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

Edizione di martedì 10 dicembre 2019

Obbligazioni e contratti

La violazione degli obblighi informativi a carico degli intermediari finanziari
di **Emanuela Ruffo**

Procedimenti di cognizione e ADR

Ha efficacia di prova piena la fattura commerciale accettata dal destinatario
di **Alessandro Carpentiero**

Esecuzione forzata

Il regime della competenza nelle opposizioni esecutive: rilevabilità d'ufficio e impugnazione del provvedimento sulla competenza
di **Cecilia Vantaggiato**

Obbligazioni e contratti

Contratto d'appalto e "concorrenza delle garanzie" a tutela del committente
di **Alessandra Sorrentino**

Comunione – Condominio - Locazione

L'individuazione del bene ricadente in condominio come presupposto per la ripartizione delle spese ex art. 1123 c.c.
di **Saverio Luppino**

Diritto successorio e donazioni

Azione di simulazione ai fini dell'opposizione a negozio di donazione. rilevabilità d'ufficio di diversa causa di invalidità
di **Matteo Ramponi**

Diritto e reati societari

È configurabile il concorso eventuale di persone nel reato ex art. 2626 c.c., se il socio contribuisce alla determinazione, all'istigazione o al rafforzamento del proposito criminoso degli amministratori
di **Dario Zanotti**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

La sostituzione della delibera impugnata ex art. 2377, comma 8, c.c. e la tipologia dei relativi provvedimenti processuali
di **Mario Furno**

Diritto Bancario

Il contratto bancario sottoscritto dal funzionario di banca "per verifica firma e poteri"
di **Fabio Fiorucci**

Diritto del Lavoro

Responsabilità degli enti derivante da reati colposi
di **Evangelista Basile**

Nuove tecnologie e Studio digitale

Modalità di acquisizione del consenso per l'uso dei cookies "di profilazione"
di **Avvocato Gabriele Borghi**

Obbligazioni e contratti

La violazione degli obblighi informativi a carico degli intermediari finanziari

di **Emanuela Ruffo**

Abstract

Il presente focus intende analizzare i diversi orientamenti creatisi in punto di individuazione dei rimedi giuridici conseguenti la violazione dell'obbligo di informazione a carico degli intermediari finanziari. Nel silenzio della norma, infatti, dottrina e giurisprudenza sono intervenute in modo difforme, riconoscendo a volte l'azione di annullamento per vizio del consenso, altre volte l'azione di nullità, piuttosto che l'azione di risoluzione per inadempimento o la mera richiesta risarcitoria.

Gli obblighi informativi a carico degli intermediari finanziari sono disciplinati **dall'art. 21 del d. lgs. 58 del 1998 (c.d. t.u.f.),** che al primo comma sancisce che i soggetti abilitati debbano "*comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per **servire al meglio l'interesse dei clienti** e per l'**integrità dei mercati***".

Successivamente sono intervenute normative di rango regolamentare che si sono occupate di concretizzare quanto contenuto in linea di principio dall'art. 21 t.u.f.; ci si riferisce, in particolare agli **artt. 27 e ss.** del **regolamento Consob n. 11690/2007**.

In particolare l'art. 28 del regolamento Consob del 2007 stabilisce che le informazioni rilasciate dall'intermediario devono essere "corrette", "chiare" e "non fuorvianti", nonchè atte a far sì che il cliente "possa **ragionevolmente comprendere**" la natura e le caratteristiche dello specifico strumento finanziario raccomandato. Il livello di comprensione di cui si parla dipende non solo dalle caratteristiche sopra indicate delle informazioni (correttezza, chiarezza, il non essere fuorvianti e l'essere sufficientemente dettagliate), ma anche – inevitabilmente – dalla capacità di "decifrazione" del singolo destinatario. Con il termine "ragionevole", quindi, la Consob ha voluto impedire che, a fronte d'informazioni che nella sostanza soddisferebbero i requisiti sopra esaminati, il cliente possa richiamarsi a una propria incapacità di comprensione.

Verificata la sussistenza di un obbligo di informazione legale, ci si chiede quale sia – nel silenzio del legislatore, anche europeo – il rimedio sanzionatorio in caso di sua violazione.

La dottrina italiana ha fin da subito distinto tra **rimedi cc.dd. demolitori e rimedi risarcitori**. I primi sono volti a far venir meno il contratto d'investimento: ci si riferisce, in particolare, all'azione di nullità, all'azione di annullamento e, infine, all'azione di risoluzione del contratto per inadempimento. I secondi, invece, lasciando in vita il contratto stipulato tra le parti, si

limitano a riconoscere un risarcimento del danno subito, riconducibile a responsabilità precontrattuale o contrattuale a seconda che l'obbligo di informazione sia stato violato nella fase delle trattative ovvero nella fase di esecuzione del contratto stesso.

Sul punto sono intervenute le **Sezioni Unite nn. 26724 e 26725 del 2007**, le quali hanno escluso l'esperibilità del rimedio della nullità contrattuale, riconoscendo invece la possibilità di agire per ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento.

Con le cennate pronunce, infatti, le Sezioni Unite hanno affermato che la violazione dei doveri d'informazione può dar luogo a **responsabilità precontrattuale**, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tale violazione avvenga nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti fra le parti; può invece dar luogo a **responsabilità contrattuale**, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazione riguardante le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria.

In nessun caso, secondo la Sezioni Unite, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei doveri di comportamento può determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, primo comma c.c., sulla base del fatto che "*il ricorso allo strumento di tutela della nullità radicale del contratto per violazione di norme di comportamento gravanti sull'intermediario nella fase prenegoziale ed in quella esecutiva, in assenza di disposizioni specifiche, di principi generali o di regole sistematiche che lo prevedano, non è giustificato*".

La Corte, distinguendo tra **norme di comportamento e norme di validità**, ha di fatto escluso che le regole di comportamento (tra le quali viene compreso l'obbligo di informazione in esame) possano essere trattate al pari di quelle di validità. Muovendo dal noto principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento, la Corte ha quindi concluso che la violazione dell'obbligo di informazione *ex* art. 21 t.u.f. non possa comportare l'invalidità del contratto, riconoscendo invece la possibilità di agire al fine di richiedere la risoluzione del contratto di intermediazione.

Tuttavia, nonostante l'arresto delle Sezioni Unite, la giurisprudenza di merito successiva ha continuato e continua tutt'ora a pronunciarsi in modo difforme.

Un primo orientamento riconosce l'**annullamento del contratto** per vizio del consenso, in particolare per errore essenziale e riconoscibile. Tale ricostruzione impone all'investitore di dimostrare che se avesse ricevuto adeguate informazioni al momento della contrattazione, non avrebbe posto in essere l'operazione (cfr. Trib. Bologna, 17.10.2016, Trib. Udine, 29.2.2016, Trib. Perugia, 28.11.2014). La giurisprudenza ravvisa tuttavia una convalida tacita del contratto annullabile in alcuni comportamenti esecutivi degli investitori, come per esempio la circostanza per cui quest'ultimi abbiano provveduto a riscuotere il reddito prodotto dagli strumenti finanziari prima del loro *default*, o a disinvestire parte degli stessi.

Discostandosi dalle sentenze del 2007 sopra citate, una parte della giurisprudenza applica invece il rimedio della **nullità** del contratto sulla base del fatto che l'art. 21 T.U.F. (così come la disciplina contenuta all'interno del regolamento Consob) costituirebbe norma imperativa, essendo la stessa dettata a presidio di interessi generali, quale la tutela dell'integrità del mercato finanziario e la protezione del risparmio pubblico a norma dell'art. 47 della Costituzione (cfr. Trib. Bologna, 29.11.2018, App. Torino, 19.4.2017).

Un terzo orientamento individua nella **risoluzione del contratto per inadempimento** l'unico rimedio esperibile dall'investitore in caso di violazione dell'art. 21 T.U.F. (cfr. App. Bologna, 16.9.2015, Trib. Roma, 24.5.2013, Trib. Genova, 15.3.2005).

In questi termini si è espressa anche la sentenza della Corte d'Appello di Venezia del 18.6.2019, commentata in questo *Portale*, che ha sul punto richiamato la sentenza della **Corte di Cassazione n. 15936/2018**, secondo la quale "*l'intermediario finanziario è tenuto a fornire al cliente una dettagliata informazione preventiva circa i titoli mobiliari e, segnatamente, con particolare riferimento alla natura di essi e ai caratteri propri dell'emittente, ricorrendo un* ***inadempimento*** *sanzionabile ogni qualvolta detti obblighi informativi non siano integrati*".

Un quarto orientamento riconosce infine la possibilità di richiedere il solo **risarcimento del danno** (cfr. Cass. civ. n. 6920/2018). Si tratta di una responsabilità di tipo contrattuale, con ogni conseguenza sul profilo dell'onere probatorio, posto che in capo agli investitori rimane quale unico onere quello di **allegare puntualmente il danno riportato** (soprattutto per quanto riguarda la quantificazione pecuniaria), che sarà costituito dalla differenza tra il valore di acquisto dello strumento finanziario e quello al momento della domanda ovvero quello precedente in cui il cliente ha avuto consapevolezza della perdita di valore, tenendo conto degli eventuali interessi percepiti e del valore attuale dello strumento (cfr. Cass. civ. n. 1511/2014).

Lo scenario frammentato, qui brevemente descritto, ci suggerisce l'auspicio che intervengano nuovamente, e in maniera più incisiva, le Sezioni Unite le quali, in assenza di un intervento del legislatore, possono dirimere definitivamente ogni contrasto sul punto.

Procedimenti di cognizione e ADR

Ha efficacia di prova piena la fattura commerciale accettata dal destinatario

di **Alessandro Carpentiero**

Cass. civ., sez. II, 21 Ottobre 2019, n. 26801, Pres. Campanile – Rel. Tedesco

Prova documentale – Scritture contabili – Fattura – Efficacia probatoria (Cod. Civ. artt. 2709, 2710 e 2720).

La fattura commerciale costituisce piena prova dell'esistenza di un corrispondente contratto tra le parti, ove accettata, anche tacitamente, dal contraente destinatario della prestazione che ne costituisce oggetto.

CASO

Il Tribunale di Verona, su richiesta di parte ricorrente (nella specie, una società in accomandita semplice), pronunciava nei confronti del debitore (società in nome collettivo) ingiunzione di pagamento di una somma di denaro, quale corrispettivo della vendita di materiali di ricambio, in forza di fatture commerciali dalla prima prodotte.

