è ostativa all'applicabilità del rimedio revocatorio che presuppone una diminuzione della consistenza patrimoniale della società debitrice (cfr. in tal senso Trib. Bologna 1 aprile 2016, richiamato dalla sentenza in commento, Trib. Roma 7 novembre 2016, Trib. Modena 22 gennaio 2016 e C. d'App. Catania 19 settembre 2017).

La controversia, nella fattispecie, traeva origine da una **scissione "parziale"**, attraverso la quale la società scissa aveva assegnato il proprio ramo d'azienda (relativo all'attività di costruzioni) ad una beneficiaria (nel caso di specie, di nuova costituzione). Di lì a breve la scissa sarebbe fallita ed il curatore del fallimento – come di regola accade quando le operazioni straordinarie sono poste in essere in un momento in cui la società versi già in stato di dissesto – avrebbe agito in revocatoria (ex artt. 2901 cc e 64, 67 l.f.) nei confronti dalla beneficiaria e del socio unico di quest'ultima, al fine di rendere inopponibile l'operazione al fallimento.

Com'è noto la scissione, introdotta nel nostro ordinamento solo nel 1991 (D.Lgs. 16/11/1991 n. 22) in attuazione della Direttiva 82/891 CEE del 17/12/1982 – VI Direttiva (mentre trasformazione e fusione erano presenti già nell'impianto originario del codice), è quell'operazione straordinaria connotata da uno schema causale in base al quale una ***i)*società assegna tutto** il proprio patrimonio **a due o più beneficiarie** (in caso contrario si realizzerebbe una fusione per incorporazione della scissa nella beneficiaria) ovvero **parte del proprio patrimonio (in tal caso anche) ad una o più beneficiarie** e, correlativamente, ***ii)* i soci** della scissa **ricevono in concambio partecipazioni** (azioni o quote, oltre eventuale conguaglio in denaro, non superiore però al 10% del valore nominale delle partecipazioni) **nella beneficiaria/e** o nella stessa scissa (cd. scissione asimmetrica) sulla base del **rapporto di cambio** negoziato dai relativi organi amministrativi. Con l'operazione in parola, pertanto, la scissa può attuare il proprio scioglimento (senza dover attuare la procedura di liquidazione) ovvero continuare la propria attività. "Assegnataria" può essere sia una **società preesistente** sia una **neo costituita**.

La prassi conosce molteplici schemi con i quali attuare la scissione, in particolare, essa può essere: ***i)* totale o parziale** (art. 2506 c.1 cc); ***ii)* omogenea o eterogenea** (artt. 2500 septies e 2500 octies); ***iii)* simmetrica o asimmetrica** (art. 2506 c.2 cc); ***iv)* proporzionale o non proporzionale** (art. 2506 bis c.4 cc); ***v) inversa*** (beneficiaria partecipata dalla scissa), e così via. Tant'è che la più accorta dottrina ha parlato di "polimorfismo" della scissione, preferendo utilizzare la locuzione al plurale (scissioni) invece che al singolare. Ciò nonostante la tecnica

legislativa utilizzata dal Legislatore è stata quella del **rinvio, per quanto non espressamente disposto, alle norme in tema di fusione** (art. 2506 ter cc).

Con essa quindi **la scissa assegna elementi patrimoniali attivi ma anche passivi** (debiti, passività fiscali ecc.) **alla beneficiaria/e**. In caso di assegnazione di passività si ricorda come sia ammessa (cfr. Massima notarile Triveneto L.E.1 e Milano n. 72) la cd. scissione "contabilmente negativa" mentre deve ritenersi inammissibile la scissione "realmente negativa" (ove il valore economico/reale delle passività assegnate è superiore a quello delle attività). Il motivo è evidente: in tal caso non potrebbe esservi alcun concambio in favore dei soci della scissa.

La pronuncia in commento aderisce alla tesi per cui la **domanda di revocatoria proposta dal fallimento della scissa** sarebbe **inammissibile**, rilevando in proposito come "l'individuazione della **natura giuridica della scissione"** sia a tal fine pregiudiziale e decisiva.

Secondo una prima opinione (cd. teoria estintiva-traslativa), diffusa soprattutto nella giurisprudenza anteriore alla riforma del 2003, la scissione societaria sarebbe assimilabile ad una vicenda di natura successoria a titolo particolare (in caso di scissione parziale) ovvero a titolo universale (in caso di scissione totale) e traslativa dei beni in favore della/e beneficiaria/e; con conseguente estinzione dell'ente scisso.

