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

Edizione di martedì 7 gennaio 2020

Impugnazioni

È escluso il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c. avverso il decreto di trasferimento se, potendolo fare, non si è impugnato il provvedimento di proroga del saldo prezzo
di **Giovanni Piazza**

Procedimenti di cognizione e ADR

La liquidazione delle spese di lite può essere unitaria solo se i processi separatamente promossi siano poi riuniti
di **Valentina Baroncini**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Omesso versamento d'imposte e meritevolezza del sovraindebitato
di **Carlo Trentini**

Esecuzione forzata

La condanna alla consegna è inidonea a fondare l'esecuzione per espropriazione
di **Cecilia Vantaggiato**

Obbligazioni e contratti

Nullità del contratto di investimento e abuso del diritto dell'investitore
di **Paolo Cagliari**

Comunione – Condominio - Locazione

La Corte di Giustizia Europea ed il metodo di fatturazione dell'energia termica negli immobili in condominio

di **Saverio Luppino**

Diritto successorio e donazioni

Preliminare di vendita di immobile di provenienza donativa: pericolo di rivendica ex art. 1481 c.c. ed eccezione di inadempimento
di **Corrado De Rosa**

Diritto e reati societari

Le controversie aventi ad oggetto la revoca degli amministratori di una società interamente partecipata da un Comune, anche se effettuata per mezzo di un provvedimento del Sindaco, sono decise dal giudice ordinario
di **Dario Zanotti**

Diritto Bancario

Novità per i mutui ipotecari per l'acquisto della prima casa oggetto di procedura esecutiva
di **Fabio Fiorucci**

Diritto del Lavoro

Somministrazione di lavoro a tempo indeterminato e licenziamento
di **Evangelista Basile**

Nuove tecnologie e Studio digitale

Il futuro che attende l'avvocato
di **Mario Alberto Catarozzo - Business Coach e Formatore**

Impugnazioni

È escluso il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c. avverso il decreto di trasferimento se, potendolo fare, non si è impugnato il provvedimento di proroga del saldo prezzo

di **Giovanni Piazza**

Cass., sez. Terza Civile, dep. 10/12/2019, n. 32136-2019, Pres. De Stefano – Est. Rossetti

CASO

[1] Prima della scadenza del termine per il pagamento del prezzo, gli aggiudicatari depositavano al Giudice dell'esecuzione una istanza di proroga del termine per il pagamento del prezzo, sulla quale il Giudice si esprimeva per l'accoglimento, valutando la non imputabilità ai medesimi del ritardo.

Preso atto della proroga, l'esecutato depositava il mese successivo istanza di revoca del predetto provvedimento, istanza rigettata dal Giudice dell'esecuzione.

Infine, successivamente al saldo del prezzo da parte degli aggiudicatari, veniva emesso il decreto di trasferimento.

Tale decreto veniva quindi impugnato dall'esecutato a norma dell'art. 617 c.p.c. con richiesta di declaratoria di nullità del medesimo, motivata dal fatto che il termine di pagamento del prezzo non poteva essere oggetto di proroga e che, al contrario, il Giudice avrebbe dovuto rilevare la decadenza degli aggiudicatari.

In prima istanza, il Tribunale ha rigettato l'opposizione considerando legittimo il provvedimento del Giudice dell'esecuzione di autorizzazione al pagamento oltre il termine stabilito, in applicazione dell'art. 153 c.p.c..

Avverso tale sentenza l'esecutato ha proposto ricorso per cassazione deducendo, tra gli altri, l'errore in cui il Tribunale sarebbe incorso qualificando quale rimessione in termini il provvedimento con il quale il G.E. aveva autorizzato gli aggiudicatari a pagare il prezzo oltre il termine stabilito.

SOLUZIONE

[1] La Suprema Corte supera i motivi di ricorso cassando senza rinvio la sentenza impugnata a norma dell'art. 382 comma terzo c.p.c., essendosi il Tribunale pronunciato su una domanda

che, in realtà, non poteva essere proposta.

QUESTIONI

[1] La questione centrale affrontata nel provvedimento in epigrafe riguarda le condizioni di esperibilità del rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi a norma dell'art. 617 c.p.c..

In particolare, la sentenza delinea la regola che riassume i principi regolatori del rimedio in parola nel senso che "*dato un atto esecutivo nullo, chi intenda dolersene ha da impugnarlo a pena di decadenza nel termine previsto dall'art. 617 c.p.c., ed ove ciò non faccia, sarà vana l'impugnazione di eventuali atti susseguenti, che dal primo abbiano mutuato la nullità*". La sentenza evidenza come tale regola conosca deroga solo nell'ipotesi di ignoranza incolpevole da parte dell'istante dell'esistenza dell'atto presupposto nullo, e in tale unica ipotesi gli sarà consentito impugnare "*beninteso tempestivamente*" il primo atto susseguente del quale abbia avuto notizia.

Nel caso in esame, l'esecutato a una data udienza aveva preso certa contezza del provvedimento di proroga del termine di pagamento del prezzo e, solo a distanza di un mese, si era rivolto al medesimo Giudice dell'esecuzione chiedendone la revoca, ottenendo però il rigetto dell'istanza formulata. In seguito l'esecutato ha atteso l'emissione del decreto di trasferimento e lo ha impugnato.

Al fine di valutare se il comportamento dell'esecutato abbia determinato o meno una preclusione insanabile, occorre soffermarsi sulla natura sia del provvedimento di rimessione in termini sia del provvedimento di rigetto dell'istanza di revoca del medesimo provvedimento autorizzativo del saldo oltre il termine stabilito.

La Suprema Corte individua e qualifica entrambi quali atti esecutivi poiché entrambi hanno inciso sul corso della procedura rendendo stabile ed utile l'aggiudicazione.

Su tale argomento, quindi, la sentenza conclude sulla necessarietà del rimedio dell'opposizione tempestiva avverso quei provvedimenti, in mancanza della quale il conseguente decreto di trasferimento deve considerarsi emesso su presupposti stabili di legittima rimessione in termini ed infondatezza della richiesta di revoca del provvedimento di proroga.

In conseguenza, l'esecutato non avendo fatto valere l'eventuale illegittimità dell'atto presupposto, non può più invocare l'illegittimità del decreto di trasferimento susseguente.

Con tale decisione, la Suprema Corte supera l'orientamento espresso con la Sentenza n. 7446 del 27/3/2007, secondo la quale "*solo con la pronuncia del decreto di trasferimento si determina una situazione di contrasto con la norma dettata dall'art. 587 c.p.c., e sorge un onere di opposizione*".

Tra i sei motivi a supporto si evidenzia per la portata chiarificatrice l'ultimo, secondo il quale "*se il Giudice dell'esecuzione accordi una proroga illegittima (od una illegittima rimessione in termini) all'aggiudicatario per il pagamento del saldo prezzo, questo atto potrebbe essere immediatamente lesivo sia dell'interesse del debitore, sia dell'interesse degli altri creditori, che vedrebbero prolungare i tempi del processo, e sarebbero costretti ad attendere l'adozione del decreto di trasferimento, per far valere solo contro questo le proprie doglianze. Ma ovviamente non è concepibile che un atto immediatamente lesivo degli interessi delle parti non possa essere immediatamente impugnato, ché altrimenti ne resterebbe vulnerato il diritto di difesa ed il principio di parità delle parti*".

Infine, la sentenza in esame, provvedendo alla correzione nell'interesse della Legge della sentenza impugnata (come sopra detto cassata senza rinvio) nella parte in cui afferma che "*tutti i termini perentori possono essere dal Giudice prorogati*" fa nuova chiarezza sugli istituti della rimessione in termini, rimedio applicabile solo ai termini perentori e connotato dal presupposto della "decadenza incolpevole" della parte da un adempimento processuale, e della proroga che invece è rimedio applicabile ai soli termini ordinatori prima della loro scadenza, con il quale viene eccezionalmente disposto un differimento della scadenza per il compimento dell'atto processuale.

In relazione al termine per il versamento del saldo prezzo dell'aggiudicatario, la sentenza in esame conferma quindi il principio affermato dalla Suprema Corte con sentenza n. 11171/2015 in ordine alla sua improrogabilità, salva la sola applicabilità dell'istituto della rimessione in termini.

Conseguentemente, la sentenza in esame costituisce un preziosa bussola per il professionista delegato, chiamato spesso a dover rispondere a pressanti richieste degli aggiudicatari in ordine al termine di versamento prezzo e alla sua eventuale proroga, spesso motivata dalle più disparate ragioni.

Procedimenti di cognizione e ADR

La liquidazione delle spese di lite può essere unitaria solo se i processi separatamente promossi siano poi riuniti

di **Valentina Baroncini**

Cass., sez. un., 27 novembre 2019, n. 31030, Pres. Mammone – Est. Doronzo

[1] Spese di lite – Liquidazione – Riduzione – Presupposti (d.m. n. 55/2014, art. 4).

Il d.m. n. 55 del 2014, art. 4, comma 2, che prevede la liquidazione di un unico compenso nel caso in cui l'avvocato assista più soggetti aventi la stessa posizione processuale o una sola parte contro più soggetti, con possibilità di un suo aumento percentuale per ogni soggetto oltre il primo, presuppone, secondo la formula della norma in esame, le ipotesi dell'unicità della causa o di una pluralità di cause riunite e non è pertanto operante nella diversa ipotesi di assistenza e difesa di più persone aventi la stessa posizione processuale, o di un unico soggetto contro più soggetti, in procedimenti separatamente promossi e non riuniti, ancorché aventi ad oggetto le medesime questioni di fatto e di diritto.

CASO

[1] Avverso due sentenze gemelle delle Sezioni Unite della Cassazione, dichiarative della inammissibilità di altrettanti ricorsi proposti nei confronti di due pronunce del Consiglio di Stato, venivano presentati due separati ricorsi per revocazione.

Il primo di essi veniva rinunciato – senza che controparte aderisse alla rinuncia – con condanna di parte ricorrente al pagamento delle spese di lite.

Anche il secondo ricorso veniva fatto oggetto di rinuncia, di nuovo senza adesione di controparte, con conseguente nuova condanna al pagamento delle spese di lite in capo al ricorrente, pronunciata con decreto presidenziale *ex* art. 391, 1°co., c.p.c.

Il ricorrente provvedeva allora a richiedere la fissazione dell'udienza, *ex* art. 391, 3°co., c.p.c., al fine di discutere della decisione relativa alle spese: in particolare, veniva rilevato come il

ricorso per revocazione in oggetto fosse identico a quello precedente (così come identici fossero i due controricorsi), con la conseguenza per cui, stante l'identità dell'oggetto dei due giudizi, si sarebbe dovuto assistere, in sede di estinzione dei processi, alla liquidazione di un unico onorario oppure a una sua forte riduzione.

SOLUZIONE

[1] La Suprema Corte rigetta il ricorso per infondatezza: muovendo dal dato testuale dell'art. 4 del d.m. 10 marzo 2014, n. 55, essa evidenzia infatti come presupposto necessario per la liquidazione unitaria delle spese di lite, nel caso in cui le parti assistite o le controparti siano plurime, è che vi sia un unico processo o che i più processi, ancorché separatamente introdotti, siano stati poi riuniti.

