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

# Edizione di martedì 26 maggio 2020

## Obbligazioni e contratti

**Rapporti contrattuali in crisi: casi e riflessioni**
di **Antonio Morello**

## Proprietà e diritti reali

**Rilancio della Hospitality in fase 2: voucher e rimedi civilistici fruibili fino al 30 settembre 2020_ I Parte**
di **Donatella Marino**

## Impugnazioni

**Sull'irrilevanza della tacita o espressa accettazione del contraddittorio sulla domanda formulata per la prima volta in appello**
di **Marco Russo**

## Esecuzione forzata

**Non serve esperire la conciliazione obbligatoria per chiedere un decreto ingiuntivo in materia di controversie tra utenti e operatori nelle telecomunicazioni**
di **Gian Marco Sacchetto**

## Responsabilità civile

**Danno da cose in custodia: il caso fortuito è ravvisabile anche nella condotta del danneggiato**
di **Martina Mazzei**

## Comunione – Condominio - Locazione

**Il punto della Corte di Giustizia Europea: dal "condomino consumatore" verso il "condominio consumatore"**

di **Ilaria Ottolina**

## Diritto successorio e donazioni

**Esecutore testamentario e la sua legittimazione nelle azioni relative all'eredità**
di **Corrado De Rosa**

## Diritto e reati societari

**Finanziamento soci o versamento in conto capitale: prevale la sostanza sulla modalità di concreta iscrizione in bilancio ai fini dell'individuazione dell'operazione del socio**
di **Virginie Lopes**

## Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

**La presunzione di conoscenza di cui all'art.1335 cc. ai fini della decorrenza del termine per l'esercizio del diritto di prelazione per l'acquisto di partecipazioni societarie**
di **Mario Furno**

## Diritto Bancario

**La produzione dell'estratto conto non è soggetta al limite decennale ex art. 119, comma 4, TUB**
di **Fabio Fiorucci**

## Diritto del Lavoro

**L'emergenza COVID19 giustifica la modifica unilaterale del c.d. "piano del consumatore" per impossibilità sopravvenuta**
di **Elisa Pirrotta**

## Soft Skills

**Studi in cerca di governance e ruolo**
di **Giulia Maria Picchi - Senior partner Marketude**

**Obbligazioni e contratti**

# *Rapporti contrattuali in crisi: casi e riflessioni*

di **Antonio Morello**

## La situazione

Sopravvenuta impossibilità oggettiva ed eccessiva onerosità, forza maggiore, presupposizione, inadempimenti incolpevoli e quindi risoluzioni, recessi, annullamenti, disdette, riduzione ad equità e rinegoziazioni, etc.: sono le questioni sul tavolo di molti avvocati, professionisti, imprenditori. L'effettiva utilizzabilità di questi rimedi per demolire o manutenere un contratto "entrato in crisi da Covid-19" è però tutta da stabilire ed anzi – per chiarire sin da subito un aspetto cruciale su cui tornerò a breve – è da stabilire calandosi nel caso concreto e cioè analizzando con attenzione fatti ed antefatti, comportamenti e dichiarazioni, etc. al fine di distinguere l'inadempimento incolpevole dall'inadempimento malizioso.

Si tratta di un tema che certamente continuerà ad occupare un posto di rilievo nei prossimi mesi: dopo la riapertura di "botteghe e negozi" – per dirla con le parole dell'art. 65, del Decreto Cura Italia[1] – molti imprenditori stanno già sperimentando l'onda lunga del lockdown e cioè il fatto che la pandemia ha inciso profondamente sui comportamenti di mercato di imprese e sui bisogni commerciali dei consumatori.

In questo breve contributo analizzerò, provando a farlo con una qualche analiticità, le ricadute della pandemia e dello stop forzato delle attività su alcuni contratti (d'impresa).

## L'emergenza contrattuale

Al fine di stabilire se ed in quale misura gli eventi di questi mesi incidono sulla stabilità del rapporto contrattuale, occorre partire dal testo contrattuale: il contratto potrebbe infatti contenere una clausola di "forza maggiore" ed anzi è opportuno che la contenga atteso che il Codice Civile non offre esplicita definizione del concetto di forza maggiore.

Le clausole di forza maggiore, nelle loro molteplici varianti, sono oramai entrate negli standard contrattuali di tutte le latitudini: anche in questo ambito, però, occorre prestare massima attenzione allo "standard" frutto di acritico tramandamento da contratto a contratto.

Fatta questa premessa, vediamo cosa prevede la "legge" e per "legge" intendo i provvedimenti emergenziali adottati dal Governo, in testa a tutti il Decreto Cura Italia.

Il Decreto Cura Italia (artt. 88 e 88-bis) stabilisce che "*ai sensi dell'articolo 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione*" ma lo fa solo per alcune tipologie

contrattuali esplicitamente da esso Decreto nominate: contratti per spettacoli, musei e agli altri luoghi della cultura, contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestre, contratti di soggiorno e pacchetti turistici.

Pur non dubitandosi della straordinaria portata dell'evento che stiamo vivendo in questi mesi, richiamarsi all'impossibilità sopravvenuta per sciogliersi da vincoli contrattuali non è quindi una conseguenza automatica o scontata: al di fuori di queste fattispecie "nominate", tornano quindi ad applicarsi le regole di "diritto comune dei contratti" e quindi va accertato, caso per caso, se effettivamente ricorrono i presupposti applicativi dell'art. 1463 c.c. (accertamento che, se le parti non convergono su una soluzione condivisa, sarà evidentemente giudiziario).

Altro tema caldo sono le locazioni. Il Decreto Cura Italia se ne occupa:

- all'art. 65 che riconosce "*ai soggetti esercenti attività d'impresa*" un credito d'imposta per l'anno 2020 nella misura del 60 per cento dell'ammontare del canone;
- all'art. 95 dove è disposta la sospensione dei versamenti dei canoni "*per le federazioni sportive nazionali, gli enti di promozione sportiva, le società e associazioni sportive, professionistiche e dilettantistiche*" avuto quindi specifico riguardo a canoni di locazione e concessori relativi all'affidamento di impianti sportivi pubblici dello Stato e degli enti territoriali; la medesima disposizione prevede altresì – e si tratta di una previsione che, come si vedrà meglio più avanti, lascia intendere quale strada il nostro legislatore dell'emergenza ha inteso imboccare – che i versamenti riprendono, senza applicazione di sanzioni ed interessi, in un'unica soluzione[2].