Secondo altra tesi (**cd. teoria modificativo-evolutiva**), ormai da tempo largamente prevalente e preferibile, con la scissione si verificherebbe una mera riorganizzazione e riallocazione delle risorse dell'ente che non darebbe luogo né a estinzione (della scissa) né a trasferimento (alle beneficiarie), essendovi per converso continuità di patrimonio e identità di soggetto ancorché in un mutato assetto organizzativo. In ultima istanza, quindi, una **vicenda evolutiva di modifica degli statuti delle società** coinvolte. Dello stesso avviso è il Tribunale di Roma il quale ha correttamente rilevato che la scissione "***non è*** *dal punto di vista strutturale, e degli effetti,* ***un negozio traslativo****,* ***ma*** *configura* ***un'operazione societaria tipica a formazione progressiva****, volta ad ottenere una* ***nuova articolazione formale dell'ente, nella prospettiva della continuità patrimoniale****, oltre che dell'attività di impresa*".

Da un'interpretazione sistematica e letterale dell'istituto vediamo infatti come da un lato, il Legislatore abbia preferito riformulare la norma in termini di "**assegnazione**" e non di "trasferimento" e dall'altro, abbia precisato come la società "*può con la scissione* ***attuare il proprio scioglimento senza liquidazione, ovvero continuare la propria attività***" (art. 2506 c. 1 e 3 cc).

Tale natura giuridica sarebbe già di per sé sufficiente ad escludere il rimedio revocatorio, mancando il presupposto legale fondamentale del trasferimento degli *asset* dalla scissa alla beneficiaria ("atto di disposizione"), che darebbe luogo ad un mutamento della garanzia generica del creditore costituita dal patrimonio della società (art. 2740 cc).

Come sottolinea tuttavia la stessa Sezione Fallimentare capitolina altri indici normativi escludono l'esperibilità dell'*actio pauliana* nei confronti della scissione.

La tutela dei creditori sociali sarebbe infatti rassegnata all'**impianto tassativo e tipico delineato in ambito endosocietario**: "a monte" dell'operazione, dal diritto di opposizione; e "a valle" dal diritto al risarcimento danni e dalla responsabilità solidale delle società coinvolte.

Quanto all'opposizione, ai sensi dell'art. 2503, la scissione "può essere **attuata solo dopo sessanta giorni**" dall'ultima delle iscrizioni della delibera di scissione (salvi i casi di cui agli artt. 2503 e 2501 sexies cc ovvero in cui il Tribunale, nonostante l'opposizione, ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori). Trattasi quindi di rimedio *i)* **preventivo** (esercitabile nel periodo intercorrente tra la delibera di approvazione del progetto e l'atto di scissione), di natura, secondo i più, *ii)* **giudiziale** (anche se autorevoli opinioni depongono per la natura stragiudiziale). Legittimati attivi sono i **creditori anteriori** (ossia quelli il cui credito sia sorto **prima della pubblicazione del progetto** di scissione, ancorché si tratti di credito condizionale o contestato). L'opposizione è **finalizzata ad ottenere una pronuncia giudiziale di sospensione degli effetti della delibera di scissione,** impedendo la stipula dell'atto di scissione (condizione legale di efficacia dell'operazione).

Orbene, si tenga presente che una volta iscritto l'atto di scissione nei competenti Registri Imprese opera il **principio di irretrattabilità degli effetti** della scissione per cui non può più essere dichiarata la invalidità dell'operazione (art. 2504 quater cc). La *ratio* della regola è evidente: garantire la stabilità degli effetti e dei rapporti instaurati a seguito dell'operazione, anche nei confronti dei terzi, evitando l'incertezza che potrebbe sorgere dal ripristino della situazione *ante* scissione. L'iscrizione dell'atto avrebbe quindi una totale efficacia sanante, operando per ogni tipo di vizio.