QUESTIONI

[1] Le Sezioni Unite della Cassazione sono state dunque chiamate a verificare la possibilità di far applicazione della norma che consente di liquidare un unico onorario – ovvero di ridurlo fortemente – nell'ipotesi in cui un avvocato assista la stessa parte in cause autonome ma connotate da identità delle questioni di fatto e di diritto rilevanti.

La norma di riferimento, come anticipato, viene individuata nell'art. 4 del d.m. n. 55/2014, il cui 2°co. prevede che «quando in una causa l'avvocato assiste più soggetti aventi la stessa posizione processuale, il compenso unico può di regola essere aumentato per ogni soggetto oltre il primo nella misura del 20% fino ad un massimo di 10 soggetti, e del 5% per ogni soggetto oltre i primi 10, fino ad un massimo di 20. La disposizione di cui al periodo precedente si applica quando più cause vengano riunite, dal momento dell'avvenuta riunione e nel caso in cui l'avvocato assista un solo soggetto contro più soggetti».

Sulla portata di tale norma si è già espressa la giurisprudenza di legittimità, ancorché a sezioni semplici, individuando quale presupposto necessario per la liquidazione di un unico onorario la pendenza di un unico processo ovvero più processi che, benché separatamente introdotti, siano stati successivamente riuniti (così, Cass., 20 settembre 2017, n. 21829). All'opposto, nel caso in cui l'avvocato assista la stessa parte in una pluralità di cause che, pur aventi ad oggetto identiche questioni di fatto e di diritto, non siano state riunite, la liquidazione degli onorari deve essere fatta separatamente.

A conferma dei principi appena esposti, la pronuncia in commento richiama, da un lato, il

tenore letterale della norma e, dall'altro, l'evoluzione storica delle disposizioni.

Dal primo punto di vista, infatti, i riferimenti compiuti dalla norma a "una causa" ovvero alle cause "riunite" sarebbero chiaramente rivelatori dell'esatta consistenza dei presupposti applicativi della liquidazione unitaria delle spese di lite.

Per quanto concerne il secondo versante dell'indagine, poi, l'art. 4 in esame (che riproduce in modo sostanzialmente identico le precedenti norme racchiuse nei dd.mm. 8 aprile 2004, n. 127 e 5 ottobre 1994, n. 585) si pone in maniera innovativa rispetto al previgente d.m. 24 novembre 1990, n. 329, che espressamente prevedeva la possibilità di liquidazione unitaria delle spese di lite anche in caso di mancata riunione delle cause separatamente proposte: il nuovo testo, infatti, non solo elimina tale inciso, ma lo sostituisce con uno di segno opposto, palesando l'*intentio legis* di riconoscere il compenso unico solo in caso di unica causa o riunione di cause separatamente proposte.

Tra le difese spese da parte ricorrente, peraltro, vi era pure un rinvio al 4°co. dell'art. 4 in esame, a norma del quale «nell'ipotesi in cui, ferma l'identità di posizione processuale dei vari soggetti, la prestazione professionale nei confronti di questi non comporta l'esame di specifiche distinte questioni di fatto e di diritto, il compenso altrimenti liquidabile per l'assistenza di un solo soggetto è di regola ridotto del 30%». Nell'interpretazione offerta dalla Suprema Corte, tuttavia, il potere di riduzione in esame avrebbe natura discrezionale, e in quanto tale il suo mancato esercizio sarebbe incensurabile in sede di legittimità (conf., tra le più recenti, Cass., 10 gennaio 2017, n. 269).

In definitiva, nel caso di specie, connotato da due identici giudizi di revocazione, separatamente promossi e non riuniti, la Suprema Corte ha correttamente escluso la sussistenza del presupposto applicativo della liquidazione unitaria delle spese di lite – ossia, come più volte ribadito, l'unicità della causa o la riunione delle più cause separatamente promosse -, conseguentemente rigettando la doglianza di parte ricorrente relativa alla duplice condanna al pagamento delle spese subita.

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Omesso versamento d'imposte e meritevolezza del sovraindebitato

di **Carlo Trentini**

Tribunale di Como – Prima Sez. Civile – Fallimentare – R.g. OCC. 4/2019

Il caso Un libero professionista sovraindebitato presenta domanda di omologazione di un piano del consumatore; all'omologazione del piano si oppone una società finanziaria deducendo il difetto del requisito della meritevolezza, per avere il debitore contratto nuovi debiti chiedendo un finanziamento in presenza di un pregresso, notevolissimo, indebitamento fiscale, derivante dalla prolungata omissione degli obblighi tributari. Il Tribunale, osservato che l'indebitamento complessivo si era formato principalmente per effetto della costante omissione di versamenti d'imposta a partire dai primi anni 2000, esprime un giudizio di non meritevolezza del debitore, escludendo che il formarsi dell'indebitamento possa dirsi intervenuto senza colpa e, conclusivamente, revoca l'apertura del procedimento e rigetta l'istanza di omologazione.

La questione affrontata Rispetto a quella di accordo di ristrutturazione da sovraindebitamento, la procedura di piano del consumatore si differenzia, dal punto di vista procedurale, principalmente nel non esigere che i creditori si esprimano rispetto alla proposta. Ai creditori viene data comunicazione della domanda presentata, della proposta loro avanzata, ed è consentito ch'essi presentino osservazioni in senso contrario all'omologazione del piano del consumatore; ma non è previsto ch'essi votino e, quindi, tanto meno, che la proposta debba essere approvata dalla maggioranza, per ammontare, dei crediti. Quale contropartita, nel regime vigente, l'ordinamento prevede che il giudice omologhi il piano del consumatore, oltre che in presenza di altre condizioni, allorché egli "esclude che il consumatore ha assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere" ovvero che il debitore "ha colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali" (legge 27 gennaio 2012, n. 3, art. 12-*bis*, comma 3). Il legislatore ha conseguentemente sottoposto l'omologazione alla condizione che il sovraindebitamento non sia dipendente dalla *colpa* del debitore, o, in altri termini, richiede, per concedere il beneficio dell'omologazione del piano e della conseguente esdebitazione, la *meritevolezza* del debitore.

Lo stato della giurisprudenza La giurisprudenza esclude, ovviamente, la valutazione negativa al requisito della **non addebitabilità al debitore del sovraindebitamento**, innanzi tutto, nel caso in cui questo dipenda da vicende sfortunate, indipendenti dalla volontà e dalla condotta del debitore (ad esempio, nel caso in cui il sovraindebitamento sia conseguenza della necessità di aiutare un figlio affetto da problemi psichici, del mancato incasso di canoni per la morosità degli inquilini nonché delle difficoltà economiche anche del coniuge: Trib. Verona 8 maggio

2015, in *Il Caso.it*, pubb. 13.7.2015). Egualmente, è stato ritenuto incolpevole un caso in cui il sovraindebitamento era conseguenza di "esigenze sopravvenute non ragionevolmente prevedibili" (Trib. Cagliari 11 maggio 2016, in *Unijuris.it*, pubb. 22.7.2016), ovvero ancora in una vicenda in cui, avendo le banche stesse continuato a far credito, avendo, previamente, errato nel vagliare il merito creditizio ex art. 124-*bis* t.u.b., il tribunale ha ritenuto non potersi addebitare al consumatore di avere egli pure errato nella valutazione della propria capacità a far fronte al servizio del debito (Trib. Napoli Nord 18 maggio 2018, in *Il Caso.it*, pubb. 12.6.2018).

La non addebitabilità va esclusa non soltanto nel caso in cui il sovraindebitamento sia conseguenza di scelte consapevoli, ma anche nel caso in cui lo squilibrio patrimoniale o finanziario sia l'effetto di condotte colpose (Trib. Ravenna 17 dicembre 2014, in *Il Caso.it*, pubb. 19.1.2015; Trib. Lucca 28 febbraio 2014, in *Il Fallimentarista*; in particolare, v. Trib. Larino 24 maggio 2016, in *Il Fallimentarista* che ha rigettato il ricorso del debitore sulla base della considerazione che questi aveva subito plurime levate di protesti ed era incorso in ripetute sanzioni amministrative per violazione della legge sugli assegni).

Nello specifico, è stato affermato che:

4. non soddisfa il requisito della meritevolezza il debitore che, anziché contrarre un nuovo debito per estinguere precedenti, a tassi più favorevoli e con un tempo di restituzione più lungo, abbia semplicemente aggiunto nuovi debiti a quelli già esistenti (Udine 4 gennaio 2017, in *Unijuris*, pubb. 4.1.2017);
5. parimenti, nel caso della stipulazione, in tempi diversi e ravvicinati, di tre distinti contratti di mutuo ipotecario, su immobili di proprietà del debitore (Treviso 21 dicembre 2016, in *Unijuris,* pubb. 20.1.2017);
6. ovvero abbia contratto debiti per pagamenti rateali il cui ammontare risulti pari all'85% delle entrate mensili (Santa Maria Capua Vetere 14 febbraio 2017, in *Unijuris*, pubb. 6.4.2017);
7. in generale, l'ammontare dei debiti non deve superare un terzo del reddito mensile (Udine 4 gennaio 2017, cit., che richiama a suffragio Trib. Pistoia 27 dicembre 2013 nonché Trib. Ascoli Piceno 4 aprile 2014);
8. un caso particolare è quello di un condividente che, in un giudizio di divisione, essendo titolare di una quota, aveva chiesto l'assegnazione per l'intero del compendio, assumendosi debiti da conguaglio che poi non era stato in grado di adempiere (Treviso 25 gennaio 2017, in *Unijuris*, pubb. 14.2.2017);
9. non è rispettosa della *regula juris* l'ipotesi del debitore che adduca come causa dell'incapacità di soddisfare le obbligazioni contratte l'intervenuto licenziamento, quando il giudice accerti che, in ragione dell'andamento della società datrice di lavoro, il licenziamento costituiva uno sviluppo prevedibilissimo, con la conseguenza che la contrazione di un debito di finanziamento in singolare sostanziale coincidenza con il licenziamento priva di ogni possibile valutazione positiva la condotta del debitore (Napoli 12 ottobre 2016, in *Giur. it.* 2017, 1569);
10. basandosi su un accenno contenuto nella decisione Napoli 12 ottobre 2016, cit., in

dottrina è stato affermato che la meritevolezza sarebbe riconducibile, in sostanza, alla sussistenza di *finalità apprezzabili* dal punto di vista sociale e familiare dell'indebitamento contratto; in altri termini anche questo aspetto andrebbe adeguatamente rappresentato nella domanda, pena, in difetto, un giudizio negativo circa il requisito (R. Bocchini, *La meritevolezza dell'accesso al credito nel sovrandebitamento del debitore*in *Giur. it.* 2017, 1571);

11. è stata, invece, disattesa l'opposizione di un creditore finanziario che aveva contestato la meritevolezza del debitore per aver egli contratto un finanziamento dopo che altra banca aveva revocato l'affidamento, osservandosi che, in tal caso, doveva ritenersi sussistere l'ipotesi della colpevolezza del creditore, per aver erogato credito senza considerare adeguatamente le condizioni personali del debitore, in violazione della previsione dell'art. 124-*bis* u.b.: Trib. Napoli Nord 21 dicembre 2018, in *Il Caso.it*, pubb. 8.1.2019 e Trib. Rimini 1 marzo 2019, in *Il Caso.it*, pubb. 4.4.2019, così anticipando la disposizione dell'art. 68, comma 3, c.c.i.i. (Trib. Rimini 1 marzo 2019, cit.);
12. infine, occorre considerare che il requisito della meritevolezza va ricostruito tenendo conto di un aspetto duplice: da un lato, deve escludersi che il debitore abbia contratto debiti senza la ragionevole previsione di poterli assolvere; in secondo luogo, la stessa situazione di sovraindebitamento non deve essere conseguenza di un ricorso sproporzionato al credito (Bocchini, *La meritevolezza dell'accesso al credito nel sovraindebitamento del debitore*, cit., 1572).