Pertanto, anche su questo argomento le disposizioni emergenziali sono di circoscritta applicazione e di preciso contenuto: non riguardano le locazioni diverse da quelle "commerciali" e per quelle commerciali prevedono specifici effetti non suscettibili di "interpretazioni estensive".

Posto a sé occupa l'art. 91 secondo il quale il "*rispetto delle misure di contenimento (...) è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*": sulle prime, dà l'impressione di essere una norma che riafferma semplicemente un principio che si sarebbe comunque applicato; in realtà, pone le premesse per stabilire un collegamento diretto tra provvedimenti governativi e forza maggiore, collegamento che viene allora in rilievo sotto diversi aspetti:

- anzitutto, si presterebbe ad essere negativamente considerata l'eventuale iniziativa del creditore che di fronte all'inadempimento agisca "automaticamente" per la risoluzione/per la responsabilità, noncurante di quanto appunto affermato per esplicito dall'art. 91[3];
- sotto altro aspetto, l'art. 91 è destinato a riverberarsi sui futuri "giudizi di gravità" della condotta del debitore e quindi dell'inadempimento anche con riferimento al tema delle penali: in sede di misurazione economica della sanzione contrattuale (penale) –

misurazione che il giudice è chiamato ad operare anche d'ufficio[4] – è quindi possibile che l'importo della penale venga considerato incongruo *avuto specifico riguardo* alla situazione nella quale versa il debitore in questo particolare momento storico.

**In sintesi e conclusione**

A causa della pandemia, del lockdown e delle conseguenze di mercato a livello di domanda e offerta molti contratti "sono entrati in crisi" e con essi molti imprenditori. Consegnare merci, fornire servizi…e pagare è diventato difficile e, in più di un caso, impossibile *materialmente, economicamente,* etc.: ma l'impossibilità giuridica è un'altra cosa o quanto meno, prima di invocarla, è necessario accertare la sussistenza dei presupposti che la legge (il Codice Civile) a tal fine prescrive e che quindi non è detto che ricorrano.

Esula dagli scopi di questo breve contributo passarli in rassegna: per tirare le fila del discorso provo invece a concentrarmi su alcune situazioni che si potrebbero presentare, ispirato da qualche episodio concreto o con minimo sforzo di fantasia.

Partendo dalle locazioni, è vero che il Decreto Cura Italia non riconosce al conduttore che esercita attività d'impresa un «diritto» alla riduzione del canone o allo scioglimento del rapporto, ma non è difficile prevedere che l'art. 91 giocherà un ruolo decisivo a favore, ad esempio, di quei negozianti al dettaglio, ristoratori, gestori di bar, etc. che dall'oggi al domani hanno dovuto "chiudere" i locali commerciali senza quindi poter svolgere l'attività in funzione della quale (nel senso di "causa concreta" del negozio giuridico) avevano concluso il relativo contratto di locazione.

D'altro canto, però, il conduttore – anche se piegato dalla "disgrazia" – deve comunque improntare il proprio comportamento a lealtà, correttezza, etc. essendo quindi sempre opportuno aprire un confronto formale con il proprietario prima di passare a comportamenti di manifesta concludenza come il blocco immediato del bonifico ricorrente: sul punto, merita comunque di essere ricordato un recente provvedimento emesso in sede cautelare dove un giudice ha "bloccato" l'escussione della fidejussione tentata dal proprietario a fronte della decisione del conduttore di interrompere il rapporto di locazione "senza preavviso"[5].

Ovviamente resta sempre ferma per il conduttore la possibilità di recedere (con preavviso) *ex* art. 27, L. 392/78 atteso che la situazione corrente integra certamente gli estremi della "giusta causa": ed invero, in relazione al concetto di giusta causa, la giurisprudenza ha da sempre mostrato una certa "sensibilità" verso la situazione economica complessiva del conduttore-imprenditore o verso sopravvenute esigenze aziendali. A più forte ragione deve allora considerarsi *giusta* la causa quando il recesso si fondi sul sopravvenire di eventi pandemici e di provvedimenti governativi come quelli di questi mesi.

Anche in relazione alle altre tipologie contrattuali essenzialmente riconducibili allo schema della vendita il principale tema critico è il mancato o ritardato pagamento che rechi la giustificazione "Covid-19": ovviamente, il fornitore di beni e servizi che vede il cliente opporre

quella giustificazione è a sua volta legittimato a ritardare – in maniera altrettanto giustificata – la consegna della merce, la fornitura del servizio, etc.[6]. L'estensione del ritardo incontra un limite – ed è forse superfluo ricordarlo – nell'eventuale esistenza di un termine essenziale ovvero nella sussistenza dell'interesse all'esecuzione del contratto (se si supera il primo o viene meno il secondo il ritardo porta allo scioglimento del contratto).

Meno superfluo o intuitivo è invece chiarire quando la giustificazione "Covid-19" sia a tenuta, plausibile e quando invece pretestuosa, abusiva, maliziosa, etc.: a questo riguardo mi limito a due soli esempi con i quali chiudo questo mio breve contributo.

Caso 1. Il commerciante al dettaglio ordina, per la successiva rivendita all'interno di un negozio di generi alimentari, beni deteriorabili con consegna prevista entro la metà di febbraio; il negozio viene però successivamente chiuso per lockdown e pertanto il commerciante "blocca" l'ordine e si rifiuta di pagare il convenuto prezzo.

Caso 2. L'agenzia viaggi acquista 5 notebook (di alta fascia) e 3 stampanti ed altro accessorio materiale di cancelleria: la consegna avviene il 12 febbraio. Residuava il pagamento di una parte cospicua del prezzo che però il titolare dell'agenzia si rifiuta di versare adducendovi a motivo il "tracollo finanziario" post-lockdown e la prevedibile assenza di una ripresa dei ricavi in considerazione della crisi dell'intero comparto, crisi – rimarca il titolare – ancora più drammatica per le "agenzie fisiche".