A questo punto i creditori potranno azionare gli strumenti "a valle": da un lato il **risarcimento per i danni direttamente subiti a seguito dell'operazione** (2504 quater c. 2 e 2506 ter c.5 cc) e dall'altro l'azione nei confronti delle società coinvolte che **rispondono solidalmente dei debiti insoddisfatti**, seppure *intra vires,* nei limiti della quota di netto patrimoniale assegnato (artt. 2506 bis c. 3 e 2506 quater c.3 cc). Si noti in particolare, benché, la distinzione passi pressoché inosservata che tale responsabilità seppur solidale si atteggia in modo diverso a seconda che: *i)* la **destinazione degli elementi passivi sia desumibile in modo certo dal progetto** di scissione, in tal caso la non assegnataria della passività **risponderà solidalmente ma in via sussidiaria**, e cioè per i debiti non soddisfatti dalla assegnataria della passività (art. 2506 quater, comma 3, cc); ovvero *ii)* **tale destinazione non sia desumibile dal progetto** (2506 bis, comma 3, cc), poiché si avrà una **responsabilità solidale e diretta** delle società coinvolte, in ogni caso entro il limite del valore effettivo del patrimonio netto.

La differenza non è di poco conto (anche se l'interpretazione fatta propria della giurisprudenza ne ha notevolmente ridotto la portata): nel caso di cui all'art. 2506 bis cc, non essendo possibile stabilire a carico di quale società sia stato posto il debito, il creditore della scissa potrà agire indifferentemente e direttamente nei confronti di tutte le società coinvolte nell'operazione (responsabilità solidale e diretta); nell'ipotesi invece prevista dall'art. 2506 quater cc, essendo invece possibile stabilire a carico di quale società sia stato posto il debito, il creditore della scissa potrà agire in primo luogo nei confronti della società assegnataria del

debito e, qualora insoddisfatto, e in via sussidiaria, nei confronti dell'altra beneficiaria (responsabilità solidale e sussidiaria). Come anticipato, nonostante il diverso tenore delle norme citate, parte della Giurisprudenza sostiene che al fine di attivare la responsabilità solidale e diretta di tutte le società (assegnataria o non assegnataria della passività) sia sufficiente la **semplice messa in mora** dell'assegnataria (si tratterebbe quindi non di un vero *beneficium excussionis* ma di un più debole ***beneficium ordinis***).

Rileva peraltro il Tribunale, con riferimento all'ulteriore profilo dell'*eventus damni*, che "*se l'effetto ultimo dell'azione revocatoria è volto a consentire il soddisfacimento coattivo del creditore sui beni del proprio originario debitore, (come se essi non fossero mai usciti dal patrimonio di quest'ultimo soggetto attraverso l'atto revocando) la disciplina legale dell'operazione societaria considerata già consente un simile risultato [...] dato che la solidarietà ex lege prevista sterilizza sostanzialmente il profilo dell'eventus damni*". Sottolineando come "*la ratio sottesa all'art. 2503 cc ed il fondamento dell'art. 2901 cc risultano, nei rispettivi settori normativi, perfettamente coincidenti: l'interesse perseguito del legislatore infatti, nell'uno e nell'altro caso, consiste nel dotare i creditori di uno strumento volto alla conservazione della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 cc*".

Per completezza, non si deve dimenticare che i creditori sociali potrebbero astrattamente **agire anche nei confronti degli amministratori e dei sindaci** (azione risarcitoria per danno da scissione). Non volendo addentrarci, tuttavia, sulle (quasi) insormontabili difficoltà in punto di onere della prova (dimostrazione di un danno diretto ed effettivo e non solo potenziale; nesso causale diretto tra condotta e danno arrecato) è bene ricordare come la Cassazione 17 aprile 2015 n. 7914 abbia affermato in argomento che "*la scissione non può considerarsi atto gestorio ... imputabile all'amministratore, essendo invece atto della stessa società amministrata, ai cui soci spetta la scelta di procedervi*".

Anche in questo ambito si ripropone, *mutatis mutandis*, il tema del bilanciamento e contemperamento fra interessi e diritti individuali (dei creditori sociali, *uti singuli*) e l'interesse più generale alla certezza ed alla stabilità dei rapporti *medio tempore* prodotti. E, ancora una volta, il Legislatore pare optare, con la formulazione dell'art. 2504 quater cc, per quest'ultimo interesse a parziale (ma non totale) sacrificio del primo, concedendo una tutela (affievolita) risarcitoria in luogo di quella reale.