Parte ingiunta proponeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo pronunciato dal Tribunale, deducendo che la consegna dei materiali effettuata da parte ricorrente – consegna alla quale quest'ultima aveva accompagnato le fatture poi poste a fondamento del ricorso per ingiunzione – non era avvenuta sulla base di un contratto di vendita, bensì in virtù di un accordo da qualificarsi come deposito.

Il Tribunale rigettava l'opposizione rilevando come le fatture menzionate fossero state sottoscritte singolarmente per accettazione dall' opponente e, in aggiunta, come quest'ultimo non avesse fornito la prova della diversa natura dell'accordo in forza del quale era avvenuta la consegna.

La Corte d'Appello di Venezia, adita da parte soccombente, riformava la sentenza opposta sul presupposto che le fatture commerciali, seppur annotate nei libri obbligatori, non costituiscono prova di un credito. Infatti, facendo applicazione del principio giurisprudenziale in forza del quale la fattura commerciale, avuto riguardo alla sua funzione di far risultare documentalmente elementi relativi all'esecuzione di un contratto, è inquadrabile fra gli atti giuridici a contenuto partecipativo – consistendo nella dichiarazione di fatti concernenti un rapporto già costituito -, affermava come la stessa non può costituire valido elemento di prova

delle prestazioni eseguite, ma al più un mero indizio, ove il rapporto medesimo sia contestato

Inoltre, aggiungeva come nel caso di specie non potesse dirsi sussistente l'ipotesi della loro accettazione, in forza di due motivi: la firma apposta sulle fatture mancava di qualsiasi precisazione in ordine alle ragioni giustificative della sua apposizione; la suddetta firma, provenendo da un magazziniere privo di potere di rappresentanza, non aveva altro significato se non quelle di conferma della corrispondenza dei materiali consegnati a quelli elencati nelle fatture.

La Corte d'Appello accoglieva, dunque, l'opposizione proposta, rigettando la richiesta di pagamento formulata con domanda monitoria da parte attrice nel giudizio di primo grado.

Quest'ultima proponeva ricorso – deciso con l'ordinanza di cui in epigrafe – lamentando la violazione nonché la falsa applicazione, da parte della sentenza impugnata, degli artt. 2709, 2710 e 2720 c.c., nella parte in cui la stessa negava l'efficacia probatoria delle fatture nonostante la loro accettazione e regolare annotazione nei registri IVA.

SOLUZIONE

La Suprema Corte dichiarava fondato il motivo di doglianza prospettato dal ricorrente, affermando come il Giudice di secondo grado, nella sua decisione, non avesse tenuto conto del fatto che la fattura commerciale ha efficacia probatoria piena, nei confronti di entrambe le parti, circa l'esistenza di un corrispondente contratto. Conseguentemente, cassava la sentenza impugnata rinviando ad altra sezione della Corte di Appello per un nuovo esame circa l'efficacia probatoria delle fatture.

QUESTIONI

La Corte di Cassazione, nell' ordinanza in esame, si è pronunciata sull'efficacia probatoria della fattura commerciale, accettata dal destinatario, sulla base di principi affermati in alcuni suoi precedenti. A completamento della propria decisione, poi, si è soffermata sul valore probatorio attribuibile all' annotazione della fattura passiva nei registri IVA, richiamando una propria precedente pronuncia.

Prima di procedere all'analisi del percorso logico che la Corte ha seguito per giungere alla propria decisione, tuttavia, è opportuno soffermarsi brevemente su due questioni: la natura giuridica della fattura nonché l'efficacia probatoria attribuibile alla stessa.

La fattura – da considerarsi come scrittura avente lo scopo di riflettere le vicende giuridiche dell'impresa – rientra, unitamente alle "*altre scritture contabili richieste dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa*", tra quei documenti che l'imprenditore esercente un'attività commerciale, ai sensi dell'art. 2214, secondo comma, c.c., è tenuto a conservare. In particolare, l'articolo in parola richiede proprio che quest'ultimo custodisca, ordinatamente e per ciascun affare, gli originali delle fatture ricevute nonché le copie di quelle spedite.

Al fine di risolvere la seconda delle questioni prospettate – concernente il valore probatorio attribuibile alla fattura -, poi, è necessario prendere in considerazione gli artt. 2709 e 2710 c.c. Questi disciplinano l'efficacia probatoria delle scritture contabili, affermando come le stesse possano fare prova contro ovvero a favore l'imprenditore da cui provengono, dettando, per quest'ultima ipotesi, limiti e presupposti particolarmente rigorosi.

La giurisprudenza è pacifica nell'affermare l'applicabilità degli articoli in parola alla fattura commerciale. Infatti, costituisce orientamento ormai consolidato quello secondo cui quest'ultima, in conseguenza della sua accettazione, ha efficacia probatoria non solamente nei confronti dell'emittente, ma anche tra imprenditori relativamente ai rapporti – in particolare, di quelli aventi natura contrattuale – tra gli stessi intercorsi (Cass. civ., sez. II, 19 Luglio 2011, n. 15832; Cass. civ. sez. I, 19 Febbraio 2010, n. 3990; Cass. civ., sez. II, 7 Agosto 1990, n. 7976). È proprio sulla base del principio delineato in tali arresti, che la S.C., nell'ordinanza in esame, ha affermato l'idoneità della fattura a costituire piena prova tra imprenditori dell'esistenza del relativo contratto, allorché risulti accettata dal contraente destinatario della prestazione oggetto dello stesso. Accettazione che, peraltro – aggiunge la Corte-, non richiede formule sacramentali, potendosi esprimere anche mediante comportamenti concludenti, ove la fattura venga portata a conoscenza del destinatario. (Cass. civ. sez. II, 11 Maggio 2007, n. 10860).

Il caso di specie si inscrive perfettamente in quanto statuito dalla Corte, anche se, a ben vedere, il principio della validità dell'accettazione *facta concludentia* é affermato *ad abundantiam*, ossia a maggior conforto di quello principale, relativo alla efficacia probatoria della fattura. Ciò risulta dalla circostanza che, nel caso in esame, le fatture poste da parte ricorrente alla base della richiesta di decreto ingiuntivo e recapitate al debitore, sono state da quest'ultimo accettate singolarmente mediante sottoscrizione: contegno, questo, che non può certo qualificarsi come accettazione tacita, indiretta, ossia implicita.

Alla luce di quanto affermato dalla S.C., dunque, dell'esistenza del contratto di vendita di materiali, intervenuto tra parte ricorrente e parte debitrice, non può in alcun modo dubitarsi. Ciò – lo si ribadisce – in forza dell'esistenza di fatture commerciali accettate da parte debitrice, aventi, in quanto tali, efficacia probatoria piena della sussistenza del relativo contratto.

L'efficacia probatoria postulata dagli artt. 2709 e 2710 c.c., invece, non riguarderebbe – secondo la pronuncia in epigrafe – le annotazioni delle fatture passive nei registri IVA (scritture, questi ultimi, previste dalle leggi tributarie, a fini fiscali, che l'imprenditore è obbligato a conservare).

Salvo un'isolata pronuncia di merito (Trib. Messina, 14 Aprile 2006, n. 559) che propende per la soluzione positiva, la Cassazione è ferma nell' escludere che le stesse rientrino nella disciplina di cui agli articoli menzionati.

Tuttavia, la S.C. afferma, anche, come le annotazioni delle fatture passive possano costituire idonee prove scritte dell'esistenza di un credito, poiché costituiscono atto ricognitivo in ordine ad un fatto costitutivo, di un rapporto giuridico sfavorevole per il dichiarante, stante la loro

natura confessoria *ex* art. 2720 c.c. (Cass. civ., sez. III, 20 Dicembre 2018, n. 32935; Cass. civ. sez. III, 18 Febbraio 2005, n.3383).

Sulla base di tale arresto, con riferimento al caso qui esaminato, potrebbe affermarsi come con l'annotazione delle fatture passive nei propri registri, parte debitrice abbia ammesso l'esistenza del rapporto obbligatorio fondamentale e dunque del proprio debito verso parte ricorrente. E ciò, proprio in forza della natura di atto ricognitivo dell'anzidetta annotazione. Tale atto, infatti, presenta, ai sensi dell'art. 2720 c.c., un'efficacia probatoria piena delle dichiarazioni in esso contenute, la quale, ha natura confessoria, dunque operante in ordine a fatti produttivi di rapporti giuridici sfavorevoli per il dichiarante.

La Corte di cassazione nel caso di specie, tuttavia, ravvisa come sia mancata qualunque verifica circa l'effettiva annotazione, da parte del debitore, delle fatture passive nei propri registri IVA. Pertanto, il principio espresso nella massima sopra riportata, a ben vedere, costituisce una mera indicazione rivolta alla Corte di Appello chiamata, in sede di rinvio, a statuire sull' efficacia probatoria della fattura.

A conclusione di quanto detto è possibile rilevare come i Giudici di legittimità, con l'ordinanza in esame, abbiano affermato il principio di diritto della piena efficacia probatoria della fattura commerciale, accettata dal destinatario, circa l'esistenza di un corrispondente contratto. Conseguentemente, ai sensi dell'art. 384, secondo comma c.p.c., hanno imposto alla Corte di Appello di conformarvisi nel pronunciare la propria decisione.

Esecuzione forzata

Il regime della competenza nelle opposizioni esecutive: rilevabilità d'ufficio e impugnazione del provvedimento sulla competenza

di **Cecilia Vantaggiato**

Cassazione civile, sez. VI-3, ord. 11 novembre 2019, n. 29030 – Pres. Frasca – Rel. Graziosi

L'incompetenza per valore, nelle opposizioni esecutive, deve essere eccepita dall'opposto, a pena di decadenza, con la comparsa di risposta depositata nel termine di legge (dimidiato a dieci giorni, ai sensi dell'art. 616 c.p.c.), anteriormente all'udienza di prima comparizione, oppure può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice non oltre tale udienza, sempre a pena di inammissibilità.

CASO

G., creditrice di S.C., avviava una procedura esecutiva per il recupero delle spese legali. La debitrice proponeva opposizione, richiedendo contestualmente la sospensione dell'esecuzione forzata. Avverso l'ordinanza che statuiva sulla sospensione dell'esecuzione, proponeva reclamo l'opposta, ottenendo la revoca del provvedimento sospensivo impugnato. Nel frattempo, la stessa creditrice G. avviava la fase di merito del giudizio di opposizione all'esecuzione, in cui si costituiva la debitrice, eccependo tra l'altro in sede di comparsa di risposta, tardivamente depositata, l'incompetenza per valore del Tribunale di Perugia.