La posizione del primo "debitore" e quella del secondo presentano indubbiamente affinità: una su tutte, l'origine della difficoltà/impossibilità di "onorare l'impegno" preso nei rispettivi contratti; è però evidente che sul piano del trattamento giuridico la pretesa del primo debitore e quella del secondo non siano assimilabili o equivalenti.

[1] D.L. 17 marzo 2020, n. 18 come convertito con Legge 24 aprile 2020, n. 27.

[2] Entro il 30 giugno 2020 o mediante rateizzazione fino a un massimo di 5 rate mensili di pari importo a decorrere dal mese di giugno 2020.

[3] E cioè agisca come se quanto accaduto in questi mesi non possa venire in rilievo quale evento capace di "motivare in via esclusiva" l'inadempimento, rilievo che invece l'art. 91 riconosce esplicitamente sia pure potenzialmente.

[4] Cass. civ., sez. II, 19 dicembre 2019, n. 34021.

[5] Trib. Venezia, 14 aprile 2020.

[6] Per ragioni, si noti, che non attengono al Covid-19 ma per intuitive ragioni di sinallagma contrattuale

**Proprietà e diritti reali**

# *Rilancio della Hospitality in fase 2: voucher e rimedi civilistici fruibili fino al 30 settembre 2020_ I Parte*

di **Donatella Marino**

Il mercato della *Hospitality*, inteso come quel settore che include strutture ricettive e locatori privati che operano con accordi locativi di vario tipo conclusi tramite piattaforme di intermediazione *on line* (gergalmente ricondotti alla categoria dei c.d. "affitti brevi"), è uscito in ginocchio dalla recente crisi. Turisti italiani e stranieri hanno dovuto rinunciare ai propri soggiorni in Italia chiedendo – e ottenendo, per *policy* delle piattaforme – anche il rimborso degli importi anticipati. Per di più i decreti emergenziali nazionali (a partire dal DPCM del 22 marzo 2020) e regionali avevano sospeso (in tutto o in parte e con diverse declinazioni) le attività ricettive. Senza i consueti viaggiatori che fruiscono della ricettività italiana per motivi di vacanza, lavoro, *meeting*, fiere e congressi, il settore della *Hospitality* è rimasto paralizzato. Così il Legislatore è intervenuto su diversi fronti.

***Voucher* sostitutivo fino al 30 settembre 2020**

Con L. 24 aprile 2020 n. 27 (conversione in legge, con modificazioni, del Decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, c.d. "Decreto Cura-Italia") il Legislatore introduce l'istituto del ***voucher* come rimedio sostitutivo al rimborso** di corrispettivi anticipati in caso di mancata fruizione del soggiorno prenotato in strutture ricettive per cause legate all'emergenza. In particolare, con **l'art. 88 bis del Decreto Cura-Italia** introdotto in sede di conversione il Legislatore si propone di disciplinare **il rimborso di titoli di viaggio, di soggiorno e di pacchetti turistici**.

**I destinatari.** Il Legislatore enuclea dunque e battezza la categoria dei "**contratti di soggiorno**" (da non confondere con l'omonimo contratto di lavoro di cui al DPR 334/2004) riferendosi a quella categoria di contratti atipica – ormai diffusa nella prassi – che dottrina e giurisprudenza hanno sino ad oggi definito come "**contratti di ospitalità turistica**" o "**contratti di alloggio in struttura ricettiva**" estendendo rimedi precedentemente previsti solo per i c.d. "contratti di pacchetto turistico".

Nelle disposizioni dal punto 1 a 4 del complesso art. 88 bis vengono definite nuove specifiche ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione. Stabilisce in particolare il punto 1. che, ai sensi dell'articolo 1463 del Codice civile, "***ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione*** *ai contratti di trasporto [...],* ***ai contratti di soggiorno*** *e ai contratti di pacchetto turistico* ***stipulati*****" da alcune categorie di soggetti costretti a rinunciare** all'alloggio prenotato durante l'emergenza sanitaria per ragioni specificamente indicate nell'articolo stesso. In particolare, per quanto concerne la mancata fruizione del soggiorno in strutture

ricettive italiane, possono invocare la sopravvenuta impossibilità della prestazione e gli specifici rimedi *ad hoc* previsti:

- i soggetti nei confronti dei quali è stata disposta la quarantena con sorveglianza attiva ovvero la permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva da parte dell'autorità sanitaria competente in attuazione dei provvedimenti dell'emergenza e per il periodo di quarantena o permanenza domiciliare;
- i soggetti residenti, domiciliati o destinatari di un provvedimento di divieto di allontanamento nelle aree interessate dal contagio;
- i soggetti risultati positivi al virus COVID-19 per i quali disposta la quarantena con sorveglianza attiva ovvero la permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva da parte dell'autorità sanitaria competente ovvero il ricovero presso le strutture sanitarie con riguardo ai contratti da eseguire nel medesimo periodo di permanenza, quarantena o ricovero;
- i soggetti che hanno programmato soggiorni o viaggi con partenza o arrivo nelle aree destinate dal contagio individuate dai decreti [...] con riguardo ai contratti da eseguire nel periodo di efficacia dei predetti decreti;
- i soggetti che hanno programmato la partecipazione a concorsi pubblici o procedure di selezione pubblica, a manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, a eventi e a ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico, annullati, sospesi o rinviati dalle autorità competenti in attuazione dei provvedimenti [...] con riguardo ai contratti da eseguire nel periodo di efficacia dei predetti provvedimenti.

**I rimedi specifici.** Il soggetto che ricade in una delle ipotesi previste al punto 1 dell'art. 88 bis può inviare **comunicazione** alla struttura ricettiva – se ha prenotato direttamente, senza l'intervento di *tour operator* – specificando la causa di impossibilità sopravvenuta applicabile e allegando la documentazione di cui all'art. 88 bis, punto 2 e con le modalità e i tempi ivi previsti. La struttura ricettiva può scegliere se provvedere, entro trenta giorni da detta comunicazione, al **rimborso** del corrispettivo versato oppure all'emissione di un ***voucher*** di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione.

Inoltre, al punto 5 dell'art. 88 bis il Legislatore offre un ulteriore alternativa alle strutture ricettive che hanno sospeso o cessato l'attività in tutto o in parte, a causa dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, consentendo loro la possibilità di offrire al turista che non ha fruito dell'alloggio – oltre al rimborso del prezzo o all'emissione del *voucher* sostitutivo – un **servizio sostitutivo di qualità equivalente**, superiore o inferiore con restituzione della differenza di prezzo. Anche in altra struttura ricettiva, dunque.