La soluzione della riforma L'art. 69 c.c.i.i. esclude l'accesso alla procedura di ristrutturazione dei debiti nei riguardi del consumatore (che sia stato già esdebitato nei cinque anni precedenti la domanda ovvero che abbia goduto del beneficio per due volte, ovvero) che abbia "determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode". Nella disciplina della procedura di concordato minore non è preteso il requisito dell'assenza di colpa, limitandosi il c.c.i.i. ad escludere l'accesso alla procedura "se risultano commessi atti diretti a frodare le ragioni dei creditori" (art. 77).

Conclusioni Le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento – dichiaratamente finalizzate a risolvere situazioni di marcato disagio sociale e di emarginazione e, al contempo, a re-immettere nel novero dei consumatori soggetti già esclusine, con benefici effetti sullo stesso andamento dell'economia nazionale – scontano inevitabilmente la necessità di far contemperare due esigenze di per sé collidenti: da un lato, favorire l'esito positivo della composizione della crisi e l'esdebitazione dei sovraindebitati; dall'altro, evitare che tale beneficio sia abusato da debitori che si propongano di avvalersi sistematicamente dell'istituto, senza alcun riguardo per le ragioni del ceto creditorio ed, anzi, di causare il loro indebitamento, e l'incapacità ad adempiere, con dolo o con colpa grave. In tale prospettiva va senz'altro approvata la decisione in commento, che ha escluso che possano accedere ai benefici dell'istituto quei creditori i quali si siano sottratti, sistematicamente e per molti anni, agli obblighi tributari (pur potendo farvi fronte, sia pure in parte) e abbiano ulteriormente aggravato la loro posizione mediante ricorso a nuovo credito.

Seminari di specializzazione
PROCESSO TRIBUTARIO TELEMATICO
Scopri le sedi in programmazione >

Esecuzione forzata

La condanna alla consegna è inidonea a fondare l'esecuzione per espropriazione

di **Cecilia Vantaggiato**

Cass., sez. VI, 18/12/2019, n. 33723 – Pres. Frasca, rel. Tatangelo

In caso di condanna alla consegna di beni mobili di cui il debitore abbia perduto la disponibilità, il diritto del creditore a ottenere il pagamento dell'equivalente monetario dei suddetti beni non più consegnabili all'obbligato va fatto valere in un nuovo processo di cognizione che ne accerta la effettiva sussistenza e che in concreto ne liquidi l'importo, non potendo essere azionato direttamente in via esecutiva sulla base del semplice titolo di condanna alla consegna, di per sé non idoneo a fondare l'esecuzione per espropriazione, ma solo quella di cui agli artt. 605 e segg. c.p.c., tanto meno in base a una auto-quantificazione del valore dei beni perduti effettuata dal creditore, anche ove si assuma esistere un prezzo ufficiale di mercato.

Caso

L.V.S. ha proposto opposizione ad un precetto di pagamento dell'importo di Euro 137.633,00 intimatole dalla Banca sulla base di una sentenza che – nell'accogliere una sua domanda risarcitoria contro la banca – l'aveva condannata a restituire alla stessa banca alcuni titoli acquistati con gli interessi maturati sugli stessi.

Il Tribunale fiorentino dichiarava l'inammissibilità dell'opposizione a precetto proposta da L.V.S.

La Corte d'appello, viceversa, dichiarava fondata l'opposizione e condannava l'istituto bancario al pagamento delle spese di lite.

La banca proponeva ricorso per Cassazione.

Soluzione

La Suprema Corte, nel rigettare il ricorso, ha statuito che la condanna a consegnare beni mobili, non eseguibile a causa della perdita di disponibilità degli stessi da parte del debitore, non consente al creditore di ottenere il pagamento dell'equivalente monetario mediante espropriazione forzata, dovendosi instaurare un nuovo giudizio di cognizione che accerti *an* e *quantum* della pretesa, condannando all'equivalente pecuniario.

Questioni

La questione oggetto della sentenza attiene alla possibilità per il creditore che abbia ottenuto la condanna alla consegna di beni mobili di utilizzare il medesimo titolo per fondare un'espropriazione forzata a carico del medesimo debitore per ottenere l'equivalente monetario.

L'istituto di credito ha sostenuto, infatti, come l'impossibilità di procedere ad esecuzione forzata per consegna di beni mobili (titoli), di cui il debitore si sia volontariamente spogliato o ne abbia comunque perso la disponibilità, dia luogo a un obbligo automatico, avente ad oggetto il pagamento dell'equivalente monetario. Il creditore, secondo la banca, può far espropriare i beni del debitore secondo quanto previsto dal 2910 c.c., in attuazione del principio della responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c.

La Corte, tuttavia, respinge tale tesi.

Anzitutto, può osservarsi che se è vero che la scelta della tipologia d'esecuzione spetti esclusivamente al creditore, parimenti non deve tralasciarsi che la stessa dovrà tener conto del titolo esecutivo su cui l'esecuzione si fonda. L'esecuzione per consegna o rilascio, infatti, rientra fra i tipi di esecuzione forzata in forma specifica, per i quali non è prevista una fase in cui i beni pignorati debbano essere convertiti in denaro. Il fine del processo esecutivo per consegna/rilascio è dato dalla volontà del debitore di ottenere la disponibilità materiale di un determinato bene: tale esecuzione mira, infatti, al trasferimento, dall'esecutato all'esecutante, del potere di fatto sul bene indicato nel titolo, potere inteso come detenzione *corpore* dello stesso; talché, il suo effetto consiste in una modificazione della realtà materiale: prima dell'esecuzione il bene è nel dominio dell'obbligato, dopo l'esecuzione sarà in quello dell'avente diritto (così Cass., 28-06-2012, n. 10865).

La scelta della procedura esecutiva, quindi, dipende intimamente dall'oggetto del titolo esecutivo. Sono rari, invero, i casi in cui il codice rimette al debitore una deviazione dalla scelta creditoria: si pensi all'ipotesi di conversione del pignoramento *ex* art. 495 c.p.c., in cui la parte debitrice può chiedere di sostituire alle *res* o ai crediti pignorati una somma di denaro pari all'importo dovuto al creditore pignorante. La *ratio* della norma è evidente: consentire al debitore di liberare immediatamente le *res* gravate dalla procedura esecutiva mediante la corresponsione della somma di denaro equivalente.

Può notarsi, quindi, come alla totale discrezionalità che l'ordinamento attribuisce al creditore nella scelta del mezzo esecutivo, si frappone il limite intrinseco a tale scelta, dato dal contenuto del comando giurisdizionale espresso nel titolo esecutivo, non potendosi consentire al creditore di passare da una tipologia all'altra d'esecuzione, con lesione del diritto di difesa del debitore, il quale resterebbe esposto a plurime forme di aggressione da parte del creditore mediante forme e tipologie diverse di esecuzione forzata (per espropriazione forzata, anziché in forma specifica, come previsto dal titolo esecutivo).

L'istituto di credito ha richiesto, nei fatti, una modifica del giudicato ottenuto, ritenendo possibile una conversione automatica della condanna alla consegna dei beni mobili, azionabili con l'esecuzione forzata per consegna, in condanna al pagamento dell'equivalente monetario, azionabile mediante espropriazione forzata.

Una richiesta di tal genere mina la stessa stabilità del giudicato nonché la certezza dei rapporti giuridici.

Sul piano processuale, se così fosse, si consentirebbe inaccettabilmente di modificare il contenuto della sentenza ottenuta, in spregio al *petitum* della domanda giudiziale: un conto è richiedere la consegna di beni mobili, altro è pretendere la condanna al pagamento di una somma di denaro. Se il sistema oggi prevede il divieto di *mutatio libelli* in corso di causa, a maggior ragione ciò dovrebbe valere nel caso di statuizione in sentenza. Sussiste, invero, una corrispondenza biunivoca fra la *res in iudicium deducta* e la *res decisa*, che non può essere alterata *ad libitum* della parte, tanto meno *post rem iudicatam*.

In secondo luogo, la pretesa della banca circa la conversione dell'oggetto della originaria obbligazione di consegna in obbligazione di pagamento di somma di denaro incontra un limite sostanziale.

Tale operazione, infatti, difficilmente può ricondursi ad un'ipotesi di *datio in solutum* né ad una novazione oggettiva: come noto, l'art. 1230 c.c. richiede l'accordo fra le parti e l'espressa volontà di novare il rapporto obbligatorio, nel caso di specie assente.

Nemmeno potrebbe farsi riferimento al fatto che la consegna dei titoli sia un debito di valore, posto che, come osservato dalla stessa Cassazione con la sentenza n. 7697 del 2 aprile 2014, "*il momento in cui il debito di valore si converte in debito di valuta non può che essere quello in cui diventa incontestabile la sua liquidazione, e cioè quello in cui diventa definitiva la sentenza che tale liquidazione effettua*", con ciò intendendosi che l'equivalente monetario potrà essere determinato solo dalla sentenza e non mediante una "autoliquidazione" del valore dei beni perduti effettuata dal creditore, anche laddove si assuma esistere un prezzo ufficiale di mercato di essi.

In definitiva, la Corte rigetta il ricorso, ritenendo che la pretesa creditoria dell'istituto bancario debba essere fatta valere in un nuovo processo di cognizione, che ne accerti la effettiva sussistenza e che in concreto ne liquidi l'importo, non potendo essere azionato direttamente in via di espropriazione forzata sulla base del semplice titolo di condanna alla consegna, di per sé non idoneo a fondare l'esecuzione per espropriazione forzata, ma solo l'esecuzione in forma specifica per consegna di beni mobili di cui agli artt. 605 ss. c.p.c.

7^ EDIZIONE
Master di specializzazione
DIFESA NEL PROCESSO PENALE
Scopri le sedi in programmazione >

Obbligazioni e contratti

Nullità del contratto di investimento e abuso del diritto dell'investitore

di **Paolo Cagliari**

Cass. civ., sez. un., 4 novembre 2019, n. 21647 – Pres. Mammone – Rel. Acierno

Parole chiave: Contratti di investimento – Mancanza di forma scritta del contratto quadro – Nullità – Invalidità degli ordini di investimento – Nullità selettiva – Abuso del diritto – Verifica dei pregiudizi e dei vantaggi derivanti dalle operazioni eseguite – Necessità

[1] Massima: *La nullità per difetto di forma scritta, contenuta nell'art. 23, comma 3, del d.lgs. n. 58 del 1998, può essere fatta valere esclusivamente dall'investitore, con la conseguenza che gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a suo vantaggio. L'intermediario, tuttavia, ove la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, può opporre l'eccezione di buona fede, se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno, alla luce della complessiva esecuzione degli ordini, conseguiti alla conclusione del contratto quadro.*

Disposizioni applicate: d.lgs. 58/1998, art. 23; cod. civ., artt. 1421, 1422, 2033.