Il Tribunale, decidendo sulla competenza, rilevava il valore della causa inferiore ad Euro 5.000,00 e stabiliva la competenza del Giudice di Pace.

Avverso l'ordinanza la creditrice G., che aveva dato impulto alla fase di merito del giudizio oppositivo, ha proposto regolamento necessario di competenza.

SOLUZIONE

Con l'ordinanza in commento la Suprema Corte ha ribadito la regola secondo cui l'eccezione di incompetenza per valore nelle opposizioni esecutive deve essere proposta dal convenuto nel termine di dieci giorni prima dell'udienza di prima comparizione ai sensi dell'art. 616 c.p.c. oppure può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice non oltre l'udienza di prima comparizione.

QUESTIONI

La sentenza della S.C. offre l'occasione per soffermarsi sul regime della competenza nelle opposizioni esecutive.

Come noto, nelle procedure di opposizione di merito all'esecuzione *ex* art. 615 c.p.c. la domanda dell'attore è volta alla contestazione dell'*an* dell'esecuzione, vale a dire del diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata: tale diritto, che condiziona l'intero processo esecutivo, presuppone un valido titolo esecutivo.

L'opposizione all'esecuzione come delineata dall'art 615 c.p.c. può svolgersi diversamente a seconda che l'esecuzione non sia ancora iniziata ovvero sia già cominciata. In tale seconda ipotesi il G.E., avanti al quale sia stato proposto il ricorso, provvede a fissare con decreto in calce al ricorso stesso l'udienza in camera di consiglio dinanzi a sé e un termine perentorio per la notifica del ricorso e del decreto stesso. Nell'udienza camerale di cui all'art. 185 disp. att. c.p.c. il giudice dell'esecuzione (che assomma in sé le funzioni di organo del processo esecutivo e di giudice dell'opposizione) si pronuncia anche sull'istanza di sospensione dell'esecuzione con ordinanza reclamabile al collegio *ex* artt. 624 e 669 *terdecies* c.p.c.

A seguito di tale fase camerale, secondo il disposto del 185 disp. att. c.p.c., il giudizio esecutivo e quello di opposizione proseguono autonomamente: l'opposizione è, invero, un giudizio a struttura bifasica, la cui prima fase si svolge davanti al G.E. (fase interinale e interdettale volta alla sospensione del procedimento espropriativo) e si conclude con l'adozione dei provvedimenti sull'istanza di sospensione *ex* art. 624 c.p.c.; la seconda fase si svolge davanti al giudice del merito, con giudizio incardinato a seguito di fissazione del termine *ex* art. 616 c.p.c., in caso di opposizione all'esecuzione, ovvero *ex* art. 618, comma 2, c.p.c., in caso di opposizione agli atti esecutivi.

L'art 616 c.p.c., infatti, come modificato dalla riforma del 2006, prevede che, se competente per la causa sia l'ufficio giudiziario cui appartiene il G.E., questi deve fissare un termine perentorio per l'introduzione del giudizio di merito, secondo quanto previsto in ragione della materia e del rito, osservati i termini a comparire di cui all'art. 163 *bis* c.p.c., ridotti della metà. Ciò consente di comprendere la *ratio* dell'art 616 c.p.c., che consiste nel privare il giudice dell'esecuzione del potere di istruire e decidere l'intero giudizio di opposizione, limitando la sua cognizione alla sola decisione sull'eventuale istanza di sospensione, previo svolgimento di una cognizione semplificata di carattere "cameral-cautelare" (Arieta, De Santis, *L'esecuzione forzata*, in Tratt. Montesano, Arieta, III, 2, Padova, 2007, 1738 ss.).

Il codice di rito, tuttavia, contempla anche la possibilità che ad essere competente sia un altro giudice (ad es., come nel caso di specie, quando competente per materia o valore sia il giudice di pace oppure una sezione specializzata): in tale ipotesi il G.E. rimette le parti avanti all'ufficio giudiziario competente, assegnando termine perentorio per la riassunzione della causa.

Il convenuto nella fase di merito deve costituirsi come nel normale giudizio di cognizione mediante comparsa di risposta, svolgendo in essa l'attività difensiva che ritiene opportuna,

sollevando eccezioni processuali o di merito o finanche domande riconvenzionali (purché non duplicative del titolo azionato *in executivis*, per le quali difetterebbe di interesse ad agire, avendo già un titolo esecutivo).

Nel caso di specie, l'eccezione di competenza era stata proposta in uno stadio tardivo, essendo stata veicolata nella comparsa di risposta depositata in data 19 dicembre 2016, laddove l'udienza di prima comparizione era stata fissata per il 21 dicembre 2016, in evidente violazione del termine minimo, ancorché dimezzato a dieci giorni.

Occorre ricordare, infatti, che anche nel processo di opposizione all'esecuzione vale la regola posta dall'art. 38, comma 3, c.p.c., che confina il potere di rilievo officioso della incompetenza per valore, della incompetenza per materia e della incompetenza per territorio inderogabile non oltre l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. La dichiarazione di incompetenza, quindi, è emessa *contra legem*, ove l'incompetenza venga eccepita tardivamente ovvero quando non sia stata oggetto di rilievo del giudice nell'udienza *ex* art. 183 c.p.c.

Obbligazioni e contratti

Contratto d'appalto e "concorrenza delle garanzie" a tutela del committente

di **Alessandra Sorrentino**

Cass. civ., Sez. II, 25 luglio 2019, n. 20184, ord. – Pres. Manna – Rel. Sabato

(art. 1667 c.c., art. 1669 c.c.)

Appalto – Difformità e vizi dell'opera – Concorrenza delle garanzie ai sensi degli artt. 1667 e 1669 c.c. – Ammissibilità – Potere del giudice di qualificare la domanda – Sussistenza – Fondamento – Conseguenze

[1] In tema di appalto sussiste la concorrenza delle garanzie previste dagli artt. 1667 e 1669 c.c., in vista del rafforzamento della tutela del committente; ne consegue che, ove a fondamento della domanda siano dedotti difetti della costruzione così gravi da incidere sugli elementi essenziali dell'opera stessa, influendo sulla sua durata e compromettendone la conservazione, il giudice è sempre tenuto, ove le circostanze lo richiedano, a qualificare la domanda, in termini di risarcimento per responsabilità extracontrattuale (art. 1669 c.c.), ovvero contrattuale di adempimento o riduzione del prezzo e risoluzione (art. 1667 c.c.).

CASO

[1] Il committente-opponente proponeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo avente ad oggetto le somme richieste dalla società appaltatrice a titolo di corrispettivo per lavori di ristrutturazione effettuati nell'immobile di proprietà del primo ed in relazione ai quali il committente aveva denunciato taluni vizi, chiedendo, in via riconvenzionale, la condanna dell'appaltatore al risarcimento dei danni patiti in conseguenza della non corretta esecuzione delle opere.

Il Giudice di prime cure revocava il decreto ingiuntivo ed accoglieva la domanda riconvenzionale dell'opponente, condannando l'appaltatore al risarcimento del danno.

La Corte d'appello, riconducendo la fattispecie oggetto d'esame a quella disciplinata dall'art. 1667 c.c., rigettava la domanda riconvenzionale del committente, essendo questi decaduto dal termine per la denuncia dei vizi.

Il committente ricorreva in Cassazione, affidato all'unico motivo per il quale la corte di merito erroneamente avrebbe ricondotto la fattispecie *de quo* all'art. 1667 c.c., anziché all'art. 1669

c.c., e che di conseguenza i vizi erano stati tempestivamente denunciati, posto che tale ultima norma prevede un termine di decadenza di un anno, anziché di sessanta giorni, come stabilito dall'art. 1667 c.c.

SOLUZIONE

[1] La Suprema Corte con la sentenza in commento ha affermato il seguente principio:

– "*Il principio per cui in tema di appalto il giudice può qualificare la domanda proposta ricollegandola all'art. 1669 c.c. invece che considerarla quale richiesta di adempimento contrattuale ex art. 1667 c.c., allorché a suo fondamento siano dedotti difetti della costruzione così gravi da incidere sugli elementi essenziali dell'opera stessa, è coerente con la ratio di rafforzamento della tutela del committente sottesa alla stessa introduzione nell'ordinamento dell'art. 1669 c.c., in aggiunta all'art. 1667 c.c. (c.d. "concorrenza delle garanzie")*".

QUESTIONI

[1] Nella sentenza in commento la questione che ha richiesto l'intervento della Suprema Corte afferiva all'inquadramento della fattispecie *de quo* nell'alveo della disposizione di cui all'art. 1667 c.c. ovvero in quello dell'art. 1669 c.c., laddove, invece, la corte di merito – dopo aver qualificato il contratto intervenuto tra le parti quale contratto di appalto – l'aveva ricondotta semplicisticamente all'ipotesi di difformità e vizi dell'opera disciplinati dall'art. 1667 c.c.

Prima di esaminare le conclusioni cui è pervenuta la Suprema Corte sul punto, appare opportuno soffermarsi, sia pure brevemente, sui **due livelli di protezione** approntati dal codice civile **a tutela del committente** in tema di vizi nel contratto di appalto ed intorno ai quali verte la decisione in commento.

Nel caso di difformità, rispetto al progetto convenuto, o di vizi presenti nell'opera, l'art. 1667 c.c. stabilisce che il committente può invocare un'apposita garanzia nei confronti dell'appaltatore, denunciando difformità o vizi entro sessanta giorni dalla scoperta, pena la decadenza dal diritto alla garanzia medesima. Il committente deve, inoltre, intentare l'azione nei confronti dell'appaltatore entro il termine prescrizionale di due anni dalla consegna.

L'art. 1669 c.c. contempla, invece, una speciale responsabilità dell'appaltatore, qualora si tratti di edifici o di altre cose immobili, quando, nel corso di dieci anni dal compimento dell'opera, per vizio del suolo o per difetto di costruzione, questa rovini in tutto o in parte, o presenti evidente pericolo di rovina o, ancora, risulti affetta da gravi difetti.

In questi casi, l'appaltatore risponde qualora il committente o i suoi aventi causa denuncino la circostanza che intendono fare valere entro un anno dalla scoperta e agiscano nel termine di un anno dalla denuncia.

I due mezzi di tutela differiscono, in particolare, per i presupposti che li caratterizzano: l'art.