Nel caso in cui la struttura ricettiva abbia operato all'interno di un pacchetto turistico con un *tour operator* dovrà procedere al rimborso del corrispettivo versato in favore del soggetto dal quale ha ricevuto il pagamento oppure all'emissione in suo favore di un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione.

***On line travel agency* e piattaforme di intermediazione *on line***. Per esplicita previsione del punto 10 tutte le disposizioni di cui all'art. 88 bis si applicano anche quando il soggiorno è stato acquistato o prenotato per il tramite di un'agenzia di viaggio o di un "portale di prenotazione" (*O.T.A.* o piattaforme analoghe) e questo anche in deroga alle condizioni generali previste dai portali stessi o su ogni altra diversa pattuizione tra le parti.

La questione è particolarmente delicata, in quanto (soprattutto inizialmente) molti "portali di prenotazione" – per attenersi alla definizione normativa volta ad includere le diverse tipologie di gestori di piattaforme di intermediazione *on line* sempre più presenti nel mercato della *Hospitality* turistica – hanno provveduto all'immediato rimborso degli importi anticipati dal turista dietro semplice richiesta, esponendosi a un severo rischio di **contenzioso** per violazione di norme inderogabili di diritto italiano. Il Legislatore, infatti, sembra aver introdotto – con questa normativa e per la gestione di questo periodo – un esplicito ***favor*** verso le strutture ricettive fortemente indebolite dalla drammatica congiuntura e ha chiarito questa tutela rendendo espliciti altri due principi.

1. Al punto 12, chiarendo che l'emissione dei *voucher* previsti assolve i correlativi obblighi di rimborso e **non richiede alcuna forma di accettazione da parte del destinatario.** Questa previsione è centrale e fortemente innovativa in quanto rimette alla struttura la scelta del rimedio da esperire (al contrario di quanto previsto dalla disciplina ordinaria che lascia al viaggiatore la scelta).
2. Le disposizioni costituiscono **norme di applicazione necessaria** ai sensi dell'articolo 17 della L. 218/95 e dell'articolo 9 del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio (art. 88 bis, punto 13). Norme dunque ritenute dal nostro Pese essenziali per la salvaguardia degli interessi pubblici e necessariamente applicabili a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo di destinazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto oggetto della disciplina … *continua*..

**Impugnazioni**

# *Sull'irrilevanza della tacita o espressa accettazione del contraddittorio sulla domanda formulata per la prima volta in appello*

di **Marco Russo**

Cass., sez. un., 9 gennaio 2020, n. 157, *Pres.* Petitti, *Rel.* Genovese

Procedimento civile – Appello – Divieto di domande nuove – Principio del doppio grado di giurisdizione – Ordine pubblico – Inammissibilità – Rilievo d'ufficio – Accettazione del contraddittorio irrilevanza (C.p.c. art. 345, 360

*Il divieto di proporre domande nuove in appello sancito dall'art. 345 c.p.c., comma 1, in quanto espressione del principio del doppio grado di giurisdizione, costituisce regola di ordine pubblico; conseguentemente, la sua violazione deve essere rilevata anche d'ufficio in sede di legittimità, senza che possa spiegare alcuna influenza l'eventuale accettazione del contraddittorio ad opera della controparte.*

**CASO**

Il principio di diritto è affermato dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione a definizione di una lunga vicenda connotata da profili anche amministrativistici in questa sede non rilevanti, riassumibile nei seguenti passaggi.

Il Tribunale regionale delle acque pubbliche, accogliendo la domanda proposta dalla società E.I. nei confronti del Comune nonché di altri soggetti pubblici per ottenere il risarcimento dei danni conseguente all'illecita c.d. sottensione di acque, condanna il solo Comune per il prelievo limitatamente al periodo novembre 2000 – dicembre 2001 e uno degli altri convenuti per il successivo periodo terminato nell'agosto 2006, respingendo le domande riconvenzionali proposte dagli stessi condannati nei confronti della società attrice.

Alla dichiarazione di inammissibilità degli appelli proposti dai soccombenti seguiva ricorso per cassazione, accolto dalla Corte con sentenza n. 10453 del 2015 che annullava le sentenze con rinvio, ai fini di una nuova decisione nel merito.

La sentenza emessa a seguito della riassunzione del giudizio di rinvio accoglieva le impugnazioni, annullando dunque la condanna al risarcimento del danno sulla base dell'assenza di prova in ordine ad un concreto pregiudizio per la capacità produttiva degli impianti idroelettrici di E.I.

Anche quest'ultima sentenza era impugnata per cassazione, e infine annullata senza rinvio dalla Corte con la decisione in esame.

**SOLUZIONE**

Le Sezioni unite, nell'ambito di una complessa decisione su profili sostanziali inerenti all'istituto della sottensione di utenza (ossia l'obbligo del concessionario di acque pubbliche, cui sia stata accordata la concessione nonostante le incompatibilità con utenze preesistenti, di indennizzare i precedenti utenti, fornendo una quantità d'acqua o di energia corrispondente a quella da essi effettivamente utilizzata), colgono l'occasione per affermare, sul piano processual civilistico, che "il divieto di proporre domande nuove in appello, previsto dall'art. 345 c.p.c., comma 1, è posto a tutela di un interesse di natura pubblicistica, sicché la relativa violazione è rilevabile in sede di legittimità anche d'ufficio".

**QUESTIONI**

Il principio esula dalla materia, di diritto sostanziale, la cui complessità ha indotto in un primo tempo le Sezioni unite, con la decisione del 9 aprile 2019, n. 9952, a rinviare la causa a nuovo ruolo in attesa della "relazione di studio all'Ufficio del Massimario, per acquisire un quadro sistematico dei contributi offerti al riguardo dalla giurisprudenza di merito e dalla dottrina": il contributo processual civilistico offerto dalla decisione in esame si estrinseca infatti nell'utile riaffermazione della regola che destituisce di ogni rilevanza l'eventuale inerzia della controparte a fronte della proposizione di una nuova domanda in appello, in violazione dell'art. 345, comma 1 c.p.c.