CASO

Il Tribunale di Mantova accoglieva la domanda proposta da un investitore affinché venisse dichiarata la nullità di due ordini di investimento in quanto il contratto quadro in esecuzione del quale erano stati disposti non era stato firmato dalla banca ed era quindi carente della forma scritta prevista dall'art. 23 d.lgs. 58/1998. Di conseguenza, l'istituto di credito veniva condannato alla restituzione delle somme investite.

La Corte di Appello di Brescia, in parziale riforma della sentenza di primo grado, affermava che la nullità di protezione contemplata dall'art. 23, comma 3, d.lgs. 58/1998 non comporta la possibilità per l'investitore di limitarne gli effetti solo ad alcuni degli ordini di investimento eseguiti in forza del contratto quadro dichiarato nullo, poiché l'invalidità si estende all'intero rapporto e investe tutti gli ordini di acquisto, per cui se l'intermediario è tenuto a restituire l'importo erogato per l'acquisto dei titoli, il cliente deve restituire alla banca i titoli acquistati, le cedole riscosse e ogni altra utilità percepita.

L'investitore ricorreva per la cassazione della sentenza, contestando – con il secondo motivo di ricorso – la statuizione dei giudici di secondo grado in merito all'estensione degli effetti della

dichiarazione di nullità del contratto quadro a tutti gli ordini di investimento.

Della questione relativa all'esatta determinazione delle conseguenze giuridiche dell'azione di nullità proposta dal cliente con riguardo a specifici ordini di investimento per difetto di forma scritta del contratto quadro venivano investite le Sezioni Unite.

SOLUZIONE

[1] Con la sentenza che si annota, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno affermato che deve reputarsi abusiva la condotta dell'investitore che, invocando la nullità del contratto quadro per carenza di forma scritta, chieda che vengano invalidate solo alcune delle operazioni poste in essere, laddove le perdite da esse causate siano compensate dai benefici ritratti dagli altri investimenti, esclusi dal perimetro dell'azione promossa.

QUESTIONI

[1] Le Sezioni Unite della Corte di cassazione sono state chiamate a dirimere il contrasto determinatosi in merito agli effetti che la declaratoria di nullità del contratto quadro di investimento per difetto di forma scritta produce sugli ordini di investimento effettuati in esecuzione di esso.

Sul punto, infatti, si registravano due orientamenti:

- quello secondo cui è da considerarsi legittima la limitazione degli effetti della nullità negoziale ai soli ordini oggetto della domanda proposta dall'investitore;
- quello che, al contrario, propendeva per l'estensione degli effetti della dichiarazione di nullità a tutte le operazioni di investimento, indipendentemente dal fatto che fossero state fatte oggetto della domanda proposta dall'investitore.

Preliminarmente, i giudici di legittimità hanno ritenuto indispensabile operare una ricognizione del quadro normativo esistente in materia di nullità di protezione.

L'art. 23 d.lgs. 58/1998, analogamente a quanto previsto dall'art. 117 d.lgs. 385/1993 in materia di contratti bancari, stabilisce la nullità dei contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento che non siano stati redatti per iscritto: in entrambi i casi, si tratta di nullità di protezione, in quanto può essere fatta valere solo dal cliente, non essendone peraltro escluso – in virtù di quanto affermato dalle stesse Sezioni Unite con la sentenza n. 26242 del 12 dicembre 2014 e con i limiti ivi fissati – il rilievo officioso.

Caratteristica strutturale delle nullità di protezione è la loro vocazione alla correzione parziale del contratto, limitatamente alle parti che pregiudicano colui a favore del quale sono previste: originariamente, infatti, il rimedio era volto a eliminare le clausole inefficaci, sicché la Corte di cassazione ha evidenziato le problematiche insite nell'ampliamento dell'ambito di applicazione delle nullità di protezione nel settore dei contratti bancari e d'investimento,

attesa la conformazione bifasica del rapporto che si instaura tra l'istituto di credito e il cliente.

Il contratto quadro – che deve essere redatto per iscritto a pena di nullità – ha natura conformativa e deve contenere la definizione specifica della tipologia degli investimenti da eseguire, le informazioni necessarie a determinare il profilo soggettivo del cliente onde assicurare la coerenza degli investimenti rispetto alle sue caratteristiche, alle sue condizioni economiche e al suo profilo di rischio, nonché la determinazione degli obblighi che l'intermediario è tenuto ad adempiere e che il legislatore ha inteso rendere trasparenti, al fine di porre rimedio allo squilibrio contrattuale e all'asimmetria informativa delle parti; la conclusione del contratto quadro costituisce condizione necessaria per l'esecuzione degli investimenti e l'esplicazione di tutti gli effetti inerenti al rapporto instaurato tra il cliente e l'intermediario.

In quest'ottica e richiamando i principi affermati sempre dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 898 del 16 gennaio 2018, la Corte di cassazione dichiara, innanzitutto, che l'obbligo della forma scritta imposto dall'art. 23 d.lgs. 58/1998 "*deve ritenersi assolto anche se il contratto quadro è sottoscritto soltanto dall'investitore, essendo destinato alla protezione effettiva del cliente senza tuttavia legittimare l'esercizio dell'azione di nullità in forma abusiva, in modo da trarne ingiusti vantaggi*", onde non frustrare l'applicazione dei principi di buona fede e correttezza.

Nel solco di tali principi, la pronuncia che si annota giunge alla conclusione per cui deve considerarsi abusiva l'azione dell'investitore che, facendo leva sulla nullità del contratto quadro per difetto di forma scritta, miri a neutralizzare gli effetti solo di alcune delle operazioni di investimento poste in essere nell'ambito del rapporto intrattenuto con l'intermediario, ovvero di quelle che si sono rivelate svantaggiose, laddove l'utilizzo selettivo della nullità di protezione determini un sacrificio ingiustificato ai danni della controparte.

Nel settore dei contratti di investimento, infatti, il principio di buona fede ha un ambito di operatività trasversale, in quanto funzionale non solo a definire il sistema di protezione del cliente, ma anche a evitare che gli strumenti apprestati a tutela della parte debole, seppure applicati conformemente al paradigma legale, possano arrecare un ingiustificato pregiudizio alla controparte.

La questione dell'uso selettivo della nullità di protezione nei contratti aventi per oggetto servizi di investimento è stata dunque impostata dalle Sezioni Unite assumendo come criterio ordinante l'applicazione del principio di buona fede: in tale prospettiva e al fine di evitare che l'esercizio dell'azione possa produrre effetti distorsivi ed estranei alla *ratio* sottesa alla previsione della nullità di protezione, la Corte di cassazione ha optato per una ricostruzione riequilibratrice degli effetti connessi all'invalidità negoziale.

Secondo una prima impostazione (patrocinata da Cass. civ., sez. I, 27 aprile 2016, n. 8395), infatti, la nullità di protezione opera a esclusivo vantaggio del cliente sia sul piano processuale che su quello sostanziale, di modo che l'intermediario non può in alcun modo avvalersi dell'invalidità del contratto quadro per avanzare pretese di carattere restitutorio,

dovendo solo subire gli effetti della dichiarazione di nullità nel perimetro definito dalla parte legittimata a invocarli per trarne i vantaggi (leciti) che ritiene convenienti: in quest'ottica, la selezione degli ordini di investimento sui quali fare convergere la nullità è una conseguenza dell'esercizio di un diritto previsto esclusivamente a favore dell'investitore.

Secondo altra impostazione (patrocinata da Cass. civ., sez. I, 16 marzo 2018, n. 6664), invece, il regime di protezione si esaurisce nella legittimazione esclusiva dell'investitore a fare valere la nullità, sicché, una volta dichiarata, gli effetti caducatori e restitutori che ne derivano possono essere fatti valere da entrambe le parti.

Secondo un terzo orientamento (espresso in tre ordinanze interlocutorie del 17 maggio 2017: la n. 12388, la n. 12389 e la n. 12390), infine, il principio di buona fede rappresenta lo strumento più adeguato per affrontare il tema dell'uso distorsivo dello strumento della nullità di protezione, perché consente di ricostituire l'equilibrio effettivo della posizione contrattuale delle parti, impedendo che le azioni previste dall'ordinamento possano essere esercitate in modo arbitrario o abusivo: in questo senso, l'*exceptio doli generalis* costituirebbe rimedio idoneo a paralizzare l'uso selettivo della nullità, finalizzato a colpire solo gli investimenti non redditizi, impedendo così che l'intento opportunistico consenta di andare oltre la finalità protettiva perseguita dal legislatore.

Escludendo del tutto la condivisibilità delle opzioni che prescindono dalla considerazione del principio di buona fede al fine di risolvere la questione relativa alla legittimità dell'uso selettivo della nullità di protezione, le Sezioni Unite hanno osservato che, ferma restando la legittimazione esclusiva dell'investitore ad avvalersi del regime di protezione (sia sotto il profilo della facoltà di invocarlo, sia sotto il profilo della sua operatività a suo esclusivo vantaggio, in deroga a quanto stabilito dagli artt. 1421 e 1422 c.c.), stigmatizzare senz'altro come contrario alla buona fede il suo utilizzo limitatamente ad alcuni ordini di investimento, indipendentemente da una verifica caso per caso, significherebbe istituire un'equivalenza tra uso selettivo della nullità e violazione del canone di buona fede e comporterebbe, di fatto, la sostanziale abrogazione del regime giuridico delle nullità di protezione.

Per questo motivo, secondo le Sezioni Unite, occorre modulare correttamente il meccanismo di riequilibrio effettivo delle parti contrattuali, operando un esame degli investimenti complessivamente eseguiti e ponendo in comparazione quelli oggetto dell'azione di nullità derivata dal vizio di forma del contratto quadro con quelli che ne sono rimasti esclusi, al fine di verificare se permanga o meno un pregiudizio per l'investitore.

Solamente ove tale verifica dia esito positivo, potrà ritenersi che l'investitore abbia agito coerentemente con la finalità sottesa alla nullità di protezione, mentre se l'esito degli ordini non colpiti dall'azione di nullità sia stato vantaggioso per l'investitore in misura tale da annullare le perdite causate dagli altri, l'intermediario potrà legittimamente opporre l'eccezione di buona fede, al solo e unico scopo – tuttavia – di paralizzare gli effetti dell'azione di nullità degli ordini selezionati (per fare sì che non si determini in suo danno un ingiustificato sacrificio economico) e non già per vedere accolte eventuali domande di

carattere restitutorio.