D'altro canto, si può arguire, non vi sarebbero particolari ragioni per proteggere colui il quale, seppur dotato di sufficienti strumenti per garantire il proprio credito (prima dell'operazione con l'opposizione e successivamente con la tutela aquiliana del credito e con la responsabilità solidale delle società coinvolte), non si sia attivato con la tempestività necessaria al fine di impedire che la fattispecie a formazione progressiva (scandita essenzialmente da tre fasi ben distinte e temporalmente cadenzate: progetto di scissione, delibera di approvazione del progetto, atto di scissione) possa essere interamente completata.

Seminari di specializzazione
COMMERCIALIZZAZIONE DEL VINO
Scopri le sedi in programmazione >

Diritto Bancario

Sull'utilizzo del mutuo fondiario e sulla determinatezza degli interessi moratori

di **Fabio Fiorucci**

Il Trib. Ancona 10.10.2018, nell'allegato provvedimento, ha svolto alcuni interessanti rilievi in merito all'utilizzo del mutuo fondiario per il ripianamento di pregresse esposizioni debitorie e alla determinatezza degli interessi moratori.

La decisione in commento ha stabilito che non c'è nessuna norma che vieti al mutuante di erogare (e al mutuatario di richiedere e impiegare) somme con la finalità di estinguere esposizioni debitorie maturate dal destinatario del prestito nei confronti del primo. Il mutuo, infatti, è negozio tipico per il perfezionamento del quale è necessario soltanto che il mutuatario ottenga la disponibilità materiale (cui equivale quella giuridica) della somma, senza che rilevi (con la sola eccezione del mutuo cosiddetto di scopo) la sua effettiva destinazione. Nella fattispecie, non è contestato che i mutuatari abbiano conseguito la disponibilità della somma (per intervenuto accredito della stessa sul conto corrente), mentre è recisamente da escludere che l'operazione negoziale posta in essere dalle parti sia sussumibile nello schema del mutuo di scopo.

È fondata la doglianza in punto di indeterminatezza del tasso di mora, determinato in base ad uno spread del 2% secondo il contratto e del 3% secondo il documento di sintesi.

Non può condividersi la tesi secondo cui la determinatezza del tasso sarebbe ricavabile, all'esito di un giudizio di prognosi postuma, alla luce delle univoche indicazioni ricavabili dalle numerose comunicazioni inviate dalla banca ai mutuatari, nel senso che il differenziale fosse del 2%. La nullità per indeterminatezza della clausola relativa ai tassi d'interesse praticati è, infatti, vizio tipicamente genetico del contratto, con la conseguenza che la sua sussistenza va apprezzata in riferimento alla data di stipulazione dello stesso.

Ciò posto, è noto che, ai sensi dell'art. 117, comma 4, TUB «I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora»; norma, questa, che fa pendant con quella dettata, più in generale, dall'art. 1346 c.c., secondo cui «L'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile».

Ebbene, la combinata applicazione di tali disposizioni consente di affermare che, nell'ipotesi di contestuale indicazione di due tassi d'interesse differenti con riferimento alla medesima situazione (ritardo nel rimborso delle rate del finanziamento e di qualunque altro debito

nascente dal contratto), senza che possa affermarsi la prevalenza dell'uno o dell'altro, equivale ad omessa indicazione del tasso di mora, non essendo il contraente in grado di comprendere, al momento della pattuizione, quale sarà la misura percentuale della mora stessa in caso di ritardo nei pagamenti.

(*Segnalazione dell'Avv. Alfieri Di Girolano, Foro di Pavia*)

Diritto del Lavoro

La struttura del rapporto di lavoro subordinato

di **Evangelista Basile**

Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, 12 settembre 2018, n. 22179

Distacco illegittimo di manodopera – rapporto esclusivo con l'utilizzatrice – sussiste

MASSIMA

Per effetto dell'utilizzazione delle prestazioni lavorative l'interponente di fatto "si sostituisce" all'interposto nel rapporto di lavoro e il momento d'inizio di detta utilizzazione coincide così con quello di costituzione del rapporto e segna la contemporanea fine del rapporto tra lavoratore e soggetto interposto. Ne consegue che le dipendenti illegittimamente distaccate possono essere trasferite e assunte dall'impresa utilizzatrice senza alcun consenso. Ciò, a maggior ragione, se il Tribunale ha già dichiarato invalida l'interposizione.