E' noto che quest'ultima disposizione è costruita, come i due capoversi dello stesso articolo, sulla dicotomia tra una regola (l'inammissibilità di novità in appello) e l'affermazione di alcune eccezioni: più o meno stringenti, nella continua evoluzione normativa della disciplina verso il modello della *revisio prioris instantiae*, per quanto riguarda eccezioni (comma 2) e prove (comma 3); e particolarmente rigorose per quanto concerne il tema in esame, dove il legislatore ha previsto un elenco tassativo di quattro ambiti – interessi, frutti, accessori e risarcimento del danno – sottratti al divieto per la parte di domanda successiva alla sentenza di primo grado.

La chiara formulazione adottata dal legislatore del 1990 ha eliminato i dubbi insorti con la precedente versione del divieto di domande nuove, che non precisava la natura della sanzione (inammissibilità): i pochi nodi interpretativi hanno fatto sì che le sezioni unite si siano dunque dovute misurare in sporadiche occasioni sull'esegesi della disposizione, e, in particolare, sulla portata della sanzione conseguente alla novità della domanda, per precisare, ad esempio che la notificazione al difensore costituito di una domanda nuova in appello, pur se inammissibile, spiega efficacia interruttiva della prescrizione, sospendendone altresì il decorso fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio (Cass., S.U., 27 gennaio 2016, n. 1516).

Ad oggi, la giurisprudenza non sembra invece revocare in dubbio la perdurante affermazione della deducibilità per la prima volta in grado d'appello di un diverso titolo di acquisto del diritto autodeterminato oggetto della domanda rispetto a quello invocato in primo grado (Cass., 21 gennaio 2013, n. 1370, secondo cui non viola il divieto di domande nuove in appello la deduzione da parte dell'attore di un fatto costitutivo del tutto diverso rispetto a quello prospettato in primo grado a sostegno della domanda introduttiva del giudizio, nella fattispecie rappresentato dall'intervenuta usucapione del bene a fronte dell'originaria *causa petendi* costituita dal contratto di compravendita su cui l'attore aveva fondato la domanda di rivendica formulata in primo grado; Cass., 19 dicembre 2011, n. 27521): soluzione, quest'ultima, che consente sostanzialmente l'aggiramento della barriera preclusiva alle nuove deduzioni in primo grado e, così operando, legittima lo stravolgimento in appello delle prospettazioni in fatto e in diritto che pure, salvo la disciplina delle domande e delle eccezioni nuove in appello di cui ai primi due commi dell'art. 345 cod. proc. civ., avrebbero dovuto trovare cristallizzazione negli atti del primo grado di merito.

Con la decisione in esame le sezioni unite prendono le mosse dalla natura pubblicistica del divieto –per altro chiaramente evincibile dall'attuale tenore letterale della disposizione, che attribuisce al giudice d'appello il compito di rilevare l'inammissibilità anche "d'ufficio" – e dalla tralatizia affermazione del necessario rispetto del principio del doppio grado di giurisdizione (in realtà non costituzionalizzato, e dunque ipoteticamente derogabile dal legislatore ordinario), per ribadire l'irrilevanza del comportamento adottato dalla controparte davanti alla domanda nuova: sia che esso si sia articolato in un consenso espresso, sia che, come avviene con più facilità, la fattispecie sia originata dall'omessa formulazione di un'apposita eccezione vòlta a far valere la mancata accettazione del contraddittorio.

In tal senso la Cassazione si era già espressa con la sent. 30 settembre 2014, n. 20557, allorché aveva riformato la decisione d'appello che aveva affermato la responsabilità del condomino e degli amministratori, evocati in giudizio in primo grado ex art. 2043 cod. civ. per *culpa in vigilando* in relazione all'esecuzione di lavori condominiali, anche per *culpa in eligendo* in ordine all'individuazione dell'impresa, comportando la diversità del titolo dei fatti a fondamento della pretesa e dunque la novità della domanda. E in tale occasione aveva espressamente precisato che "non ha alcun rilievo il punto della mancata accettazione del contraddittorio, poiché la giurisprudenza di questa Corte è da tempo ferma nel sostenere che l'inammissibilità di domande nuove ai sensi dell'art. 345 c.p.c., è posta a tutela di un interesse di natura pubblicistica".

In precedenza, sulla base dello stesso principio, la Corte aveva ritenuto domanda nuova la modificazione della *causa petendi* quando il diverso titolo giuridico della pretesa, dedotto innanzi al giudice di secondo grado è impostato su presupposti di fatto e su situazioni giuridiche non prospettate in primo grado e dunque comporti il mutamento dei fatti costitutivi del diritto azionato, con introduzione nel processo di un nuovo tema di indagine e di decisione e alterazione "dell'oggetto sostanziale dell'azione e dei termini della controversia": in tale ipotesi la *mutatio libelli* deve essere rilevata d'ufficio dal giudice di secondo grado e, in mancanza, in sede di legittimità, poiché il divieto di proporre domande nuove in appello

costituisce una preclusione all'esercizio della giurisdizione ed il suo mancato rispetto, integrando, altresì, violazione dei principi del doppio grado di giurisdizione e del contraddittorio è violazione di norma di ordine pubblico (Cass., 24 novembre 2008, n. 27890).

**Esecuzione forzata**

# *Non serve esperire la conciliazione obbligatoria per chiedere un decreto ingiuntivo in materia di controversie tra utenti e operatori nelle telecomunicazioni*

di **Gian Marco Sacchetto**

Cass., Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 8240 (Pres. Mammone, Rel. Rubino)

**Procedimento per ingiunzione – Controversie tra utenti e operatori di servizi di telecomunicazioni – Tentativo obbligatorio di conciliazione – Condizione di procedibilità – Esclusione** (C.p.c. art. 633 ss.; art. 1, comma 11, L. 31 luglio 1997, n. 249.)