In altre parole, stabilire se l'azione di nullità selettiva dell'investitore concreti o meno un abuso è il frutto non già di una valutazione aprioristica del modo di atteggiarsi dell'iniziativa giudiziale, ma di un esame concreto alla luce dell'effettivo svolgimento del rapporto nel suo complesso, di modo che:

- se la perdita originata dagli investimenti colpiti dall'azione di nullità è inferiore al rendimento prodotto dagli altri, l'azione è da considerarsi abusiva, dal momento che il suo accoglimento determinerebbe un sacrificio economico sproporzionato in danno della controparte;
- se la perdita originata dagli investimenti colpiti dall'azione di nullità è superiore al rendimento prodotto dagli altri, l'azione è da considerarsi non abusiva entro il limite del pregiudizio effettivo per l'investitore (ossia nella misura corrispondente alla differenza tra la perdita subita e i vantaggi economici conseguiti dagli altri investimenti), sicché, oltre tale limite, opererà l'effetto paralizzante del principio di buona fede (che deve essere specificamente invocato e allegato dall'intermediario, laddove vi abbia interesse, sebbene non si configuri in termini di eccezione in senso stretto, non agendo sui fatti costitutivi dell'azione da cui scaturiscono gli effetti restitutori, ma sulle modalità di esercizio dei poteri endocontrattuali delle parti);
- in ogni caso, il rilievo dell'abusività dell'azione di nullità selettiva può operare esclusivamente in termini paralizzanti delle pretese dell'investitore, non potendosene l'intermediario avvalere per conseguire effetti restitutori (sicché eventuali domande in tale senso non potranno comunque trovare accoglimento).

Per le Sezioni Unite, dunque, costituisce abuso – da parte dell'investitore – non tanto limitare l'azione e la domanda di nullità ad alcuni ordini di investimento soltanto (facoltà che deve considerarsi legittima in virtù del particolare modo di atteggiarsi e di operare delle nullità di protezione), ma pretendere che dall'invalidazione di tali ordini derivino conseguenze risarcitorie sproporzionate e ingiustificatamente pregiudizievoli per l'intermediario, laddove gli altri investimenti disposti pur sempre in esecuzione del medesimo contratto quadro dichiarato nullo abbiano prodotto dei vantaggi dei quali l'investitore ha effettivamente beneficiato. Diversamente opinando, sarebbe violato e frustrato il principio di buona fede, che rappresenta il criterio al quale conformare l'esercizio degli strumenti di tutela apprestati dall'ordinamento.

Comunione – Condominio - Locazione

La Corte di Giustizia Europea ed il metodo di fatturazione dell'energia termica negli immobili in condominio

di **Saverio Luppino**

CORTE Giustizia Europea, Lussemburgo, C-708/17 e C- 725/17 EVN BULGARIA TOPLOFIKASTIA/STEFANOVA E T TOPLOFIKASTIA MITKO, pubblicata il 05.12.2019

"Il diritto dell'Unione non osta ad una normativa nazionale secondo cui ogni proprietario di un appartamento sito in un immobile detenuto in condominio è tenuto a contribuire alle spese del riscaldamento delle parti comuni "

CASO

La questione sottoposta alla Corte di Giustizia Europea riguarda due differenti ricorsi – poi riuniti – finalizzati ad ottenere il pagamento di fatture riguardanti il consumo di teleriscaldamento a proprietari di immobili in condominio, a fronte del rifiuto da essi manifestato al pagamento, **in quanto non utilizzatori di essi immobili e soprattutto non destinatari del contratto di fornitura di calore** (teleriscaldamento) concluso dal Condominio.

SOLUZIONE

La Corte di Giustizia affronta preliminarmente la questione interpretativa della nozione di consumatore, ai fini dell'applicabilità della normativa di settore e delle inerenti tutele riguardanti l'efficacia dei contratti c.d. per adesione, risolvendola positivamente.

Dopodiché si pronuncia sul metodo di fatturazione dei consumi di calore nei condomini, rilevando: " *l'impossibilità di prescindere da un consumo anche indiretto allorquando le unità immobiliari non siano indipendenti le une dalle altre sul piano termico, atteso che il calore circola tra unità riscaldate e quelle che lo sono in misura minore non lo sono affatto",* quindi concludendo che le Direttive 2006/23 e 2012/274, in tema di efficienza energetica, non ostano a che la fatturazione dei consumi intervenga per ogni singolo proprietario di immobile in condominio, **proporzionalmente al volume riscaldato del rispettivo appartamento.**

QUESTIONI

Seppur la questione che ci occupa riguarda un contenzioso tra cittadini dell'Unione di altro paese straniero, nella fattispecie la Bulgaria, il caso sottoposto alla Corte e la decisione, com'è noto, immediatamente precettiva, fa stato e vincola quindi i giudici nazionali degli altri Stati

membri ai quali venga sottoposta analoga controversia.

Peraltro, laddove insorgano casi analoghi, **il rinvio pregiudiziale** consente ai giudici degli Stati membri, nell'ambito di una controversia della quale sono investiti, di interpellare la Corte in merito all'interpretazione del diritto dell'Unione o alla validità di un atto dell'Unione.

Prima di addentraci nel commento e sulle conclusioni cui è giunto il massimo organo di Giustizia Europea di Lussemburgo, occorre segnalare, come ancora una volta, la Corte ha rimarcato "**l'ampia discrezionalità di cui godono gli Stati membri riguardo il metodo di calcolo dei consumi di energia termica negli immobili in condominio**", atteso che Direttive 2006/32 e 2012/27 non ostano a che il calcolo del calore emesso dall'impianto interno di tali immobili avvenga proporzionalmente al volume riscaldato di ogni singolo appartamento.

Relativamente alla prima delle questioni esaminate dalla Corte, quella concernente l'interpretazione dello stato di "consumatore" dei condomini, ha affermato che: " **anche i proprietari e di titolari di un diritto reale ricadono sotto tale ampia qualifica nella loro qualità di clienti di un fornitore di energia"**[1]

Pertanto, i contratti di fornitura di teleriscaldamento sottoposti all'attenzione della Corte nella fattispecie in esame rientrano nella categoria dei contratti conclusi tra professionista e consumatore.[2]

Inoltre, i giudici di Lussemburgo si sono preoccupati di chiarire il concetto di **"fornitura non richiesta**", uno dei motivi del ricorso promosso, calandolo nella fattispecie condominiale, allorquando la prestazione conseguente alla conclusione di un contratto produce effetti nei confronti di plurimi soggetti, ed affermando che, ai sensi dell'articolo 27 Direttiva 2011/83: " *l'alimentazione di energia termica dell'impianto interno e conseguentemente delle parti comuni di un immobile in condominio, effettuata in base ad una decisione adottata dal condominio stesso, di allacciamento alla rete di teleriscaldamento, conformemente alla normativa nazionale,* ***non costituisce una fornitura non richiesta*** *di teleriscaldamento";* con il che hanno respinto le conclusioni dei condomini ricorrenti e per così dire, non utilizzatori dell'impianto.

Infine, la Corte occupandosi del metodo di fatturazione dei consumi di energia termica negli immobili in condominio, si è preoccupata di stabilire che in conformità alla Direttiva 2006/32[3], compete agli Stati membri provvedere che gli utenti finali di energia (elettrica e termica) si muniscano di contatori individuali che misurino i consumi effettivi di energia, allorquando tecnicamente possibile.

Conseguentemente ed in diritto viene rimarcata la questione che nei consumi del riscaldamento negli immobili in condominio i singoli proprietari non possono prescindere dal pagamento anche dei consumi c.d. "indiretti": *"considerato che i singoli appartamenti di tali immobili non sono indipendenti l'uno dall'altro sul piano termico, atteso che il calore circola tra le unità riscaldate e quelle che lo sono in misura minore o non lo sono affatto".*

[1] Articolo 10, paragrafo 1. 5 Articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2011/83. www.curia.europa.eu bene sito in un immobile in condominio allacciato ad una rete di teleriscaldamento, laddove si tratti di persone fisiche non impegnate in attività commerciali o professionali.

[2] Articolo 3, paragrafo 1, Direttiva 2011/83

[3] Articolo 5, paragrafi 1 e 5. 3 Direttiva 2006/32/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2006, concernente l'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici e recante abrogazione della direttiva 93/76/CEE del Consiglio (GU 2006, L 114, pag. 64).

Diritto successorio e donazioni

Preliminare di vendita di immobile di provenienza donativa: pericolo di rivendica ex art. 1481 c.c. ed eccezione di inadempimento

di **Corrado De Rosa**

Cass. civ. Sez. II, Sentenza, 12 dicembre 2019, n. 32694

Contratto preliminare – Donazione – Provenienza donativa – azione di restituzione – azione di restituzione contro il terzo avente causa

(C.c., artt. 561, 563, 769 ss., 1460, 1481)

In tema di preliminare di vendita, la provenienza del bene da donazione, anche se non comporta per sé stessa un pericolo concreto e attuale di perdita del bene, tale da abilitare il promissario ad avvalersi del rimedio dell'art. 1481 c.c., è comunque circostanza influente sulla sicurezza, la stabilità e le potenzialità dell'acquisto programmato con il preliminare. In quanto tale essa non può essere taciuta dal promittente venditore, pena la possibilità che il promissario acquirente, ignaro della provenienza, possa rifiutare la stipula del contratto definitivo, avvalendosi del rimedio generale dell'art. 1460 c.c., se ne ricorrono gli estremi.

CASO

D.L.S. chiamava in giudizio B.M.L. ed esponeva di avere stipulato un contratto preliminare per l'acquisto di un capannone a uso artigianale, avendo versato a titolo di caparre la somma di Euro 50.000,00. Denunciava di avere poi appreso che il bene oggetto della promessa era pervenuto alla promittente da donazione dei genitori, il che esponeva il donatario al rischio di riduzione da parte dei legittimari dei donanti. Se avesse saputo di tale provenienza non avrebbe stipulato il contratto, essendosi determinato all'acquisto con finalità speculative.

Il tribunale rigettava la domanda dell'attore e accoglieva la domanda riconvenzionale della convenuta, riconoscendo il diritto della venditrice di trattenere la caparra. Il tribunale negava poi che la provenienza da donazione comportasse di per sé un pericolo di rivendica ai sensi dell'art. 1481 c.c. Quella stessa provenienza, inoltre, non faceva sì che la cosa potesse dirsi gravata da diritti reali, personali ed oneri che ne limitassero il godimento *ex* art. 1489 c.c.

La corte d'appello confermava la sentenza e condivideva la valutazione del primo giudice in merito al fatto che il silenzio sulla provenienza del bene promesso in vendita da donazione non integrava dolo contrattuale. Pertanto, concludeva la corte d'Appello, l'attore non aveva

ragione di sottrarsi alla stipula del definitivo.

La sentenza è stata quindi oggetto di censura (tra l'altro) nella parte in cui la corte di merito ha condiviso la valutazione del primo giudice secondo cui il semplice fatto che un bene immobile provenga da donazione e possa essere teoricamente oggetto di una futura azione di riduzione per lesione di legittima non comporta di per sé che esista un pericolo effettivo di rivendica.

SOLUZIONE

La Corte ricorda anzitutto che l'art. 1481 c.c., prima ancora che l'evizione si consumi, accorda al compratore un rimedio cautelare, consistente nella facoltà di sospensione del pagamento del prezzo, quando egli abbia ragione di «temere che la cosa possa essere rivendicata da terzi».

Si ritiene che la norma sia applicabile anche al contratto preliminare di compravendita (Cass. n. 402/1985; n. 3072/1982). Quando, in relazione al bene promesso in vendita, sussista il pericolo attuale e concreto di evizione, è concessa al promittente acquirente la facoltà di rifiutarsi di concludere il contratto definitivo fino a quando non venga eliminato tale pericolo (Cass. n. 24340/2011).