1669 c.c.,

infatti, quando parla di "rovina" o "pericolo di rovina" mostra di prendere in considerazione difetti di particolare portata, in ogni caso maggiore di quella che caratterizza i difetti di cui si occupa l'art. 1667 c.c.

I gravi difetti, che l'art. 1669 c.c. pone sullo stesso piano della "rovina" e del "pericolo di rovina", i quali sono intesi come situazioni che incidono sulla stabilità e sulla conservazione dell'opera, sono non solo quelli che incidono sulla stabilità e conservazione dell'opera, pur non comportandone la rovina e pur non comportando pericolo di rovina della stessa, ma anche quelli che ne limitano notevolmente la fruibilità.

Tornando alla pronuncia in commento, la Suprema Corte ha osservato che, sussistendo nel caso di specie difetti costruttivi inerenti alla funzionalità dell'immobile (scorretta sopraelevazione dei pilastri, non perfetta aderenza delle travi di colmo e non corretto appoggio della copertura sulle travi), il Giudice di seconde cure avrebbe dovuto ricondurre gli stessi alla fattispecie di cui all'art. 1669 c.c. e non a quella di cui all'art. 1667 c.c.

Sul punto la Suprema Corte ha ribadito l'orientamento secondo cui nell'esercizio del potere di interpretazione e qualificazione della domanda, in tema di risarcimento dei danni da vizi per appalto d'opera, il Giudice non deve essere condizionato dalle formule contenute nella domanda di parte – che, peraltro, nel caso di specie aveva pure espressamente dedotto l'applicabilità dell'art. 1669 c.c. – , dovendosi piuttosto guardare al contenuto sostanziale della domanda giudiziale, nel rispetto del **principio della corrispondenza della pronuncia alla richiesta**.

Sulla base di tale principio, i Giudici di legittimità hanno ribadito il proprio orientamento secondo cui **in un contratto d'appalto privato**, nel caso in cui l'immobile presenti **gravi vizi e difetti**, è ammissibile la **concorrenza delle garanzie contrattuali** ed **extracontrattuali** previste a **tutela del committente**.

Secondo la Cassazione, in tema di appalto, **non sussiste incompatibilità tra le tipologie di danno di cui agli artt. 1667 e 1669 c.c.**, con la conseguenza che il committente di un immobile che presenti "gravi difetti" potrà invocare, oltre al rimedio del risarcimento del danno (contemplato soltanto dall'art. 1669 c.c.), anche i rimedi riparatori previsti dal combinato disposto dell'art. 1668 c.c. e 1667 c.c. (**eliminazione dei vizi**, **riduzione del prezzo**, **risoluzione del contratto), purché il committente non sia incorso nella decadenza prevista dall'art. 1667 co. 2°, c.c.**

Infatti, secondo la Suprema Corte, nonostante la diversa natura giuridica del titolo di risarcimento (extracontrattuale quello di cui all'art. 1669 c.c., contrattuale l'altro), per quanto concerne la struttura, le relative fattispecie si configurano l'una (art. 1669 c.c.) come sottospecie dell'altra (art. 1667 c.c.), giacché i "gravi difetti" dell'opera si traducono inevitabilmente in "vizi" della medesima.

Talché la presenza di elementi della prima (gravi difetti) implica anche la presenza di elementi della seconda (vizi), con la conseguenza che continua ad applicarsi la norma generale anche in presenza dei presupposti di operatività di quella speciale (Cass. civ., 815/2016; Cass. civ., 3702/2011) e con l'ulteriore conseguenza che si determina, a rafforzare la tutela del committente, una "concorrenza di garanzie", posto anche il potere d'ufficio del Giudice di qualificare la domanda nel merito quale domanda di risarcimento in forma specifica del danno da responsabilità extracontrattuale ex art. 1669 c.c., anziché di richiesta di adempimento contrattuale ex art. 1667 c.c.

Quindi, **di fronte alla domanda con cui venga chiesta la condanna dell'appaltatore a risarcire o eliminare i vizi dell'opera, allorché a suo fondamento siano dedotti difetti della costruzione così gravi da incidere sugli elementi essenziali dell'opera stessa (influendo sulla sua durata e compromettendone la conservazione), il giudice è sempre tenuto a qualificare la domanda,** indagando concretamente il contenuto ed il carattere dei vizi posti alla base della domanda giudiziale, così da applicare la soluzione più efficace e conforme alla *ratio* di rafforzamento della tutela del committente sottesa all'art. 1669 c.c.

La pronuncia in commento coglie, poi, l'occasione per ricordare che i vizi ed i gravi difetti di cui all'art. 1669 c.c. sono certamente quelli che incidono sugli elementi strutturali, ai quali però devono essere aggiunti quelli che, pur attenendo ad elementi secondari ed accessori (impermeabilizzazioni, infissi, rivestimenti, etc.) sono comunque tali da compromettere la funzionalità e la normale utilizzazione del bene, menomandone apprezzabilmente il godimento.

Alla luce delle considerazioni svolte, la domanda del committente volta ad ottenere la condanna dell'appaltatore all'eliminazione dei vizi dell'opera è stata correttamente qualificata quale domanda di risarcimento in forma specifica del danno da responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 1669 c.c., anziché come richiesta di adempimento contrattuale ex art. 1667 c.c., dal momento che il committente ha posto quale fondamento della propria domanda difetti della costruzione talmente gravi da incidere sugli elementi essenziali dell'opera stessa, compromettendone la conservazione.

Secondo tale qualificazione giuridica, il committente ha dunque tempestivamente denunciato il vizio, posto che nella fattispecie di cui all'art. 1669 c.c. il termine di decadenza è di un anno e non di sessanta giorni, come nell'ipotesi disciplinata dall'art. 1667 c.c.

Comunione – Condominio - Locazione

L'individuazione del bene ricadente in condominio come presupposto per la ripartizione delle spese ex art. 1123 c.c.

di **Saverio Luppino**

Tribunale di Termini Imerese – Sentenza 8 gennaio 2018 n.7

Condominio – ripartizione delle spese – tabelle millesimali – proprietà esclusiva – parti comuni – pertinenze – art. 1123 c.c.

*"Il presupposto perché si instauri un diritto di condominio su un bene comune è costituito in relazione di **accessorietà strumentale e funzionale** che collega i piani o le porzioni di piano di proprietà esclusiva agli impianti o ai servizi di uso comune, **rendendo il godimento del bene comune strumentale al godimento del bene individuale e non suscettibile di autonoma utilità, come avviene invece nella comunione**".*

CASO

Il proprietario di n.2 delle 22 unità abitative che costituivano un Residence ed a cui erano state attribuiti dieci ventiduesimi delle spese relative alla manutenzione e gestione della piscina condominiale, in contrasto con il regolamento, in cui si prevedeva che ad ogni unità abitativa corrispondesse una pari quota**, impugnava la delibera** di ripartizione delle spese e chiedeva la correzione delle tabelle millesimali, in modo che fossero attribuite le quote anche agli originari proprietari dell'area sulla quale il Residence sorgeva, evocando in giudizio l'amministratore di Condomini ed anche i singoli comproprietari.

Costituendosi in giudizio l'amministratore eccepiva preliminarmente la carenza di litisconsorzio necessario con tutti i singoli condomini ed inoltre rappresentava che la delibera impugnata era stata sostituita con altra successiva e correttiva della precedente.

Ciò nondimeno parte attrice aderiva alla declaratoria di cessazione della materia del contendere in ordine alla suddivisione delle spese, ma manteneva ferma la domanda di correzione/revisione delle tabelle millesimali, chiedendo l'autorizzazione a chiamare in causa i terzi, che non avevano in carico le quote (di pagamento delle spese della piscina) e ai quali l'originario costruttore aveva trasferito n.8 unità abitative in permuta al terreno sui cui insorgeva il fabbricato.

I terzi costituitisi in giudizio eccepivano l'inesistenza di qualsiasi errore nelle tabelle millesimali, in quanto sussistevano nello stesso luogo due distinti condomini/fabbricati, uno il

Residence comprendente la piscina, l'altro i loro 8 appartamenti senza uso della piscina e staccato dal condominio principale.

Sempre ai fini di un corretto inquadramento della questione, forse dilungandoci nell'esplicazione del caso, in esito alla difesa posta in essere dai chiamati in causa, l'attore modificava le conclusioni della causa di impugnazione a delibera assembleare, chiedendo dichiarare la simulazione dell'atto pubblico di trasferimento della permuta delle unità abitative con il terreno in capo ai chiamati e conseguentemente accertare che anche le otto unità abitative risultavano fare parte del Residence a pieno titolo, con il che risultavano errate le tabelle millesimali non ricomprendenti le quote di questi ultimi per il pagamento della piscina, in quanto essa doveva intendersi ad ogni effetto comune ad entrambi i corpi del fabbricato.

SOLUZIONE

Il Tribunale, prendeva atto della cessazione della materia del contendere con riferimento all'impugnazione della delibera, rigettava le nuove domande formulate da parte attrice, in ordine all'accertamento della simulazione del contratto di permuta, accertava la natura pertinenziale della piscina a solo vantaggio dei beni di proprietà esclusiva ed infine rigettava la richiesta di revisione delle tabelle millesimali.

QUESTIONI

Preliminarmente la sentenza tratta l'aspetto che concerneva l'eccezione sollevata dai terzi chiamati in causa di **presunta mutatio libelli** tramite memoria ex art. 183, c.6 cpc; giurisprudenza[1] costante, come richiamata dallo stesso Tribunale, ammette che vi possa essere precisazione della domanda originaria (emendatio libelli), in quanto non determina mutazione dei fatti costitutivi della pretesa, rimanendo **preclusa la formulazione di una nuova domanda in corso di causa**, diversa da quella originaria, sotto il profilo oggettivo, del tema d'indagine e di decisione, in quanto basato su presupposti diversi da quelli originari.

Sull'eccezione preliminare il Tribunale non ha esitazione nel giudicare l'inammissibilità della domanda, per così dire "all'allargata" dell'impugnante, poichè gli originari fatti costitutivi della medesima, inerivano esclusivamente all'impugnazione di delibera assembleare e revisione tabelle millesimali, non già all'accertamento della simulazione di un contratto, nella specie "*da permuta a preliminare di permuta di cosa futura";* peraltro, i terzi chiamati in causa, non avevano formulato alcuna domanda riconvenzionale, atta ad estendere l'accertamento giudiziale.