COMMENTO

Nel caso *de quo,* la Suprema Corte sancisce l'applicabilità, anche con riferimento all'istituto del distacco, di un principio giurisprudenziale già affermato più volte nel corso del tempo con riguardo ad altri fenomeni in cui si verifica una dissociazione tra datore formale del lavoratore ed effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa, quali la somministrazione di lavoro, l'appalto e, comunque in tutti quei casi in cui si verifica una interposizione (illegittima) di manodopera. Secondo tale orientamento, in caso di accertamento giudiziale di un fenomeno interpositorio illegittimo, il lavoratore è da considerarsi dipendente del soggetto che ne ha effettivamente utilizzato le prestazioni sin dalla data di costituzione del rapporto di lavoro e – allo stesso tempo – non più alle dipendenze del soggetto (illecitamente) interposto. Nel caso che occupa, alcune lavoratrici avevano lamentato l'illegittimità del distacco effettuato dal loro datore di lavoro presso un'altra azienda, essendo stato questo disposto – a loro avviso – in assenza dei presupposti previsti dalla suddetta normativa. A seguito dell'accoglimento, da parte della corte territoriale di merito, delle domande delle lavoratrici di costituzione del rapporto in capo alla società distaccataria ai sensi dell'art. 30 D.lgs. 276/2003, l'originario datore di lavoro aveva quindi comunicato alle lavoratrici la risoluzione di diritto del rapporto di lavoro, proprio in ragione di tale sentenza. Parallelamente, la società distaccataria, dichiarata datore di lavoro, aveva inviato alle lavoratrici una comunicazione indicante le nuove condizioni contrattuali di lavoro che prevedevano, *inter alia*, che il luogo di lavoro fosse in una città diversa rispetto a quella di residenza delle lavoratrici. Le lavoratrici, avevano dunque impugnato le comunicazioni di "scioglimento" del rapporto di lavoro inviate dall'originario datore, non avendo esse – a loro dire – manifestato alcuna volontà di risolvere il rapporto di

lavoro con quest'ultimo e ritenendo, conseguentemente, tali lettere alla stregua di atti di licenziamento emanati in assenza di giusta causa e/o giustificato motivo. All'esito dei primi due gradi di giudizio, tuttavia, la Corte d'Appello adita aveva rigettato le rivendicazioni delle ricorrenti, precisando che le comunicazioni inviate dal distaccante/originario datore di lavoro fossero il logico corollario delle azioni giudiziarie delle lavoratrici e della sentenza emanata all'esito delle stesse ai sensi dell'art. 30 D.lgs. 276/2003. Chiamata a pronunciarsi in merito, la Suprema Corte ha sostanzialmente confermato l'inquadramento normativo statuito dal giudice di secondo grado, rigettando quindi tutti i motivi di ricorso delle lavoratrici. Secondo i giudici di legittimità – in tema di dissoluzione delle combinazioni negoziali poste in essere attraverso l'intermediazione vietata e la sostituzione dell'imprenditore beneficiario all'intermediario – secondo il costante orientamento espresso dalla stessa Corte di Cassazione – deve essere esclusa la configurabilità di due diversi datori di lavoro dovendo considerarsi come parte datoriale solo colui su cui in concreto fa carico il rischio economico dell'impresa nonchè l'organizzazione produttiva nella quale è di fatto inserito con carattere di subordinazione il lavoratore, con la conseguenza che chi utilizza dette prestazioni deve adempiere tutte le obbligazioni a qualsiasi titolo nascenti dal rapporto di lavoro. Ciò posto, la Corte ha ulteriormente ribadito che per effetto dell'utilizzazione delle prestazioni lavorative da parte dell'imprenditore interponente, lo stesso di fatto "si sostituisce" all'interposto nel rapporto di lavoro; il momento d'inizio di detta utilizzazione coincide così con quello di costituzione del rapporto e segna la contemporanea fine del rapporto tra lavoratore e soggetto interposto. Conclude la Corte evidenziando che non è difatti possibile ritenere la coesistenza, nel medesimo tempo, di due rapporti di lavoro subordinato, con l'interponente e con l'interposto; coesistenza che assoggetterebbe il prestatore, ai sensi dell'art. 2094 c.c., al potere di direzione di due soggetti distinti, il cui eventuale esercizio contraddittorio costringerebbe di necessità la persona assoggettata a versare nell'illecito. E' la contraddizione logica, in altre parole, a non consentire la detta coesistenza. Sulla scorta delle considerazioni che precedono, la Suprema Corte ha quindi rigettato il ricorso proposto dalle lavoratrici.