Il rimedio può considerarsi un'applicazione della eccezione di inadempimento, in presenza di un serio, concreto ed effettivo pericolo di rivendica (Cass. n. 8002/2012; 3806/1991).

Per il collegamento dell'istituto con la norma dell'art. 1460 c.c. occorre che l'esercizio della relativa facoltà non sia contraria a buona fede, e tale indeclinabile condizione ricorre quando il pericolo abbia la necessaria connotazione di serietà e concretezza, «*in modo che possa escludersi che esso rappresenti per l'acquirente un semplice pretesto per non adempiere la propria obbligazione*» (Cass. n. 2463/1985; n. 3323/1987; n. 5979/1994).

In particolare la formula normativa si presta a ricomprendere quelle ipotesi in cui non risulta in atto l'esistenza dell'altrui diritto e in cui non sarebbe quindi applicabile l'eccezione di inadempimento. Dunque il requisito del pericolo, se da un lato rende l'art. 1481 c.c. più rigoroso dell'art. 1460 c.c., dall'altro lato, lo rende più benevolo verso il compratore, perché l'esistenza del pericolo fa trattare la sospensione come legittima indipendentemente dalla fondatezza dell'azione temuta.

Secondo la giurisprudenza anteriore della Corte «*Il semplice fatto che un bene immobile provenga da donazione e possa essere oggetto teoricamente oggetto di una futura azione di riduzione per lesione di legittima esclude di per sé che esita un pericolo effettivo di rivendica e che il compratore possa sospendere il pagamento del terzo o pretendere la prestazione di una garanzia*» (Cass. n. 2541/1994; Cass. n. 8002/2012; n. 8571/2019).

L'orientamento è condiviso anche dalla pronuncia in oggetto. I giudici affermano che, se da un

lato la provenienza da donazione porta con sé la possibilità che questa possa essere attaccata in futuro dai legittimari del donante (i quali potrebbero pretendere la restituzione del bene donato anche nei confronti dei terzi acquirenti ex art. 563 c.c.), è altresì vero che la teorica instabilità insita nella provenienza non determina per sé stessa un rischio concreto e attuale che l'acquirente del donatario si veda privato dell'acquisto.

Solo all'apertura della successione è infatti possibile appurare se sussiste una «lesione di legittima».

Si deve ancora aggiungere che l'esistenza di una lesione di legittima non comporta necessariamente il sacrificio dei donatari, né tanto meno il sacrificio indistinto di tutti i donatari (artt. 553, 555, 559 c.c.). Le donazioni infatti non sono riducibili se non dopo esaurito il valore dei beni relitti (artt. 553, 555 c.c.). Le donazioni, inoltre, non si riducono proporzionalmente come le disposizioni testamentarie, ma secondo un criterio cronologico, cominciando dall'ultima e risalendo via via alle anteriori (art. 559 c.c.).

Consegue da tale sistema che:

1. a) il legittimario può pretendere dai donatari solo l'eventuale differenza fra la legittima, calcolata sul *relictum* e sul *donatum,* e il valore dei beni relitti: se questi sono sufficienti i donatari sono al riparo da qualsiasi pretesa, qualunque sia stata la scelta del legittimario nei riguardi dei coeredi e beneficiari di eventuali disposizioni testamentarie;
2. b) il legittimario non può recuperare a scapito di un donatario posteriore quanto potrebbe prendere dal donatario anteriore (Cass. n. 3500/1975; n. 22632/2013): se la donazione posteriore è capiente le anteriori non sono riducibili, anche se la prima non sia stata attaccata in concreto con l'azione di riduzione.

Occorre poi considerare che l'eventuale sacrificio di uno dei donatari non si traduce necessariamente nel sacrificio dell'acquirente del donatario colpito da riduzione. *Ex* art. 563 c.c. la c.d. retroattività reale dell'azione di riduzione non è riconosciuta senza limitazioni, dovendo il donatario preventivamente escutere i beni eventualmente esistenti nel patrimonio del donatario (Cass. n. 5042/2011; n 613/1961). Solo in caso di esito negativo di tale escussione il legittimario ha diritto di rivolgersi contro il terzo chiedendogli la restituzione del bene immobile (Cass. n. 1392/1970).

In base a tale sistema è inevitabile dedurne che l'esistenza di un rischio concreto e attuale a carico dell'avente causa del donatario, nel senso previsto dall'art. 1481 c.c., potrebbe dirsi attuale solo dopo la morte del donante, quando diviene attuale il diritto del legittimario.

Chiarito dunque che il pericolo di detrimento a carico dell'acquirente dal donatario è solo potenziale ed eventuale, e subordinato a una serie di preventivi passaggi intermedi (che sono da verificare nel caso concreto) la Corte precisa però che, con riferimento alla provenienza da donazione, l'indagine non può avere come punto di riferimento esclusivo la verifica del

pericolo nel significato dell'art. 1481 c.c.

In altre parole è certo che in presenza di un concreto e attuale pericolo di rivendica, inteso nel senso sopra descritto, il promissario, al quale sia stata taciuta la provenienza da donazione, sarà certamente abilitato a rifiutare la stipula del contratto definitivo. Nello stesso tempo, però, tale conclusione non può voler dire *a contrario* che, fino a quando quel pericolo non sia configurabile, la provenienza da donazione sia circostanza irrilevante sulle condizioni dell'acquisto, tale da poter essere impunemente taciuta dal promittente venditore, rimanendo il promissario, ignaro della provenienza, invariabilmente obbligato all'acquisto.

In materia di mediazione questa Corte ha recentemente chiarito che, dati gli inconvenienti cui dà normalmente luogo, la provenienza da donazione dell'immobile promesso in vendita «*costituisce circostanza relativa alla valutazione e alla sicurezza dell'affare, rientrante nel novero delle circostanze influenti sulla conclusione di esso, che il mediatore deve riferire ex art.1759 c.c. alle parti*» (Cass. n. 965/2019).

A tale principio la Corte ritiene di dare continuità, e così, prima di dettare il principio di diritto cristallizzato nella massima sopra riportata, afferma che "*se la provenienza da donazione rientra nel novero delle circostanze che il mediatore deve riferire alle parti ai sensi dell'art. 1759 c.c., a maggior ragione essa non potrà essere taciuta dal promittente venditore. Invero il semplice fatto che il sistema di tutela dei legittimari contempli teoricamente eventualità che siano sacrificati anche gli acquirenti del donatario (...) costituisce circostanza che non è priva di conseguenze sulla sicurezza, la stabilità e le potenzialità dell'acquisto programmato con il preliminare. (...) Il rischio, insito nella provenienza, esiste sempre, qualunque sia la situazione personale e patrimoniale del donante al tempo della donazione. (...) Nemmeno l'acquisto per donazione da chi sia privo in quel momento di congiunti rientranti nella categoria dei legittimari preserva da questo rischio, perché i legittimari potrebbero sopravvenire successivamente. (...) D'altronde è fatto oramai di comune esperienza che il sistema bancario è restio a concedere credito ipotecario, se l'immobile offerto in garanzia sia stato oggetto di una precedente donazione (...) La mancanza di un pericolo concreto ed effettivo di rivendica da parte del legittimario non è allora argomento sufficiente per negare al promissario, ignaro della provenienza, la facoltà di rifiutare la stipula del definitivo avvalendosi del rimedio generale dell'art. 1460 c.c.*"

QUESTIONI

Alla luce della complessa e profonda ricostruzione resa dalla Corte, sopra sviluppata, circa i rimedi che possono essere posti in essere in ipotesi di un contratto preliminare di vendita immobiliare di provenienza donativa, pare opportuno ricordare le ragioni per le quali – nei casi di specie – sussiste un rischio di evizione in capo all'acquirente. Le norme che vengono in esame sono:

- 563: "*Se i donatari contro i quali è stata pronunziata la riduzione hanno alienato a terzi gli immobili donati e non sono trascorsi venti anni dalla trascrizione della donazione,* ***il legittimario****, premessa l'escussione dei beni del donatario,* ***può chiedere ai successivi***

***acquirenti**, nel modo e nell'ordine in cui si potrebbe chiederla ai donatari medesima, **la restituzione degli immobili**… Il terzo acquirente può liberarsi dall'obbligo di restituire in natura le cose donate pagando l'equivalente in danaro";*

- 561: *"Gli immobili restituiti in conseguenza della riduzione sono **liberi da ogni peso o ipoteca**di cui il … donatario può averli gravati …".*

Sul punto C. CASTRONOVO, *Sulla disciplina nuova degli artt. 561 e 563 c.c.*, in *Vita not.*, 2007, 3, p. 996 e ss.

Come la corte ricorda, però, il rischio che, a seguito di una donazione, l'avente causa dal donatario sia soggetto a evizione da parte dei legittimari del donante è piuttosto remota, in quanto subordinata al verificarsi di una serie di circostanze (cfr. ex multis L. MENGONI, *Successioni per causa di morte, Parte Speciale. Successione necessaria*, in *Trattato Cicu-Messineo*, continuato da Mengoni, IV ed., Milano, 2000, L. FERRI, *Dei legittimari (artt. 536-564)*, in *Comm. Scialoja- Branca*, *Libro secondo – Delle successioni*, Bologna-Roma, 1997, p. 101, A. TULLIO, *La successione legittima*, in *Trattato Bonilini*, III, Milano, 2009).

Anzitutto, infatti, presuppone che il donante abbia, al momento della sua morte, dei legittimari viventi (coniuge, discendenti e – in assenza di discendenti – ascendenti).

In secondo luogo, occorre che la donazione costituisca lesione di legittima, e cioè occorre procedere alla cd**. riunione fittizia**, operazione contabile con la quale si valuta l'entità del patrimonio del defunto secondo la formula "relictum meno debiti più donatum". Dalla conclusione dell'operazione si ottiene un valore (patrimonio ereditario al netto dei debiti + valore dei beni donati in vita) sul quale andranno calcolate le superiori quote di legittima. In terzo luogo, nel caso di lesione di legittima, il legittimario leso per legge dovrà prima di tutto soddisfarsi sul patrimonio ereditario. Solo in caso di sua incapienza, sarà possibile mettere in discussione la sorte delle donazioni effettuate dal de cuius in vita.

In quarto luogo, come ricorda la Corte, le donazioni – al contrario delle disposizioni testamentarie, non vengono ridotte tutte contestualmente e proporzionalmente: il legislatore impone un criterio cronologico, diretto a conservare quanto più possibile gli effetti della donazione più remota, e quindi prevedendo che vengano ridotte prima le donazioni effettuate più di recente.

In quinto luogo, superati i passaggi precedenti, la legge prevede anzitutto che il legittimario agisca contro il donatario (anche se si è già spogliato del bene immobile), e che quindi proceda all'esecuzione contro il donatario.

Infine, e solo qualora il legittimario non abbia ottenuto soddisfazione dopo aver completato l'esecuzione verso il donatario, lo stesso potrà rivolgersi, con l'azione di restituzione ex art. 563 c.c., contro gli aventi causa dal donatario, per ottenere la restituzione dell'immobile.

Si noti, però, che in ogni caso residua per l'acquirente dal donatario la facoltà di liberarsi

dall'obbligo di restituire in natura "pagando l'equivalente in denaro".