Cosicchè il nodo centrale della controversia riguardava l'accertamento sulla "condominialità" della piscina e la conseguente suddivisione delle spese di manutenzione tra tutti i condomini, ma solo in ragione dell'originario fatto costituivo allegato dall'attore e senza possibilità di estendere l'accertamento ad altro.

Posto quanto sopra ai fini dell'accertamento della proprietà comune o individuale del bene in

questione, la CTU rilevava che la piscina veniva costruita su terreno di proprietà esclusiva e dunque originariamente a vantaggio di un unico proprietario, ciò risultava confermato dall'ubicazione laterale e non centrale della medesima, come risultante dal confronto con analoghe costruzioni in altri residence presenti nella medesima zona.

Infatti, stando al Piano di Lottizzazione, la piscina doveva essere costruita nella parte centrale del complesso e non laterale con esclusivo vantaggio di un solo corpo di fabbrica e beneficio di un solo proprietario.

Nei fatti, nonostante l'anomala dell'ubicazione della piscina, sin dall'inizio della costituzione del condominio, ne avevano usufruito tutti i condomini, contribuendo alle spese di manutenzione e gestione, nel rispetto delle quote di proprietà, esclusi gli odierni terzi chiamati in giudizio.

A questo punto, il Tribunale dirimeva la questione sulla condominialità del bene, uniformandosi ad un consolidato orientamento di Cassazione: *"il presupposto perché si instauri un diritto di condominio su un bene comune è costituito in relazione di accessorietà strumentale e funzionale che collega i piani o le porzioni di piano di proprietà esclusiva agli impiantii o ai servizi di uso comune, rendendo il godimento del bene comune strumentale al godimento del bene individuale e non suscettibile di autonoma utilità, come avviene invece nella comunione"*[2], ritiene il bene suscettibile di autonoma utilità e quindi rientrante nelle parti comuni, ma a contenuto pertinenziale, pertanto rigetta la domanda attorea e ritiene legittimo il criterio di ripartizione delle spese di manutenzione ordinaria e straordinaria utilizzato, nella specie la suddivisione ex art. 1123 c.c.

[1] Trib. di Potenza, n.762/2018

[2] Corte di Cassazione, sez. II, n.4973/2007

Diritto successorio e donazioni

Azione di simulazione ai fini dell'opposizione a negozio di donazione. rilevabilità d'ufficio di diversa causa di invalidità

di **Matteo Ramponi**

Cassazione Civile, Sez. 2, sentenza n. 22457 del 9 settembre 2019

SUCCESSIONI "MORTIS CAUSA" – SUCCESSIONE NECESSARIA – REINTEGRAZIONE DELLA QUOTA DI RISERVA DEI LEGITTIMARI – AZIONE DI RIDUZIONE (LESIONE DELLA QUOTA DI RISERVA) – Compravendita dissimulante una donazione – Azione di simulazione finalizzata alla trascrizione dell'atto di opposizione ex art. 563, comma 4, c.c. – Rilevabilità d'ufficio di una diversa causa di nullità della donazione.

Il giudice innanzi al quale sia stata proposta un'azione di simulazione di una compravendita in quanto dissimulante una donazione, azione finalizzata alla successiva trascrizione dell'atto di opposizione, ai sensi dell'art. 563, comma 4, c.c., deve rilevare d'ufficio l'esistenza di una diversa causa di nullità della donazione e, ove sia già pendente il giudizio di appello e sia, perciò, ormai inammissibile un'espressa domanda di accertamento in tal senso della parte interessata, deve rigettare l'originaria pretesa, previo accertamento della nullità, nella motivazione, con efficacia, peraltro, di giudicato in assenza di sua impugnazione.

Disposizioni applicate

Cod. Civ.: artt. 1418, 1419, 1421, 769, 782, 553, 1414, 1415, 563, 4° comma

[1] Tizione e Caiona, con due atti rubricati quali vendite, stipulati nel mese di ottobre 2007 vendevano alla propria figlia e genero alcuni immobili, per un prezzo dichiarato di € 545.000,00.

Le altre due figlie dei disponenti, Tizia e Caia, convenivano in giudizio i genitori, nonché la sorella ed il cognato, rilevando che, in realtà, gli atti di vendita dissimulavano delle donazioni e portando a sostegno della loro posizione una serie di elementi indiziari quali, tra gli altri, il rapporto di parentela tra le parti contraenti, l'affermazione contenuta in contratto secondo cui il prezzo era stato integralmente pagato prima della stipula degli atti, l'incongruità del prezzo pattuito rispetto all'effettivo valore dei beni venduti.

Deducevano quindi di avere interesse a far accertare la natura simulata degli atti, al fine di potersi avvalere, essendo ancora in vita i pretesi donanti, del rimedio dell'opposizione alla donazione di cui all'art. 563 c.c., onde poter conservare, all'esito del vittorioso esperimento

dell'azione di riduzione, l'azione di restituzione nei confronti dei terzi acquirenti dei beni donati.

Il giudice di primo grado accoglieva la domanda, ritenendo che le vendite in realtà dissimulavano delle donazioni.

Veniva adita la Corte d'Appello la quale accoglieva il gravame, rigettando la domanda attorea. In particolare, il giudice di seconde cure osservava che la domanda proposta era da intendersi come volta all'accertamento della simulazione relativa oggettiva, ma che non poteva essere accolta in ragione della nullità per vizi di forma dell'atto dissimulato (le vendite, infatti, non erano state stipulate per atto pubblico con l'irrinunciabile presenza dei testimoni).

[2] Tizia e Caia proponevano, dunque, ricorso per Cassazione fondandolo su tre motivi, gli ultimi due dei quali meritano di essere esaminati nella presente sede.

Con il **secondo motivo**, le ricorrenti lamentavano la "*violazione e falsa applicazione degli artt. 1414 e ss. c.c. in tema di azione di simulazione relativa e di effetti del suo accertamento in relazione al negozio dissimulato*" sostenendo che "*una volta introdotta la domanda di simulazione relativa oggettiva, l'accertamento di una causa di nullità del negozio dissimulato deve condurre alla relativa declaratoria, ancorchè si riscontri che il contratto dissimulato sia privo dei requisiti di forma ovvero di sostanza. Ne deriva che a fronte della deduzione di nullità del negozio dissimulato di cui all'atto di appello, la Corte distrettuale avrebbe dovuto dichiarare il gravame inammissibile per difetto di interesse, ovvero avrebbe dovuto indurre la Corte a "ricalibrare" il contenuto della pronunzia, accertando l'inidoneità dell'atto dissimulato a produrre i suoi effetti*".

Il **terzo motivo** denunciava, invece, la violazione e falsa applicazione degli artt. 1414 e ss., e 1418 e ss. c.c., lamentandosi la violazione dei principi in tema di rilievo d'ufficio della nullità. A giudizio delle ricorrenti, "l'ordinamento non può tollerare che un negozio nullo possa continuare a produrre i suoi effetti, così che, a fronte del riscontro della carenza di testimoni per l'atto di donazione, la sentenza non poteva rigettare la domanda, assicurando in tal modo che il contratto continui a produrre i suoi effetti".

La Suprema Corte ha rigettato il ricorso ritenendo i motivi infondati, ma la sentenza epigrafata fornisce lo spunto per l'analisi di alcuni aspetti di massima rilevanza.

[3] E' fondamentale evidenziare l'elemento principale che caratterizza l'intera vicenda: l'essere ancora in vita dei pretesi donanti.

In simili ipotesi, infatti, assai limitati sono, a parere della giurisprudenza, i poteri riconosciuti ai potenziali legittimari in merito al riconoscimento per via giudiziale della natura simulata di negozi compiuti dal proprio genitore o congiunto. Solo dopo la morte del donante, infatti, il legittimario ottiene pieno riconoscimento ad azionare i rimedi che l'ordinamento pone a tutela dei diritti di questi soggetti: solo dall'apertura della successione è possibile agire in riduzione per ottenere la declaratoria di inefficacia di un atto che abbia leso la quota di riserva di alcuno.

Per tale ragione, le attrici, in primo grado, chiedevano che venisse accertata la natura simulata delle vendite, non al fine di vedere tutelati i loro diritti di legittimarie (diritti non ancora lesi), bensì allo scopo "*di poter procedere alla trascrizione dell'atto di opposizione alla donazione, di cui al quarto comma dell'art. 563 c.c., ed al fine di preservare l'azione di restituzione verso i terzi acquirenti, una volta intervenuto l'accoglimento dell'azione di riduzione (come detto, da proporsi in epoca successiva alla morte dei donanti)*".

Prima dell'intervento legislativo del 2005 che ha modificato la citata norma, nella visione della giurisprudenza non era consentito al (futuro e potenziale) legittimario l'esercizio dell'azione di simulazione, né relativa, né assoluta.

Sin dal 1987, gli Ermellini hanno avuto modo di affermare che *"a norma del secondo comma dell'art. 1415 cod. civ., i terzi possono far valere la simulazione nei confronti delle parti solo quando essa pregiudica i loro diritti. Pertanto, poiché al figlio non spetta alcun diritto sul patrimonio del genitore prima della morte e della accettazione dell'eredità dello stesso neppure in quanto legittimario, data la non configurabilità di una lesione di legittima in ordine ad un patrimonio non ancora relitto – deve escludersi la legittimazione del figlio a far valere la simulazione di una compravendita intercorsa tra il genitore, tuttora in vita, ed un altro figlio, senza l'adesione alla domanda del genitore, titolare del diritto, possa spiegare un effetto integrativo della carente legittimazione"* (così Cass. Civ., Sez. 2, Sentenza n. 2968 del 27/03/1987).

Nel 2005 è stata introdotta la possibilità per i legittimari, allo stato solo potenziali, di notificare e trascrivere un atto stragiudiziale di opposizione ai negozi liberali compiuti dal futuro *de cuius* – anche quando questi è ancora in vita – per non vedere decorrere, nei loro confronti, il termine ventennale di cui alla norma in esame che vedrebbe pregiudicato il diritto di chiedere la restituzione del bene ai terzi subacquirenti del bene donato. Per la prima volta, dunque, veniva concesso ad un futuro legittimario una forma di "tutela" esercitabile anche prima della morte del donante.