Seminari di specializzazione
TECNICHE DI NEGOZIAZIONE
Scopri le sedi in programmazione >

Privacy

Il "nuovo" Codice privacy - breve rassegna delle novità

di **Enrico Pelino**

Il 19 settembre scorso è entrato in vigore l'ormai attesissimo d.lgs. 101/2018, che ha novellato il Codice privacy (d.lgs. 196/03) per adeguarlo al Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali.

L'occasione dunque è utile per tracciare un primo quadro delle principali novità. Necessari limiti di spazio limiteranno questa breve rassegna ad alcuni temi.

Reclamo e segnalazione. Prevedibilmente, e opportunamente, è stato eliminato il ricorso al Garante, assorbendolo concettualmente nel rimedio reclamo, del quale è fissata la durata massima in nove-dodici mesi. Il termine non è esente da perplessità circa la sua compatibilità con la disciplina europea. Vero infatti che il Regolamento non prescrive termini di durata, tuttavia all'interprete è autorizzata dall'art. 78.2 GDPR qualche deduzione in merito a una tempistica decisamente più breve.

Viene mantenuto lo strumento della segnalazione, ma con un profilo applicativo in parte mutato.

Dati sulla salute. Spicca rispetto al passato, ed è certamente positivo, l'eliminazione del consenso per il trattamento dei dati sulla salute in ambito sanitario.

La misura era particolarmente attesa, ma non scontata: la possibilità di deroga concessa dall'art. 9.4 GDPR al legislatore nazionale avrebbe potuto essere anche declinata nel senso di mantenere la base giuridica nel consenso, come in precedenza.

Le strutture sanitarie potranno dunque cessare di accumulare attestazioni di manifestazione del consenso e liberare risorse ed energie per altre attività.

La norma di riferimento è oggi l'art. 2-*septies* Cod. priv., che prevede un sostanziale coinvolgimento del Garante, chiamato a definire misure di garanzia dell'interessato, soggette a revisione biennale, previa consultazione pubblica.

Autorizzazioni generali. Una parte non marginale della disciplina era contenuta in passato nelle autorizzazioni generali del Garante, emanate ai sensi dell'oggi abrogato art. 40 Cod. priv.

Questo strumento ha avuto notevoli pregi, rappresentando anche un terreno di affinamento concettuale per il giurista. E con il Regolamento?

Non tutto è perduto: la disciplina transitoria introdotta dall'art. 21 d.lgs. 101/2018 onera il Garante di un'attività di selezione e aggiornamento delle prescrizioni contenute delle autorizzazioni generali, da condurre anche attraverso una consultazione pubblica. Questo vaglio è ovviamente ammesso solo entro gli spazi di precisazione nazionale o di deroga consentiti dal Regolamento.

Allegati al Codice privacy. Non sono stati affrontati dalla riforma ma, per così dire, "messi in frigorifero" e lasciati alla futura selezione del Garante secondo due procedimenti diversi. Le ragioni per le quali questa porzione della normativa è stata risparmiata dalla riforma sono riconducibili, in parte, alla circostanza che si tratta di testi prodotti in seguito all'interlocuzione dell'Autorità di controllo con vari soggetti anche istituzionali, non coinvolgibili nei tempi stretti di una novella giunta per così dire "*in limine litis*".

Comunque, non si possono sottacere motivi di rammarico per quello che appare uno dei maggiori passaggi incompiuti della novella, anche perché in quegli allegati si annidano talvolta soluzioni ormai incompatibili con la disciplina europea (ma anche con il "nuovo" Codice privacy), che andrebbero probabilmente disapplicate. "Probabilmente": qui infatti il giurista opera su un terreno insidioso, lontano dalla certezza del diritto che in una materia già così complessa dovrebbe essere garantita.