L'azione di restituzione, al contrario dell'azione di riduzione, ha natura reale, nel senso che produce effetti restitutori rispetto a tutti i successivi subacquirenti (Cass. civ. 18 marzo 1961, n. 613; conf. Cass. civ. 12 settembre 1970, n. 1392), e ciò comporta che, per venti anni dalla trascrizione della donazione, tutti i successivi aventi causa dal donatario possano potenzialmente subire evizione, al verificarsi dei presupposti sopra indicati.

La condizione di incertezza nella quale i beni donati vengono a trovarsi è ulteriormente aggravata dall'affermazione giurisprudenziale secondo la quale la perdita del bene da parte dell'avente causa dal donatario, per effetto dell'esercizio dell'azione di restituzione, non costituisce un fatto evizionale, essendo la garanzia per evizione subordinata alla preesistenza della causa da cui questa dipende rispetto al perfezionamento del contratto ad effetti reali (Cass. civ., sez. un., 26 gennaio 1995, n. 945).

Tale rischio, sempre per le Sezioni Unite Civili della Suprema Corte, è suscettibile di dilatarsi ulteriormente in ragione del fatto che il termine decennale di prescrizione dell'azione di riduzione decorre, per il legittimario leso o pretermesso, dalla data di accettazione dell'eredità da parte del chiamato in base a disposizioni testamentarie lesive della legittima (Cass. civ., sez. un., 25 ottobre 2004, n. 20644).

Alla luce del complesso intreccio tra norme di legge e orientamenti della Suprema Corte, era già accaduto in passato che le sezioni semplici di Cassazione avessero riconosciuto che la provenienza donativa dell'immobile promesso in vendita, se non palesata al promissario acquirente, autorizzasse quest'ultimo a rifiutarsi di stipulare il contratto definitivo (Cass. civ. 4 maggio 1985, n. 2792) L'orientamento era rimasto però minoritario: nel recente passato infatti, più volte, si è affermato che la provenienza donativa non genera un pericolo di evizione tale da legittimare il rifiuto di stipulare il contratto definitivo di compravendita, e pertanto non sarebbe ammessa la sospendendone in via di autotutela il pagamento del corrispettivo ai sensi dell'art. 1481 c.c. (Cass. civ. 21 maggio 2012, n. 8002). Sul punto in dottrina M. BELLANTE, *Provenienza donativa del bene e rifiuto di stipula del contratto definitivo ex art. 1481 c.c* in *I Contratti*, 2013, 3.

Ulteriormente, con la recentissima sentenza n. 8571 del 27 marzo 2019, la Cassazione ha ribadito il carattere di necessaria attualità del **pericolo di rivendica del bene**, a fronte del quale il **compratore** può legittimamente sospendere il **pagamento del prezzo**, così come previsto dall'**art. 1481 del Codice Civile**.

Da questo orientamento ha tratto origine la sentenza in commento per completare il percorso argomentativo con l'affermazione che, anche qualora non ricorrano le condizioni previste per il rimedio di cui all'art. 1481 c.c., ciò non toglie che la presenza della donazione è comunque circostanza influente sulla sicurezza dell'acquisto programmato con il preliminare. E pertanto, qualora la donazione che costituisce provenienza sia stata taciuta dal promittente venditore, il promissario acquirente potrà rifiutare la stipula del contratto definitivo, avvalendosi del

rimedio generale dell'art. 1460 c.c., se ne ricorrono gli estremi.

In conclusione, e a commento della sentenza, si può notare un aspetto innovativo della ricostruzione giurisprudenziale, che qualifica come inadempimento ex 1460 c.c. la circostanza di avere taciuto la provenienza donativa dell'immobile.

Tale mancanza di trasparenza e di informazione nella fase che precede il contratto definitivo di vendita, tradizionalmente, si sarebbe ricondotta più probabilmente a una violazione dell'obbligo di buona fede precontrattuale e contrattuale ai sensi dell'art. 1337 e 1375 c.c., con conseguente rimedio risarcitorio, o eventualmente alla fattispecie del dolo, con conseguente annullabilità del contratto.

Diritto e reati societari

Le controversie aventi ad oggetto la revoca degli amministratori di una società interamente partecipata da un Comune, anche se effettuata per mezzo di un provvedimento del Sindaco, sono decise dal giudice ordinario

di **Dario Zanotti**

Cass. civ., Sezioni Unite, Sentenza del 18 giugno 2019, n. 16335

Parole chiave: giurisdizione – ordinaria – amministrativa – revoca amministratori – società partecipata da ente pubblico

Massima: "La controversia concernente la legittimità dell'atto emesso dal Sindaco, ai sensi dell'art. 50, commi 8 e 9, del d.lgs. n. 267 del 2000, di revoca degli amministratori di una società partecipata dal Comune spetta alla giurisdizione ordinaria, poiché si tratta di un provvedimento attinente ad una situazione giuridica successiva alla costituzione della società stessa, idoneo ad incidere internamente sulla sua struttura ed espressione di una potestà di diritto privato ascrivibile all'ente pubblico *uti socius* ed esercitata dal medesimo Sindaco in conformità degli indirizzi stabiliti dal Consiglio comunale".

Disposizioni applicate: artt. 102 e 103 Cost.; art. 2249 c.c.; art. 50 d.lgs. 267/2000.

La controversia in analisi riguarda alcuni amministratori di una società, Gamma S.p.A., della quale il Comune di Alfa detiene l'intero capitale sociale. Gli amministratori di Gamma sono stati nominati dal precedente Sindaco di Alfa per la durata di un triennio. Tuttavia, nel corso di tale periodo è mutata l'amministrazione del Comune ed è stato eletto un nuovo Sindaco.

Quest'ultimo, in forza dei poteri conferitigli dall'art. 50, commi 8 e 9, del d.lgs. 267/2000, ha revocato gli amministratori di Gamma; costoro hanno così adito il Tribunale ordinario di Alfa lamentando di essere stati revocati senza giusta causa e chiedendo il risarcimento dei danni conseguenti. Il Comune di Alfa, costituendosi in giudizio, ha eccepito, tra le altre cose, la carenza di giurisdizione del giudice ordinario a decidere su un provvedimento emanato dal Sindaco. Nel corso del giudizio di merito, sia il giudice delle prime cure che la Corte d'Appello territorialmente competente hanno ritenuto che la questione rientrasse nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario. Il caso è giunto così, in ultima istanza, di fronte alla Corte di cassazione, la quale è chiamata a valutare l'esistenza di un difetto di giurisdizione della giustizia ordinaria.

La Suprema Corte sottolinea anzitutto come una società non muti la propria natura di soggetto privato solo per il fatto che un ente pubblico ne possegga in tutto o in parte il capitale. Infatti, il rapporto tra società ed ente pubblico può essere qualificato come autonomo e l'amministrazione pubblica non può incidere mediante l'utilizzo di propri poteri autoritativi o discrezionali, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario, anche se tali strumenti sono esercitati da soggetti di nomina pubblica presenti all'interno della società (si veda anche Cass. S.U., 15 aprile 2005, n. 7799).

L'ente pubblico, nella specie il Comune di Alfa, nella nomina o revoca gli amministratori non esercita dunque alcun potere autoritativo o discrezionale, ma si comporta alla stregua dell'assemblea secondo le disposizioni dello statuto o della legge. La Suprema Corte rileva come siano ormai consolidati gli orientamenti che rilevano l'inquadramento privatistico delle società in mano pubblica: ciò è stato dedotto, in particolare, dall'art. 6 della l. 145/2002, dall'art. 1 d.lgs. 6/2003, dall'art. 4 comma 13 d.l. 92/2012, dall'art. 1 comma 3 d.lgs. 175/2016, e anche dall'art. 2449 c.c., il quale specifica peraltro che la facoltà di nomina e di revoca degli amministratori, affinché possa essere legittimamente esercitata dall'ente pubblico, deve essere conferita al socio pubblico dallo statuto. Per di più, l'abrogazione del successivo art. 2450 c.c. (ad opera del d.l. 10/2007) ha confermato come tali atti competano all'ente pubblico *iure privatorum* e non *iure imperii*. La Cassazione ha così inteso sottolineare ancora una volta, rifacendosi alla legge ed ai propri orientamenti, come il discrimine principale di ripartizione della giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo sia quello legato all'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali da parte di una pubblica amministrazione.

Nel contesto di una società di capitali interamente partecipata da un Comune, il confine tra giurisdizione ordinaria e amministrativa si traccia mediante l'individuazione dei provvedimenti unilaterali di natura autoritativa del socio pubblico. La Cassazione ha individuato come siano competenza del giudice amministrativo gli atti posti "*a monte*" della società: ossia quelli che riguardano la sua costituzione, modificazione, estinzione o che comunque interferiscono nella vita della società, giacché è con tali atti che la pubblica amministrazione esercita i propri poteri autoritativi e discrezionali. Invece, spetta alla giurisdizione del giudice ordinario la decisione sulle controversie aventi ad oggetto gli atti che, secondo la Cassazione, si collocano "*a valle*", aventi cioè ad oggetto l'attività della compagine societaria e l'esercizio dei diritti di socio da parte dell'ente pubblico.

Il provvedimento del caso *de quo*, con cui il Sindaco di Alfa ha revocato gli amministratori non rientra tra le attività "*a monte*" della società, bensì tra gli atti che il Comune compie in qualità di socio di Gamma e che sono esercitati in conformità di indirizzi di natura politico-amministrativa. La Cassazione ha ritenuto infatti come l'art. 50, commi 8 e 9, del d.lgs. 50/2000 sia integrativo dell'art. 2449 c.c., ciò a conferma dell'esercizio della facoltà di revoca degli amministratori quale facoltà di diritto privato concessa ai soci di una società di capitali.

Infine, la Corte di cassazione ha rilevato come la revoca effettuata dal Sindaco di Alfa *ex* art. 50 d.lgs. 50/2000 rappresentasse una giusta causa oggettiva di revoca degli amministratori, in base al cd. *spoil system*, la cui legittimità è stata avallata dalla Corte Costituzionale (v. C. Cost.,

16 giugno 2006, n. 233 e 5 febbraio 2010, n. 34), secondo la quale si riconosce all'ente pubblico la facoltà di nominare gli amministratori delle proprie partecipate *intuitus personae*, in modo tale da garantire che la società partecipi all'indirizzo politico-amministrativo del medesimo ente pubblico.

In conclusione, la questione sulla revoca degli amministratori di una società interamente partecipata da un Comune, ancorché tale revoca sia effettuata dal Sindaco, rientra nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario; inoltre, tale revoca può avvenire con giusta causa se svolta ai sensi dell'art. 50, commi 8 e 9, d.lgs. 50/2000.

Diritto Bancario

Novità per i mutui ipotecari per l'acquisto della prima casa oggetto di procedura esecutiva

di **Fabio Fiorucci**

Il Decreto-Legge 26 ottobre 2019, n. 124, convertito con modificazioni dalla L. 19 dicembre 2019, n. 157 (in G.U. 24/12/2019, n. 301), prevede, all'art. 41-bis, rilevanti novità in materia di mutui ipotecari per l'acquisto di beni immobili destinati a prima casa oggetto di procedura esecutiva.