La Suprema Corte ha avuto modo di pronunciarsi successivamente alla introduzione della modifica legislativa, venendo ad affermare, con ragionamento lineare e condivisibile, che "*per poter proporre l'opposizione, il coniuge o i parenti in linea retta del simulato alienante debbono previamente aver esperito con successo l'azione di simulazione relativa, onde far accertare che le parti abbiano effettivamente inteso realizzare una donazione, nei cui confronti è unicamente previsto l'atto di opposizione: sotto tale profilo è innegabile, alla luce delle recenti modifiche degli artt.561 e 563 cod. civ., nei termini sopra indicati, la proponibilità dell'azione di simulazione ancor prima dell'apertura della successione dell'alienante*". È indubbio che, per trascrivere l'atto di opposizione, nelle ipotesi di vendite simulate il futuro legittimario debba poter adire il giudice onde far accertare che le parti abbiano effettivamente inteso realizzare una donazione[1].

[4] Proseguendo nel ragionamento, gli Ermellini giungono ad una ulteriore affermazione, escludendo *"che sia possibile in vita del donante esercitare l'azione di simulazione assoluta (volta a far valere l'apparente fuoriuscita del bene dal suo patrimonio) ovvero l'accertamento di una donazione dissimulata ma compiuta mediante un atto simulato che non abbia i requisiti di forma o*

di sostanza prescritti per l'atto dissimulato, in quanto, se il presupposto legittimante eccezionalmente l'azione di simulazione in vita dell'ereditando è l'esigenza di assicurare la trascrivibilità dell'atto di opposizione, è evidente che a fronte di un atto di donazione affetto da nullità, come nel caso in esame, non vi sia possibilità di trascrivere l'opposizione, e che quindi non sia consentito derogare al generale principio dell'inammissibilità delle azioni di simulazione ad opera del futuro legittimario".

In sostanza, poiché solo in caso di donazione valida sarebbe notificabile e trascrivibile un atto di opposizione ed essendo rinvenibile una legittimazione attiva anteriore all'apertura della successione solo a tal fine, nessuna domanda di accertamento della simulazione avente diverso scopo sarebbe ammissibile.

Per tali ragioni la Cassazione ha respinto il ricorso di Tizia e Caia, ritenendo corretta la pronuncia della Corte di Appello laddove "*ha rilevato la nullità degli atti dissimulati, non trovando tale dovere limitazione in ragione del grado di giudizio in cui trovasi la causa, non essendole però consentito, anche, in assenza di una domanda di accertamento della nullità già avanzata in primo grado, addivenire alla relativa declaratoria in grado di appello, alla luce della regola che vieta la proposizione di domande nuove in grado di appello, e che opera anche nel caso in cui il rilievo della nullità avvenga d'ufficio*".

[5] Ciò posto, tuttavia, gli Ermellini, sottolineano come "*le Sezioni Unite*[2] *hanno chiarito che, laddove il rilievo della nullità intervenga in occasione della disamina di una domanda volta a far valere una diversa patologia negoziale, in assenza di una domanda di nullità, da avanzare però esclusivamente nel corso del giudizio di primo grado, il giudice deve rigettare la domanda proposta, sebbene dando atto in motivazione del fatto che il rigetto è determinato dal rilievo di una causa di nullità del negozio, che però non può essere dichiarata, mancando appunto un'espressa richiesta delle parti formulata nel rispetto delle regole di rito. In tal caso però (....) l'accertamento della nullità, ancorché non sfociato in una dichiarazione in dispositivo,* ***acquisisce efficacia di giudicato tra le parti****, precludendo in un successivo giudizio che possa essere posto nuovamente in discussione*".

Sulla base delle considerazioni svolte dalle Sezioni Unite, l'organo giudicante, pur rigettando il ricorso, precisa come l'accertamento dell'invalidità "*anche in quanto legato al riscontro dell'effettiva volontà delle parti contraenti, divenga inoppugnabile nei rapporti tra le parti del presente giudizio, e quindi foriero di apportare vantaggi alle ricorrenti allorquando, una volta apertasi la successione dei donanti, si tratterà di verificare quale sia l'effettiva consistenza del loro patrimonio, includendo anche quei beni solo apparentemente fuoriusciti con la stipula degli atti oggetto di causa*".

In conclusione, se è pur vero che, vivente il donante, il (futuro) legittimario non può far valere l'azione di simulazione per scopi diversi da quelli legati alla notificazione e trascrizione dell'atto di opposizione, deve ritenersi che il giudice di merito debba e possa rilevare anche d'ufficio l'esistenza di una causa di invalidità del negozio simulato con una pronuncia che, pur comportando il rigetto dell'originaria pretesa, avrà efficacia di giudicato tra le parti, in assenza di impugnazione.[3]

[1] Interessante riportare il pensiero della Corte anche in ordine alla possibilità di esercizio dell'azione di restituzione verso terzi nell'ipotesi di vendite simulate ed in quelle di donazioni indirette, laddove ritiene che "*debba fornirsi risposta positiva al quesito circa la proponibilità dell'azione di restituzione, nei confronti di terzi, da parte del legittimario che abbia vittoriosamente agito in riduzione, nei limiti di cui all'art. 563 cod. civ., comma 1, anche nell'ipotesi di atto formalmente oneroso che dissimuli una donazione, non potendosi invece reputare estensibile alla diversa ipotesi di cd. donazione indiretta, alla luce di quanto affermato da Cass., 12 maggio 2010, n. 11496, che ha appunto escluso che in tal caso al legittimario sia data anche una tutela recuperatoria di carattere reale, essendo i suoi diritti assicurati solo dall'obbligo del donatario di reintegrare la quota lesa con il suo controvalore economico*".

[2] Sentenze nn. 26242/2014 e 26243/2014

[3] La Suprema Corte, nella pronuncia in commenta, pronuncia il seguente principio di diritto: *"il giudice innanzi al quale sia stata proposta un'azione di simulazione di una compravendita in quanto dissimulante una donazione, azione finalizzata alla successiva trascrizione dell'atto di opposizione, ai sensi dell'art. 563, comma 4, c.c., deve rilevare di ufficio l'esistenza di una diversa causa di nullità della donazione e, ove sia già pendente il giudizio di appello, e sia perciò ormai inammissibile un'espressa domanda di accertamento in tal senso della parte interessata, deve rigettare l'originaria pretesa, previo accertamento della nullità, nella motivazione, con efficacia, peraltro, di giudicato in assenza di sua impugnazione"*.

Diritto e reati societari

È configurabile il concorso eventuale di persone nel reato ex art. 2626 c.c., se il socio contribuisce alla determinazione, all'istigazione o al rafforzamento del proposito criminoso degli amministratori

di **Dario Zanotti**

Cass. pen., Sezione VI, Sentenza del 25 ottobre 2017, n. 53832

Parole chiave: reati societari – indebita restituzione dei conferimenti – reato proprio – concorso eventuale – socio beneficiario

Massima: "Trovano applicazione le disposizioni sul concorso eventuale di persone nella loro funzione incriminatrice qualora il socio non si sia limitato a trarre vantaggio dalla restituzione o dalla liberazione dei conferimenti, ma abbia fornito un effettivo contributo di volontà, qualificabile in termini di determinazione, istigazione o rafforzamento del proposito criminoso dei titolari dei poteri di gestione".

Disposizioni applicate: art. 2626 c.c.; art. 110 c.p.

Con il presente arresto giurisprudenziale, la Corte di cassazione chiarisce i termini della configurabilità del concorso eventuale di persone nel reato di indebita restituzione dei conferimenti ai soci *ex* art. 2626 c.c., qualora il socio beneficiario apporti un effettivo contributo alla formazione della volontà degli amministratori, in termini di determinazione, istigazione o rafforzamento del proposito criminoso.

Il caso oggetto di analisi riguarda gli amministratori della società calcistica Alfa, contro i quali il Tribunale di Latina, in sede di riesame *ex* art. 324 c.p.p., ha confermato il sequestro preventivo, disposto dal Giudice per le indagini preliminari, di alcune somme ritenute il profitto di diversi reati, tra cui quello di cui all'art. 2626 c.c. Oltre che nei confronti degli amministratori e di Alfa, il g.i.p. di Latina ha disposto misure cautelari reali anche nei confronti di alcuni soci di Alfa, poiché sottoposti ad indagini anche a titolo di concorso nel reato di indebita restituzione dei conferimenti.

Tra le questioni affrontate dalla Suprema Corte, merita senz'altro una menzione quella sulla legittimità costituzionale dell'art. 324, comma 7, e dell'art. 325 c.p.p. in relazione all'art. 111, comma 3, Cost., come interpretati dalla giurisprudenza, poiché da una parte non si prevede un termine perentorio per il deposito della motivazione dell'ordinanza del Tribunale del riesame

in materia reale, dall'altra si prevede, a pena di decadenza, il termine di dieci giorni per proporre ricorso per cassazione avverso tale ordinanza – indipendentemente dall'ampiezza del lasso di tempo cui ha fatto ricorso il Tribunale del riesame per il deposito della motivazione della propria decisione. Sul punto, la Cassazione ritiene di non dover mutare il proprio orientamento, rinviando a quanto deciso con sentenza resa a Sezioni Unite n. 18954 del 31 marzo 2016, secondo cui l'interpretazione contestata dalla difesa degli imputati non si pone in contrasto con esigenze di difesa, in considerazione della natura reale, e non personale, delle misure cautelari comminate.

Inoltre, sempre in punto di legittimità delle misure cautelari reali, la Cassazione ha confermato la validità delle misure che dispongono il sequestro per equivalente, che consentono il superamento del rapporto pertinenziale tra bene e reato, permettendo così, in via eccezionale, la traslazione della misura ablatoria del bene collegato con il reato da un nesso pertinenziale ad altro bene risultato nella disponibilità dell'imputato, indipendentemente dalla provenienza legittima del medesimo (cfr. Cass. pen., S.U., 25 ottobre 2005, n. 41936). Pertanto, in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, all'interno del provvedimento non necessariamente si devono concretamente individuare i beni da sottoporre alla misura ablatoria, potendo il giudice limitarsi a determinare la somma di denaro che costituisce il profitto o il prezzo del reato o il valore ad essi corrispondente; mentre, l'individuazione specifica dei beni da apprendere e la verifica del loro valore al *quantum* indicato nel sequestro è riservata alla fase esecutiva demandata al Pubblico Ministero.

Tornando alla questione legata all'indebita restituzione dei conferimenti, l'art. 2626 c.c. costituisce un reato proprio, che può essere commesso solo dagli amministratori della società, quali titolari dell'obbligo di garanzia sull'integrità del capitale sociale; pertanto, tale reato non sarebbe in astratto configurabile in capo ai soci di Alfa, giacché il legislatore non ha inteso punire anche il socio beneficiario della restituzione del conferimento o della liberazione dall'obbligo di eseguire lo stesso.