*In tema di controversie tra le società erogatrici dei servizi di telecomunicazioni e gli utenti, non è soggetto all'obbligo di esperire il preventivo tentativo di conciliazione, previsto dall'art. 1, comma 11, della L. 31 luglio 1997 n. 249, chi intenda richiedere un provvedimento monitorio, essendo il preventivo tentativo di conciliazione strutturalmente incompatibile con i procedimenti privi di contraddittorio o a contraddittorio differito.*

**CASO**

La vicenda prende le mosse da un decreto ingiuntivo richiesto ed ottenuto dalla compagnia telefonica Alfa nei confronti della società Beta, avente ad oggetto la richiesta di pagamento di somme per la fornitura di servizi di telecomunicazione mobile. Il decreto ingiuntivo veniva opposto da Beta e l'opposizione veniva accolta dal Tribunale di Roma, che dichiarava improcedibile la domanda di pagamento azionata dalla compagnia telefonica, per il mancato espletamento, prima del deposito del ricorso per decreto ingiuntivo, del tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dalla L. n. 294 del 1997, art. 1, comma 11 e dalla Delib. dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni 182/02/CONS. La sentenza di primo grado veniva confermata dalla Corte d'appello di Roma in sede di gravame proposto da Alfa.

Avverso la sentenza della Corte territoriale proponeva ricorso per cassazione la compagnia telefonica Alfa, deducendo, in particolare, la violazione e comunque errata interpretazione dell'art. 1, comma 11, L. n. 294/1997 (disposizione che, a detta del ricorrente, non imponeva l'obbligatorietà del preventivo tentativo di conciliazione nel caso del procedimento monitorio). La causa è stata trasmessa al Primo Presidente e da questi assegnata alle Sezioni Unite, avendo la terza Sezione, con ordinanza interlocutoria n. 16954 del 2019, segnalato la presenza, tra le altre, della seguente questione di massima di particolare importanza: se, nella materia delle telecomunicazioni, il tentativo di conciliazione sia o meno obbligatorio anche con riferimento al procedimento monitorio.

**SOLUZIONE**

Le Sezioni Unite stabiliscono che il ricorso monitorio non deve essere preceduto dal tentativo di conciliazione in materia di telecomunicazioni: innanzitutto, perché non è espressamente richiesto (a pena di improcedibilità) prima dell'emissione del decreto ingiuntivo e comunque perché, presupponendo il tentativo di conciliazione la possibilità di apertura di una fase "dialogica" tra le parti, risulta assolutamente incompatibile con la struttura (a contraddittorio differito) e la finalità (di immediata o comunque celere soddisfazione del creditore) che caratterizzano il procedimento monitorio.

**QUESTIONI**

Com'è noto, nel settore delle telecomunicazioni vi è una autonoma regolamentazione circa le modalità di risoluzione alternativa delle controversie, denominata "tentativo obbligatorio di conciliazione".

Nello specifico, la L. 31 luglio 1997, n. 249 (che ha istituito l'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni) all'art. 1, comma 11, prevede: «*L'Autorità disciplina con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze, oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro. Per le predette controversie, individuate con provvedimenti dell'Autorità, non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità. A tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione*».

In forza della suddetta delega legislativa, l'AGCOM con Delib. n. 182/2002/CONS, ha adottato un primo Regolamento relativo alla risoluzione delle controversie insorte nei rapporti tra organismi di telecomunicazioni ed utenti. Successivamente, l'AGCOM ha adottato un nuovo regolamento con Delib. n. 173/07/CONS, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie decisa dalla Corte con il quale, per quanto qui rileva, ha previsto nell'art. 3, comma 1, che «*Per le controversie di cui all'art. 2, comma 1, il ricorso in sede giurisdizionale è improcedibile fino a che non sia stato esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi al Co.re.com competente per territorio munito di delega a svolgere la funzione conciliativa, ovvero dinanzi agli organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie di cui all'art. 13*».

Secondo le Sezioni Unite, il dato testuale fornito dall'art. 3, comma 1, Delibera n. 182 del 2002 («*Gli utenti o associati, ovvero gli organismi, che lamentino la violazione di un proprio diritto o interesse protetti da un accordo privato o dalle norme in materia di telecomunicazioni attribuite alla competenza dell'Autorità e che intendano agire in giudizio, sono tenuti a promuovere preventivamente un tentativo di conciliazione dinanzi al Corecom competente per territorio*»), pur nella sua non univocità, conduce verso l'esclusione della obbligatorietà del tentativo di conciliazione per poter accedere al procedimento monitorio, per il riferimento ad una terminologia («agire in giudizio») di solito associata all'atto introduttivo di un giudizio

ordinario, a contraddittorio immediato; il successivo regolamento 173/07/CONS, chiamato a disciplinare solo le modalità di esecuzione della procedura alternativa, non ha aggiunto nulla di determinante.

In mancanza di una chiara e univoca norma espressa, l'esclusione dell'obbligo di esperire preventivamente il tentativo di conciliazione in materia di telecomunicazioni nel procedimento monitorio è confortata comunque da ripetute affermazioni della Corte Costituzionale (v., tra le altre, sent. n. 276/2000; ord. n. 163/2004) dalle quali emerge l'incompatibilità strutturale del preventivo tentativo di conciliazione con il procedimento monitorio, in accordo con il principio, ribadito dal giudice delle leggi nella sent. n. 403/2007, secondo il quale «*le disposizioni che prevedono condizioni di procedibilità, costituendo deroga alla disciplina generale, devono essere interpretate in senso non estensivo*».

Ulteriori conferme in tal senso si rinvengono anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (cfr., tra le altre, sent. 18 marzo 2010, cause C-317/08, C-318/08, C319/08 e C-320/08 – *Alassini c. Telecom Italia s.p.a.*) la quale, occupandosi della disciplina generale italiana in tema di tentativo di mediazione obbligatorio, introdotta dal D.Lgs. n. 28 del 2010, ha chiarito in via generale che il diritto dell'Unione non osta a una normativa che prevede il previo ricorso alla mediazione obbligatoria prima di una domanda giudiziale, purché tuttavia non sia reso eccessivamente difficoltoso alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario (sent. 14/06/2017, causa C-75/16 – Menini).

Ciò premesso, sulla base degli indici testuali normativi *in subiecta materia*, ma soprattutto in grazia dell'insegnamento costante della Corte costituzionale, la Suprema Corte nella decisione in commento confermano la validità della soluzione già adottata da Cass. n. 25611 del 2016, secondo la quale in materia di telecomunicazioni il tentativo obbligatorio di conciliazione non è espressamente richiesto, a pena di improcedibilità (e, si badi, non di improponibilità, come confermato dall'appena successiva sentenza a Sezioni Unite n. 8241/2020) prima dell'emissione del decreto ingiuntivo.