Perimetrazione stretta del diritto nazionale presupposto. Il diritto nazionale e il Regolamento europeo registrano numerose intersezioni reciproche, ad esempio nell'area rimessa alle deroghe nazionali (*in primis* art. 23 e Capo IX GDPR). Tuttavia, il terreno in cui l'intersezione è più ricca e complessa è certamente quello del diritto "presupposto", vale a dire delle disposizioni nazionali sulle quali le norme europee necessariamente poggiano.

Si prenda l'art. 6.1.c) GDPR, trattamento in adempimento di un obbligo di legge: il contenuto dell'obbligo di legge è fornito non solo dal diritto europeo, ma da quello diritto nazionale, dunque sarà tendenzialmente diverso in Italia, Spagna o Francia.

Stesso discorso per l'art. 6.1.e) GDPR. Anche in questo caso il giurista dovrà andare a verificare la normativa nazionale *extra*-privacy applicabile.

Piace ricordare che il considerando 41 GDPR introduceva, com'è noto, una nozione di diritto nazionale molto ampia ed evoluta, ispirata a un approccio di *common law*. Sono tali infatti anche disposizioni diverse da norme primarie, dunque – è da ritenere – le circolari applicative, le Faq ministeriali, le prassi e perfino gli orientamenti consolidati del Garante o gli approdi fermi della Cassazione. L'importante è che il diritto nazionale sia chiaro e preciso nella formulazione e prevedibile nell'applicazione.

La riforma del Codice privacy tuttavia ha annullato quasi completamente questa apertura, riducendo il diritto nazionale "presupposto", almeno in un'ampia serie di casi, alla sola legge o al regolamento, quest'ultimo unicamente nei casi previsti dalla legge.

Qual è la conseguenza? Un restringimento delle basi giuridiche richiamabili: sia di quelle generali dell'art. 6 GDPR (cfr. art. 2-*ter* Cod. priv.) sia di quelle particolari dell'art. 9 (cfr. art. 2-*sexies* Cod. priv.). Sono prevedibili non poche difficoltà applicative e revisioni di informative, di procedure e, in molti casi, anche dei registri del trattamento.

Autorizzazione preliminare. Il Regolamento europeo all'art. 36.5 permette al legislatore nazionale una specifica deroga alla regola della consultazione preventiva solo eventuale. È infatti possibile, per trattamenti riconducibili all'esecuzione di un compito di interesse pubblico, rendere obbligatoria l'autorizzazione preliminare del trattamento da parte del Garante.

L'Italia, nel contesto di un piano di deroghe già molto intenso, ha ritenuto qui di cogliere un'ulteriore occasione di deroga, reintroducendo un istituto che – molto alla lontana – ricorda l'ormai abrogata verifica preliminare, cfr. l'attuale art. 2-*quinquies decies* Cod. priv.

Diritto di controllo ad effetto *post-mortem*. Costituisce una delle novità più interessanti. Com'è noto infatti i poteri di controllo della persona fisica sui propri dati personali cessano con la morte. Il Codice privacy prevedeva sì l'esercizio di diritti sulle informazioni del deceduto, ma da parte di terzi per interessi attuali loro riconducibili. Non solo questi strumenti, di indubbia utilità pratica, sono stati mantenuti anche con la riforma, ma ne sono stati aggiunti altri del tutto inediti. Oggi l'interessato può infatti conferire mandato a terzi per l'esercizio dei suoi diritti *post-mortem* e può perfino vietare il trattamento di suoi dati *post-mortem* da parte dei terzi che vi sarebbero legittimati.

Il divieto si applica ai servizi della società dell'informazione (un contesto dunque molto ampio) e presenta profili non solo di interesse pratico ma anche di grande stimolo su un piano teorico. Cfr. nuovo art. 2-*terdecies* Cod. priv.

Residui di concezione "consenso-centrica". Terminiamo questa breve rassegna con un motivo di insoddisfazione. Il "vecchio" Codice ruotava attorno al consenso (almeno per i soggetti privati): unica base giuridica, derogarabile in una serie di ipotesi tassative. Il Regolamento, ma già per la verità la dir. 95/46, è invece ispirato al diverso criterio dell'equipollenza delle basi giuridiche. Spiace allora notare che la novella di adeguamento non abbia sempre fatto un lavoro di pulitura e che qua e là affiorino resti, ormai archeologici, di una concezione "consenso-centrica". La questione non è teorica, ma pratica. Questi residui confondono infatti l'interprete e rendono talvolta incerto il dettato normativo.