Tuttavia, dalla ricostruzione dei fatti effettuata dal Tribunale in sede di riesame, appare evidente come il socio di Alfa, imputato a titolo di concorso nel reato di cui all'art. 2626 c.c., abbia concretamente contribuito alla condotta posta in essere dagli amministratori, partecipando alla delibera con cui è stata decisa l'indebita restituzione, precostituendo i conti su cui sarebbero stati versati i capitali e prendendo accordi coi medesimi amministratori, con i quali gli imputati si erano assicurati la restituzione dei conferimenti effettuati ad Alfa, senza il rispetto delle modalità prescritte dalla legge.

La Suprema Corte prosegue sottolineando come l'esclusione del concorso necessario del socio non implichi anche quella del concorso eventuale (art. 110 c.p.), qualora quest'ultimo abbia tenuto una condotta diversa ed ulteriore, rispetto a quella tipizzata dall'art. 2626 c.c. e non sottoposta a pena, che si risolva in un contributo di partecipazione atipico rispetto alla fattispecie punibile.

La Cassazione, alla luce delle condotte poste in essere dai soci di Alfa, perciò ritiene che il

Tribunale del riesame di Latina, abbia correttamente individuato un'ipotesi di concorso di persone nel reato, motivando in maniera adeguata il proprio provvedimento.

In conclusione, non può essere ravvisata la carenza dell'elemento soggettivo per la configurazione della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 2626 c.c., laddove trovano applicazione le disposizioni sul concorso eventuale di persone, a condizione quindi che il socio non si limiti a trarre vantaggio dalla restituzione o dalla liberazione dei conferimenti, ma fornisca un effettivo contributo di volontà, qualificabile in termini di determinazione, istigazione o rafforzamento del proposito criminoso degli amministratori.

Seminari di specializzazione
AZIONE DI RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DI SINDACI E REVISORI LEGALI DEI CONTI
Scopri le sedi in programmazione >

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

La sostituzione della delibera impugnata ex art. 2377, comma 8, c.c. e la tipologia dei relativi provvedimenti processuali

di **Mario Furno**

Sentenza del 01.03.2016 nr. 360 Tribunale di Venezia Sezione Specializzata in materia di Impresa

Parole chiave: Delibera Impugnata – Sostituzione – Poteri del Giudice – Cessazione della materia del Contendere – Difetto di interesse ad agire

Massima: Nell'ambito del giudizio avente ad oggetto l'impugnazione della delibera poi sostituita va effettuata una verifica della assenza di vizi suscettibile di provocare l'annullamento o la declaratoria di nullità della delibera che ha determinato la sostituzione e, ciò, a prescindere dalla autonoma impugnazione della seconda.

La norma di cui all'art. 2379 ultimo comma c.c., si estende alle ipotesi di nullità della delibera impugnata in quanto compatibili.

Riferimenti normativi: art. 2377, comma 8, c.c.; art. 2379, ultimo comma, c.c., art. 2479 ter, ultimo comma, c.c.

Caso

Avanti il Tribunale di Venezia, Sezione Specializzata in materia di impresa, era oggetto di impugnazione una decisione adottata dai soci di una s.r.l. con il metodo del consenso espresso per iscritto ai sensi dell'art. 2479 c.c.. Tale decisione era successivamente rinnovata dai soci e la delibera sostitutiva non risultata esser stata impugnata.

Per tale ragione, nel mentre i convenuti hanno sostenuto la sopravvenuta cessazione della materia del contendere, le altri parti in causa controparti hanno affermato che l'art. 2377, co. 8, c.c. impedisce pronunzia alcuna sulla invalidità della prima delibera solo se la seconda delibera, sostitutiva della prima, non sia affetta da vizi consistenti nella violazione di disposizione di legge o dello statuto.

Soluzione

Il Tribunale lagunare, in conformità a quanto affermato da dottrina e giurisprudenza, ritiene che il Giudice debba necessariamente effettuare la verifica della assenza di vizi suscettibili di

provocare l'annullamento o la declaratoria di nullità della delibera che ha determinato la sostituzione.

E ciò a prescindere dalla autonoma impugnazione della seconda delibera.

Questioni applicate nella pratica

La sentenza in esame offre l'occasione di affrontare il tema dei **poteri di indagine da parte del Giudice in caso di delibera sostitutiva ai fini della preclusione della dichiarazione di invalidità della delibera impugnata**; consente altresì di esaminare quale sia la **tipologia del provvedimento che definisce il giudizio** in caso di legittimità della delibera sostitutiva.

Ai sensi dell'art. 2377, co. 8, c.c. "*l'annullamento della deliberazione non può aver luogo, se la deliberazione impugnata è sostituita con altra presa in conformità della legge e dello statuto*".

La previsione dell'art. 2377, co. 8, c.c., dunque, preclude l'annullamento della deliberazione assembleare, qualora l'assemblea adotti successivamente una deliberazione sostitutiva conforme a legge ed a statuto anche qualora la deliberazione impugnata sia affetta da vizi di nullità, dato che la previsione è estesa alle ipotesi di nullità ex art. 2379 bis c.c. (Trib. Roma Sez. Spec. Imprese 28.11.2017).

In generale si afferma che nel giudizio di impugnazione di una deliberazione assembleare non si può procedere alla dichiarazione di nullità o all'annullamento della deliberazione impugnata, quando risulti che l'assemblea dei soci, regolarmente riconvocata, abbia validamente deliberato sugli stessi argomenti della deliberazione impugnata (Cass. 6304/1995; Cass. 12439/1997).

La nuova deliberazione, emessa dall'assemblea nuovamente convocata e regolarmente costituita, deve avere lo stesso oggetto della prima e dalla stessa deve risultare, quanto meno implicitamente, la volontà dell'assemblea di sostituire la deliberazione invalida, ponendo in tal modo in essere un atto sostitutivo ovvero ratificante di quello invalido ed una rinnovazione sanante con effetti retroattivi (Trib Roma 20.03.2017 Sez. Spec. Imprese).

Non è tuttavia necessario che il contenuto della delibera sostitutiva sia identico a quello della delibera sostituita: la preclusione normativa trova applicazione anche nel caso in cui la delibera sostitutiva che abbia contenuto diverso dalla delibera sostituita renda inoperante la delibera precedente.

Come rilevato nella sentenza in esame, affinchè si produca l'effetto sanante il Giudice è chiamato sempre e comunque a **verificare incidenter tantum** che la **deliberazione sostitutiva sia conforme a legge e a statuto**.

Si tratta di un accertamento incidentale che deve essere sempre effettuato, quand'anche, in ipotesi, contro la nuova deliberazione non sia stata proposta alcuna autonoma impugnazione

(Cass. 13 giugno 2008, n. 16017; Trib. Roma 20.03.2017 Sez. Spec. Imprese).

Osserva a tal proposito il Tribunale Lagunare che, ove si ravvisasse la necessità di un'impugnazione autonoma al fine della verifica di conformità, la disposizione contenuta nell'art. 2377, co. 8, c.c. perderebbe la sua portata e risulterebbe svuotata di significato, poiché consentirebbe "*defatiganti reiterazioni di delibere, tutte viziate e tuttavia idonee, salva autonoma impugnazione, a vanificare l'impugnazione delle precedenti*".

A sostegno di tale impostazione depone l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità, secondo il quale è onere del giudice estendere il proprio esame alla nuova delibera per verificare se sia stata eliminata la precedente causa di invalidità (Cass. 16 luglio 1998, n. 2570) e se tale deliberazione sia stata adottata in conformità alla legge e allo statuto. Ciò in quanto una nuova deliberazione nulla o annullabile non sarebbe idonea ad impedire l'annullamento della deliberazione impugnata (Cass. 06 Luglio 1953, n. 2137).

E' evidente che il suddetto giudizio incidentale non potrebbe mai portare ad una formale declaratoria di invalidità della successiva deliberazione, né comunque potrebbe estendersi ad un sindacato su vizi nuovi ovvero su vizi precedentemente non dedotti (Trib Roma 20.03.2017 Sez. Spec. Imprese).

Tale approccio tuttavia muta anzitutto in caso di impugnazione della seconda delibera, poiché, in tal caso, il Giudice è chiamato a verificare anche la sussistenza di vizi ulteriori rispetto a quelli dedotti in giudizio (Trib. Roma 28.11.2017 Sez. Spec. Imprese).

Inoltre, tale approccio muta in caso di nullità della seconda nuova delibera che sostituisce la prima oggetto di impugnazione; poiché tale vizio è rilevabile d'ufficio ai sensi dell'art. 2379, co. 2, c.c., il rilievo ed il conseguente accertamento, pur incidentale, ha come effetto l'esclusione dell'effetto sostitutivo.

Infine, l'approccio muta in caso di annullabilità della nuova delibera, laddove lo statuto sociale contenga la clausola arbitrale: osserva infatti il Tribunale nella sentenza in esame che le questioni inerenti all'annullabilità della delibera sostitutiva sono in tal caso devolute agli arbitri, con la conseguenza che la delibera risulta esser efficace stante l'impossibilità di indagine per la autorità giudiziaria.

Dopo aver verificato quindi, come sopra detto, che con la nuova delibera si sia rimossa la causa di invalidità e che la delibera sostitutiva sia conforme a legge ed a statuto, il Giudice può dichiarare l'intervenuta cessazione della materia del contendere oppure la inammissibilità della domanda, anche per carenza di interesse ad agire dell'attore, laddove le domande delle parti non dovessero convergere nella richiesta di estinzione del giudizio

Come opportunamente osservato, si tratta di soluzioni simili, poiché presuppongono il venir meno delle ragioni di contrasto che hanno determinato l'insorgere della lite, ma al tempo stesso molto diverse fra loro (**Bonzi Riccardo**, *Profili di diritto sostanziale e processuale in caso di*

sostituzione della delibera assembleare, in Giurisprudenza Commerciale, fasc. 4, 2019, pag. 902).

La cessazione della materia del contendere è fattispecie di estinzione del processo creata dalla prassi giurisprudenziale, che – anche in riferimento alla previsione di cui all'art. 2377, co. 8, c.c. – richiede che le parti sottopongano conclusioni conformi al giudice, dando così evidenza del venir meno delle ragioni che hanno determinato l'insorgere della lite e, dunque, del loro interesse ad agire.

Laddove, dunque, le parti non siano concordi, la giurisprudenza esclude che il Giudice possa dichiarare cessata la materia del contendere.