Inoltre, presupponendo siffatto tentativo un giudizio che si svolga nel contraddittorio attuale tra le parti, non è assolutamente compatibile con la struttura e la finalità del procedimento monitorio. Come noto, infatti, tale procedimento, in presenza delle condizioni di emissione del decreto ingiuntivo, si traduce nell'adozione di un provvedimento adottato *inaudita altera parte*, a contraddittorio differito, in favore del creditore munito di prova scritta, sicché non è strutturalmente compatibile con il previo esperimento di un tentativo obbligatorio di conciliazione, che presuppone la possibilità di apertura di una fase "dialogica" tra le parti.

Peraltro, anche sotto il profilo finalistico, il procedimento di conciliazione e quello monitorio non appaiono compatibili, perché l'esigenza di immediata soddisfazione del creditore dotato di prova scritta del credito posta alla base del monitorio, che si realizza con il differimento del contraddittorio rispetto alla formazione del titolo, verrebbe vanificata dal previo esperimento del tentativo di conciliazione. Quindi, in questa fase, prevale l'esigenza di concedere un agile strumento a tutela del credito rispetto all'esigenza di trovare una soluzione alternativa alla

controversia, che però, si badi, non viene soppressa, ma si sposta alla fase successiva ed eventuale (cioè quando, con la proposizione della opposizione a decreto ingiuntivo, si apre la via del giudizio di cognizione ordinaria).

Solo nella fase di opposizione a decreto ingiuntivo diviene, quindi, operativo l'obbligo fissato dall' art. 1, comma 11 della L. n. 249 del 1997, nel rispetto comunque dei limiti di applicazioni fissati dall'art. 2, comma 2 del regolamento adottato con Delib. n. 173/07/CONS AGCOM («*Sono escluse dall'applicazione del presente Regolamento le controversie attinenti esclusivamente al recupero di crediti relativi alle prestazioni effettuate, qualora l'inadempimento non sia dipeso da contestazioni relative alle prestazioni medesime. In ogni caso, l'utente finale non è tenuto ad esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'art. 3 per formulare eccezioni, proporre domande riconvenzionali ovvero opposizione a norma degli artt. 645 c.p.c. e segg.*»).

Infine, una breve postilla di aggiornamento.

Attualmente nelle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche è vigente il Regolamento (allegato A) di cui alla delibera n. 353/19/CONS del 18 luglio 2019, che va a sostituire il Regolamento di cui alla delibera n. 203/18/CONS. Il nuovo Regolamento, in maniera pressoché coincidente a quanto prevedeva l'art. 3 del Regolamento vigente *ratione temporis* (Delib. n. 173/07/CONS) nel caso deciso dalla Suprema Corte, dispone: «*Per le controversie di cui all'articolo 2, comma 1, il ricorso in sede giurisdizionale è improcedibile fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione ai sensi del presente regolamento*».

Sembra dunque possibile ritenere che il principio sancito dalle Sezioni Unite conservi la sua validità anche nelle odierne controversie tra utenti e operatori di servizi di comunicazioni elettroniche, tenendo comunque presenti i (parzialmente) diversi limiti di applicazione del nuovo Regolamento di cui alla delibera n. 353/19/CONS, così come previsti all'art. 2, commi 2 e 3: «*Sono escluse dall'applicazione del presente regolamento le controversie attinenti unicamente al recupero di crediti relativi alle prestazioni effettuate dall'operatore, a eccezione di quelle inerenti a crediti o prestazioni contestate dall'utente. 3. Sono, altresì, escluse dall'ambito applicativo del presente regolamento le controversie promosse ai sensi degli articoli 37, 139, 140 e 140-bis del Codice del consumo nonché le controversie attinenti esclusivamente a profili tributari o di tutela della privacy*».

**Responsabilità civile**

# *Danno da cose in custodia: il caso fortuito è ravvisabile anche nella condotta del danneggiato*

di **Martina Mazzei**

Cass. civ., sez. III, 5 maggio 2020, n. 8478 – Pres. Travaglino – Rel. Valle

[1] **Responsabilità civile – Danni da cose in custodia – Concorso colposo – Dovere di cautela – Nesso eziologico – Criterio probabilistico di regolarità causale – Evento dannoso – Comportamento imprudente – Caso fortuito – Condotta del danneggiato – Dovere generale di ragionevole cautela**

(Cod. civ. art. 1227; 2051)

[1] *"In tema di responsabilità civile per danni da cose in custodia, la condotta del danneggiato, che entri in interazione con la cosa, si atteggia diversamente a seconda del grado di incidenza causale sull'evento dannoso, in applicazione – anche ufficiosa – dell'art. 1227, comma 1, c.c., richiedendo una valutazione che tenga conto del dovere generale di ragionevole cautela, riconducibile al principio di solidarietà espresso dall'art. 2 Cost. Ne deriva che, quanto più la situazione di possibile danno è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione da parte del danneggiato delle cautele normalmente attese e prevedibili in rapporto alle circostanze, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo causale del danno, fino a rendere possibile che detto comportamento interrompa il nesso eziologico tra fatto ed evento dannoso, quando sia da escludere che lo stesso comportamento costituisca un'evenienza ragionevole od accettabile secondo un criterio probabilistico di regolarità causale, connotandosi, invece, per l'esclusiva efficienza causale nella produzione del sinistro."*

**CASO**

[1] Tizio conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Napoli, ai sensi dell'art. 2051 c.c., il Condominio Alfa, affermando di avere riportato gravi lesioni a seguito di una caduta occorsagli mentre si trovata nel detto Condominio appoggiato ad una balaustra che, improvvisamente, aveva ceduto.

Il Tribunale e la Corte d'appello di Napoli rigettavano la domanda attorea in quanto dalle testimonianze raccolte risultava che Tizio, in piedi sulla balaustra, aveva, egli stesso, dato causa alla caduta.

Avverso la decisione d'appello il soccombente ricorreva in Cassazione con atto affidato a nove

motivi.

**SOLUZIONE**

[1] Per quanto di interesse, il ricorrente lamenta che la Corte d'appello, nel ritenere integrato il caso fortuito ex art. 2051 c.c. e nell'affermare che il Condominio Alfa ne avesse fornito la prova, si sia pronunciata su una difesa non proposta.