Di seguito sono sintetizzati gli aspetti salienti del suddetto art. 41-bis:

– ove una banca o una società veicolo, creditrice ipotecaria di primo grado, abbia avviato o sia intervenuta in una procedura esecutiva immobiliare avente ad oggetto l'abitazione principale del debitore, e' conferita al debitore consumatore, al ricorrere delle condizioni di seguito dette, la possibilità di chiedere la rinegoziazione del mutuo in essere ovvero un finanziamento, con surroga nella garanzia ipotecaria esistente, a una banca terza, il cui ricavato deve essere utilizzato per estinguere il mutuo in essere, con assistenza della garanzia del Fondo di garanzia per la prima casa, di cui all'articolo 1, comma 48, lettera c), della legge 27 dicembre 2013, n. 147, e con il beneficio dell'esdebitazione per il debito residuo;

– la disposizione si applica al ricorrere congiunto delle seguenti condizioni: a) il debitore sia qualificabile come consumatore ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettera a), del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206; b) il creditore sia un soggetto che esercita l'attività bancaria ai sensi dell'articolo 10 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o una società veicolo di cui alla legge 30 aprile 1999, n. 130; c) il credito derivi da un mutuo con garanzia ipotecaria di primo grado sostanziale, concesso per l'acquisto di un immobile destinato a prima casa e il debitore abbia rimborsato almeno il 10 per cento del capitale originariamente finanziato alla data della presentazione dell'istanza di rinegoziazione; d) sia pendente un'esecuzione immobiliare sul bene oggetto di ipoteca per il credito, il cui pignoramento sia stato notificato tra la data del 1° gennaio 2010 e quella del 30 giugno 2019; e) non vi siano altri creditori intervenuti oltre al creditore procedente o, comunque, sia depositato, prima della presentazione dell'istanza di rinegoziazione, un atto di rinuncia dagli altri creditori intervenuti; f) l'istanza sia presentata per la prima volta nell'ambito del medesimo processo esecutivo e comunque entro il termine perentorio del 31 dicembre 2021; g) il debito complessivo calcolato ai sensi dell'articolo 2855 del codice civile nell'ambito della procedura di cui alla lettera d) e oggetto di rinegoziazione o rifinanziamento non sia superiore a euro 250.000; h) l'importo offerto non sia inferiore al 75 per cento del prezzo base della successiva asta ovvero

del valore del bene come determinato nella consulenza tecnica d'ufficio nel caso in cui non vi sia stata la fissazione dell'asta. Qualora il debito complessivo sia inferiore al 75 per cento dei predetti valori, l'importo offerto non può essere inferiore al debito per capitale e interessi calcolati ai sensi della lettera g), senza applicazione della percentuale del 75 per cento; i) il rimborso dell'importo rinegoziato o finanziato avvenga con una dilazione non superiore a trenta anni decorrenti dalla data di sottoscrizione dell'accordo di rinegoziazione o del finanziamento e comunque tale che la sua durata in anni, sommata all'età del debitore, non superi tassativamente il numero di 80; l) il debitore rimborsi integralmente le spese liquidate dal giudice, anche a titolo di rivalsa, in favore del creditore; m) non sia pendente nei riguardi del debitore una procedura di risoluzione della crisi da sovraindebitamento ai sensi della legge 27 gennaio 2012, n. 3;

– se il debitore non riesce a ottenere personalmente la rinegoziazione o il rifinanziamento del mutuo, lo stesso può essere accordato a un suo parente o affine fino al terzo grado, ferme restando le condizioni di cui al punto precedente. Se il finanziamento e' stato concesso al parente o affine fino al terzo grado, il giudice emette decreto di trasferimento ai sensi dell'articolo 586 del codice di procedura civile in suo favore. Per i successivi cinque anni, decorrenti dalla data di trasferimento dell'immobile, e' riconosciuto, in favore del debitore e della sua famiglia, il diritto legale di abitazione, annotato a margine dell'ipoteca;

– a seguito di apposita istanza congiunta, presentata dal debitore e dal creditore, il giudice dell'esecuzione, ricorrendo le condizioni sopra delineate, sospende l'esecuzione per un periodo massimo di sei mesi. Il creditore procedente, se e' richiesta la rinegoziazione, entro tre mesi svolge un'istruttoria sulla capacita' reddituale del debitore. Il creditore e' sempre libero di rifiutare la propria adesione all'istanza o di rigettare, anche successivamente alla presentazione dell'istanza congiunta, la richiesta di rinegoziazione avanzata dal debitore. In ogni caso in cui sia richiesto un nuovo finanziamento a una banca diversa dal creditore ipotecario, a questa e' comunque riservata totale discrezionalità nella concessione dello stesso.

Diritto del Lavoro

Somministrazione di lavoro a tempo indeterminato e licenziamento

di **Evangelista Basile**

Cassazione Civile, Sezione Lavoro, 18 ottobre 2019, n. 26607

Somministrazione di lavoro – disciplina licenziamento – fine missione – contratto di somministrazione

Massima

In tema di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, al rapporto tra agenzia e dipendente si applica la disciplina dei licenziamenti individuali, restando indifferenti, rispetto alle tutele inderogabili del lavoro subordinato, le vicende del contratto commerciale nonché il corretto svolgimento della procedura contrattuale non essendo esonerato il datore di lavoro dall'onere di prova degli elementi costitutivi del legittimo esercizio del potere di recesso e, nel caso di licenziamento per motivo oggettivo, dell'impossibilità di repêchage.

Commento

Nel caso *de quo*, la Corte d'appello, in parziale accoglimento dell'appello del lavoratore e in parziale riforma della sentenza di primo grado, dichiarava illegittimo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato alla risorsa e condannava il datore di lavoro, Agenzia di somministrazione, al pagamento di una indennità risarcitoria pari a dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. A fondamento della decisione assunta il secondo giudice attestava il mancato raggiungimento dell'onere probatorio gravante in capo alla datrice di lavoro in merito all'impossibilità di adibire il lavoratore, dichiarato idoneo con limitazioni alle mansioni di ausiliario socio assistenziale (ASA), a mansioni compatibili con il suo stato di salute. Nulla evidenziava la Corte di Appello in ordine all'adempimento della procedura, prevista dall'art. 25 del c.c.n.l. Agenzie di somministrazione di lavoro del 7.4.2014. La società, nel proporre gravame avanti la Suprema Corte di Cassazione, evidenziava proprio come la Corte di merito avesse omesso del tutto l'esame di fatti acquisiti in causa attestanti il corretto espletamento della procedura di messa in disponibilità per mancanza di occasioni di lavoro, procedura decisiva al fine del giustificato motivo oggettivo di recesso in quanto consistente in una procedimentalizzazione dell'obbligo di repechage. La Corte di Cassazione, confermando le statuizioni della Corte di Appello, ha stabilito che l'assunto datoriale secondo cui lo svolgimento della procedura contrattuale sarebbe sufficiente a soddisfare l'onere probatorio sull'obbligo di repechage non appare in alcun modo fondato in quanto lo

svolgimento di tale procedura – il cui mancato rispetto non determina alcuna nullità o illegittimità ma comporta solo sanzioni economiche – non esonera il datore di lavoro dall'onere di prova degli elementi costitutivi del legittimo esercizio del potere di recesso e, nel caso di licenziamento per motivo oggettivo, dell'impossibilità di repechage che per il dipendente a tempo indeterminato di una agenzia di somministrazione consiste nella impossibilità di reperimento di altre occasioni di lavoro in un arco di tempo congruo potendo l'esito della procedura suddetta costituire elemento indiziario valutabile dal giudice unitamente al restante materiale probatorio. Sulla scorta delle considerazioni che precedono, la Suprema Corte ha quindi respinto il ricorso promosso dal datore di lavoro compensando le spese legali alla luce della novità del principio nunciato.

Nuove tecnologie e Studio digitale

Il futuro che attende l'avvocato

di **Mario Alberto Catarozzo - Business Coach e Formatore**

Ci affacciamo all'inizio di un nuovo decennio con il capodanno 2020 alle porte. Forse è arrivato il momento per chiederci cosa accadrà da qui a breve, dove in un attimo ci troveremo in una nuova epoca. Certezze non possiamo averne, ma possiamo partire dall'analisi dei trend in atto per ipotizzare gli sviluppi del settore. Vediamo alcune certezze da cui partire.

5G

Il 2020 vedrà l'ingresso della nuova tecnologia del 5G. Non si tratta semplicemente di una evoluzione in termini di velocità di trasmissione dei dati, ma di una vera e propria rivoluzione culturale, che diventerà anche organizzativa e relazionale. Infatti, il 5G connetterà miliardi di device e di oggetti che si "relazioneranno" senza la necessità dell'intervento umano. Questo porterà cambiamenti in tutti i settori: dall'agro-alimentare, all'automotive, alla logistica, alla sanità, all'industria, al credito. Nuovi processi produttivi, di controllo e di commercializzazione. Qui l'avvocato dovrà essere al corrente per tutto ciò che riguarda la regolamentazione e le nuove possibilità che si aprono per i settori dell'economia. Ma non è finita qui. Il 5G porterà novità anche nell'organizzazione del lavoro di studio e nelle relazioni tra i professionisti. La velocità di connessione che avremo permetterà di essere sempre connessi ovunque e ciò aprirà le porte allo smart working anche nello studio legale e al lavoro in rete tra studi ubicati in ogni dove. Le barriere geografiche e temporali saranno completamente abbattute e la mentalità del lavoro porterà a nuove forme di sinergia tra professionisti e nuove forme di consulenza verso i clienti. L'avvocato diventerà decisamente tecnologico e il lavoro sarà digitalizzato in ogni suo aspetto: all'agenda legale cartacea sarà definitivamente sostituita l'agenda digitale integrata nei gestionali; gli aspetti manageriali nella gestione della professione diverranno la norma e si procederà con il controllo di gestione per capire ciò che è redditizio, da ciò che non lo è. La documentazione, già in fase di smaterializzazione da anni, sarà completamente digitale e ubicata in cloud. Al proprio patrimonio di contenuti ospitati nella "nuvola" si potrà accedere da qualunque parte grazie ad una password e alla connessione Internet.

INTELLIGENZA ARTIFICIALE

Avere dei colleghi robot (i "cobot") diventerà realtà. Nelle aziende, nella sanità e in tutti i settori la presenza dell'intelligenza artificiale diventerà man mano la norma. L'avvocato dovrà conoscere le nuove dinamiche del lavoro, dell'organizzazione per assistere i propri clienti. Per non parlare del fatto che l'AI entrerà in studio, quindi modificherà le procedure e gli assetti organizzativi dello studio legale. I praticanti non faranno più ricerche giuridiche, che saranno

affidate all'Intelligenza Artificiale, per esempio. Insomma, le novità organizzative sia lato cliente, che lato organizzazione di studio saranno all'ordine del giorno. Si pensa che nell'arco di breve tempo l'AI gestirà parte della professione per tutte quelle attività a basso valore aggiunto e ripetitive. Ma non ci fermeremo qui: sarà possibile studiare i trend in atto in un Tribunale, conoscere e prevedere in termini probabilistici gli esiti di una decisione giudiziale, grazie allo studio e al matching dei dati storici relativi a quel settore, a quel giudice, a quella giurisdizione.

CONTINUA A LEGGERE