Nel contempo, tuttavia, la domanda va ugualmente rigettata per sopravvenuta carenza di interesse all'impugnazione (Trib. Roma 20.03.2017 Sez. Spec. Imprese).

Secondo la Corte di Cassazione, infatti, "la sostituzione della deliberazione assembleare impugnata con altra deliberazione conforme a legge e a statuto comporta l'inammissibilità, per sopravvenuto difetto di interesse ad agire, della domanda volta a far valere l'invalidità della delibera sostituita anche quando la sostituzione della delibera impugnata con altra esente da vizi sia intervenuta dopo l'introduzione del giudizio, in quanto la sussistenza dell'interesse ad agire deve valutarsi non solo nel momento in cui è proposta l'azione, ma anche nel momento della decisione" (Cass. Civ. 11 agosto 2017 n. 20071, Trib. Roma 28.11.2017 Sez. Spec. Imprese).

Tale orientamento si rinviene anche in una recente giurisprudenza edita dal Tribunale di Milano (Trib Milano 10 Luglio 2019 Sez. Spec. Imprese), che conclude per la dichiarazione di improcedibilità dell'azione per carenza (sopravvenuta) dell'interesse attuale e concreto ad agire, laddove la situazione di giuridica incertezza creata dalla deliberazione impugnata cessi con la modificazione apportata con delibera successiva: ciò in quanto non sussiste più l'interesse ad agire dell'attrice consistente nell'esigenza della rimozione della disposizione convenzionale incerta e pregiudizievole rispetto ai suoi specifici interessi dedotti in giudizio.

Si osserva, che "*venuto meno l'interesse utile giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice evidenziato dall'attrice in citazione, interesse qualificabile come interesse ad agire ex art 100 cpc, il processo non può proseguire essendo consentito nel sistema solo un utilizzo responsabile del processo per azioni oggettivamente dirette alla tutela effettiva di diritti e al conseguimento del risultato utile e concreto che la parte in tal modo intende perseguire (Cass 24434/2007)*".

Ne consegue quindi che la vertenza vada definita non con una pronuncia di cessazione della materia del contendere, ma con una sentenza processuale di improcedibilità della domanda per il venire meno dell'interesse ad agire quale condizione dell'azione.

E-learning
Percorso on-line di 15 ore
DIRITTO SOCIETARIO
Accedi al sito >
Matura 15 CFP

Diritto Bancario

Il contratto bancario sottoscritto dal funzionario di banca "per verifica firma e poteri"

di **Fabio Fiorucci**

I contratti bancari devono essere redatti per iscritto e un esemplare deve essere consegnato ai clienti; in caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo (art. 117, commi 1 e 3, TUB).

Nella prassi, talora si verifica che nei contratti bancari compaia la sottoscrizione del funzionario di banca in calce a dichiarazioni del seguente tenore: « dichiara valide e raccolte a cura di questa dipendenza le firme apposte » oppure « per verifica firma e poteri » e simili. Operativamente, si è posto il problema se una tale dichiarazione, sostanzialmente attestante la veridicità della firma del correntista, configuri o no una manifestazione di volontà dell'istituto bancario idonea al perfezionamento del contratto.

Secondo la prevalente giurisprudenza di merito (Trib. Reggio Emilia 14.5.2013 e 28.4.2015; Trib. Verona 28.5.2014, 14.1.2015, 2.12.2015 e 31.3.2016; Trib. Brescia 2.9.2016; Trib. Bergamo 11.1.2017. *Contra* Trib. Modena 6.5.2015; Trib. Alessandria 31.7.2017), il funzionario di banca non ha alcun potere certificativo dell'autenticità della sottoscrizione (non previsto da nessuna norma), con la conseguenza che l'unico significato che la sua sottoscrizione in calce alla scheda contrattuale può assumere non può che essere quello di estrinsecare la volontà negoziale della banca che in quel momento rappresenta, *ex* art. 2210 c.c. È infatti abitualmente affermato che nell'ambito dei contratti bancari che richiedono la forma scritta *ad substantiam*, la firma del funzionario di banca, non potendo avere potere certificativo della firma del cliente, deve essere intesa come esternazione della volontà negoziale del funzionario, in nome e per conto dell'istituto bancario, tanto più laddove il regolamento contrattuale sia già stato predisposto dalla banca stessa, nel corpo del testo si faccia ripetutamente riferimento al "contratto" così stipulato, l'efficacia di tale contratto non risulti subordinata all'approvazione di altro organo della banca ed il contratto sia poi stato effettivamente eseguito da tutte le parti

La Cassazione ha rilevato che «la figura del funzionario di banca è caratterizzata dal conferimento, da parte dell'Istituto di credito, della facoltà di firma sociale, consistente in un potere di rappresentanza da esercitarsi, anche congiuntamente, in via generale e continuativa nel nome e per conto della banca in relazione a mansioni che comportino il compimento di atti di contenuto gestionale, a rilevanza esterna, pertinenti all'esercizio dell'impresa, senza che quindi tale requisito possa identificarsi con qualsiasi forma certificativa o di quietanza o apposta in singoli determinati atti rientranti nelle mansioni di impiegato, che si collocano

all'interno della procedura di istruttoria di una pratica di finanziamento» (Cass. 8.11.2003, n. 16804; Cass. 28.5.2003, n. 8553).

Questa condivisibile impostazione appare confermata ma al contempo superata dalla recente giurisprudenza di legittimità, secondo cui il requisito della forma scritta del contratto bancario è rispettato ove lo stesso sia redatto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione del cliente, non necessitando la sottoscrizione anche della banca, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dalla stessa tenuti (Cass. Sez. Un. nn. 898/2018 e 1653/2018; Cass. nn. 14243/2018, 16362/2018 e 16406/2018).

Diritto del Lavoro

Responsabilità degli enti derivante da reati colposi

di **Evangelista Basile**

Cassazione Penale, Sezione IV, 27 settembre 2019, n. 39713

Responsabilità amministrativa dell'ente che risparmia sulle norme antinfortunistiche

Massima

I1 indipendentemente dal suo effettivo raggiungimento, e, il secondo, qualora l'autore del reato abbia violato sistematicamente le norme antinfortunistiche, ricavandone oggettivamente un qualche vantaggio per l'ente, sotto forma di risparmio di spesa o di massimizzazione della produzione, indipendentemente dalla volontà di ottenere il vantaggio stesso. A tal riguardo l'interesse ed il vantaggio per l'ente sono criteri alternativi tra di loro.

Commento

Il caso concreto esaminato dalla Cassazione riguardava l'infortunio occorso a un lavoratore dipendente con mansioni di aiuto-elettricista. Il lavoratore, mentre svolgeva per conto della società alcuni lavori in un cantiere dentro un centro commerciale in costruzione – lavori consistenti nel posizionare alcune canaline all'altezza di quattro metri, utilizzando a tale scopo un trabattello, cioè un mini–ponteggio – cadeva a terrà, poiché la tavola di legno costituente il piano di calpestio non era adeguatamente fissata, e si procurava lesioni guarite in più di quaranta giorni. La Corte d'Appello, in parziale riforma della sentenza di primo grado, confermava le condanne sia dell'amministratore unico della società che della società stessa, quest'ultima responsabile dell'illecito amministrativo ai sensi dell'art. 25-septies, comma 3, del d. lgs. n. 231 del 2001. Quanto alla responsabilità dell'amministratore unico, i Giudici di merito ravvisano la sua posizione di garanzia proprio nella carica di amministratore unico rivestita dallo stesso in seno alla Società, mentre il profilo di colpa da parte del medesimo veniva individuato nella violazione dell'art. 37, comma 1, del d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81, per non aver assicurato al lavoratore, che risultava avere solo una pregressa minima esperienza come aiuto elettricista, una formazione adeguata e sufficiente. Nel dichiarare l'inammissibilità dei ricorsi per cassazione proposti dalla Società e dal suo amministratore unico, la Suprema Corte ha innanzitutto precisato – in risposta a specifiche doglianze dei ricorrenti – che eventuali responsabilità di altri per il rischio interferenziale (nella specie, committente e appaltatore) non esclude comunque la responsabilità del datore di lavoro della persona offesa, atteso che, secondo un principio consolidato, le posizioni di garanzia a tutela della parte debole si sommano tra loro, non si escludono. Inoltre, la Corte di legittimità, nel dare continuità al principio riportato in massima, ha puntualizzato che l'"interesse" ed il "vantaggio" sono criteri

alternativi tra loro.

Nuove tecnologie e Studio digitale

Modalità di acquisizione del consenso per l'uso dei cookies "di profilazione"

di **Avvocato Gabriele Borghi**

I cookies sono stringhe di testo di piccole dimensioni che i siti internet visitati dall'utente inviano al suo terminale (di solito, rappresentato dal browser), dove vengono memorizzati per essere poi trasmessi agli stessi siti web alla successiva visita del medesimo utente.

Fatta questa doverosa premessa, ai fini di una corretta regolamentazione di tali dispositivi, risulta doveroso distinguerli giacché gli stessi, non possedendo delle peculiari caratteristiche tecniche, sono tra loro classificabili soltanto sulla base delle finalità perseguite dal soggetto che ha deciso di utilizzarli.

A tal riguardo, sono state, pertanto, individuate due macro categorie di cookies, ossia i cookies "tecnici" ed i cookies "di profilazione".

I cookies "tecnici" sono quelli utilizzati al solo fine di "*effettuare la trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica, o nella misura strettamente necessaria al fornitore di un servizio della società dell'informazione esplicitamente richiesto dal contraente o dall'utente a erogare tale servizio*" (cfr. art. 122 comma 1 del novellato D. Lgs. n. 196/2003): nel dettaglio, tale tipologia di marcatori può essere, a sua volta, ulteriormente suddivisa nelle seguenti micro categorie: a) cookies di navigazione o di sessione, che garantiscono la normale navigazione e fruizione del sito internet (es. permettono di realizzare un acquisto ovvero permettono di autenticarsi per accedere ad una area riservata); b) cookies analytics, i quali sono considerati assimilati ai cookies "tecnici" laddove utilizzati direttamente dal gestore del sito internet per raccogliere informazioni, in forma aggregata, sul numero degli utenti e su come questi visitano il sito medesimo; c) cookies di funzionalità, i quali permettono all'utente la navigazione del sito internet, in funzione di una serie di criteri da questi selezionati (es. lingua, prodotti) al fine di migliorare il servizio reso allo stesso.

CONTINUA A LEGGERE