La Suprema Corte, nel rigettare il ricorso, ha osservato che la censura rivolta alla sentenza di secondo grado, per avere pronunciato oltre il limite della difesa, non è specifica considerato che la responsabilità ai sensi dell'art. 2051 c.c. era stata prospettata dallo stesso ricorrente. Inoltre, la Corte di Cassazione, nel pronunciare la massima in epigrafe, ha richiamato il principio sancito in giurisprudenza secondo cui, in tema di responsabilità per danni da cose in custodia ai sensi dell'art. 2051 c.c., il caso fortuito può essere ravvisato anche in una condotta esorbitante della parte che agisce invocando la speciale responsabilità per cose in custodia e, in particolare, mediante la dimostrazione che detta condotta sia stata di per sé sola causativa dell'evento.

**QUESTIONI**

[1] La sentenza in epigrafe consente di fare delle brevi considerazioni sulla responsabilità da cose in custodia.

**L'art. 2051 c.c. pone a carico del custode l'obbligo di risarcire i danni cagionati a terzi dalla cosa di cui egli ha la custodia**. Si tratta di una responsabilità incentrata sul mero potere di fatto che il custode esercita sulla *res* in quanto non è richiesto alcun legame giuridico.

Come si evince dalla lettura della norma **il custode, per andare esente da responsabilità, deve provare il caso fortuito**. In merito all'interpretazione del caso fortuito si sono formati due orientamenti strettamente connessi con la diversa qualificazione della responsabilità di cui all'art. 2051 c.c.

- Secondo una **concezione soggettivistica** il **caso fortuito**, quale **fatto esterno alla condotta del soggetto**, **può assumere rilevanza esimente solo previa valutazione della diligenza del custode**. Quest'ultimo, pertanto, andrebbe esente da responsabilità solo laddove riuscisse a dimostrare di aver posto in essere quegli accorgimenti necessari per evitare l'esposizione a pericolo della *res*.

Questa impostazione comporta la qualificazione della **responsabilità del custode** come **responsabilità semi-oggettiva o aggravata**. La Corte di Cassazione, infatti, ha osservato che la prova dell'intervento di un fattore esterno imprevedibile e inevitabile, cui sia eziologicamente riconducibile il danno, vale ad attestare l'assenza di colpa in capo al custode. In una pronuncia (Cass. civ. sez. III 20 febbraio 2006, n. 3651, più di recente anche Cass. civ. sez. VI 28 luglio 2017, n. 18856) si legge, infatti, che "*la prova liberatoria del fortuito attiene alla prova che il*

*danno si è verificato in modo non prevedibile né superabile con l'adeguata diligenza, e cioè con lo sforzo diligente dovuto in relazione alle circostanze concrete del caso. Essa si sostanzia pertanto nella prova di aver adottato, in relazione alle condizioni della cosa e alla sua funzione, tutte le misure idonee ad evitare il danno. Nella prova che, pur essendosi mantenuto il comportamento diligente nel caso dovuto, il danno si è ciononostante verificato per un evento non prevedibile né superabile con la diligenza normalmente adeguata in relazione alla natura della cosa, alla sua funzione e alle circostanze del caso concreto*".

- L'orientamento prevalente (Cass. civ. sez. III 1° febbraio 2018, n. 2477; Cass. civ. sez. III 6 febbraio 2018, n. 2840; Cass. civ. sez. VI 16 maggio 2017, n. 12027; Cass. civ. sez. III 9 agosto 2004, n. 15383 e 15384), invece, ritiene che la **responsabilità per danno da cose in custodia** sia una **responsabilità oggettiva in senso stretto**. Il **caso fortuito**, infatti, viene considerato un **fattore esterno naturale, derivante del fatto del terzo o del danneggiato stesso idoneo a recidere il nesso di causalità tra custodia della *res* e pregiudizio**.

La responsabilità ex art. 2051 c.c., pertanto, si basa sul positivo riscontro del solo nesso di causalità tra la cosa causativa del danno e l'evento dannoso a prescindere dal comportamento colpevole del custode. **Il danneggiato è chiamato**, quindi, **a provare solo la sussistenza del nesso eziologico non dovendo fornire la prova dell'intrinseca pericolosità della cosa o della condotta commissiva od omissiva del custode**, mentre **quest'ultimo, per andare esente da responsabilità, dovrà fornire la prova del caso fortuito**.

In due sentenze gemelle del 2004 (Cass. civ. sez. III 9 agosto 2004, n. 15383 e 15384) la Corte di Cassazione ha precisato che "*la responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia (art. 2051 c.c.) ha carattere oggettivo e, perché possa configurarsi in concreto, è sufficiente che sussista il nesso causale tra la cosa in custodia e il danno arrecato, senza che rilevi al riguardo la condotta del custode e l'osservanza o meno di un obbligo di vigilanza, in quanto la nozione di custodia nel caso rilevante non presuppone né implica uno specifico obbligo di custodire analogo a quello previsto per il depositario, e funzione della norma è, d'altro canto, quella di imputare la responsabilità a chi si trova nelle condizioni di controllare i rischi inerenti alla cosa, dovendo pertanto considerarsi custode chi di fatto ne controlla le modalità d'uso e di conservazione, e non necessariamente il proprietario o chi si trova con essa in relazione diretta. Ne consegue che tale tipo di responsabilità è esclusa solamente dal caso fortuito, fattore che attiene non già ad un comportamento del responsabile bensì al profilo causale dell'evento, riconducibile non alla cosa che ne è fonte immediata ma ad un elemento esterno, recante i caratteri dell'imprevedibilità (rilevante non già ad escludere la colpa bensì quale profilo oggettivo, al fine di accertare l'eccezionalità del fattore esterno, sicché anche un'utilizzazione estranea alla naturale destinazione della cosa diviene prevedibile dal custode laddove largamente diffusa in un determinato ambiente sociale) e dell'inevitabilità, a nulla viceversa rilevando che il danno risulti causato da anomalie o vizi insorti nella cosa prima dell'inizio del rapporto di custodia*".

Per quanto riguarda, in particolare, il caso fortuito, secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass. civ. sez. III 21 marzo 2013, n. 7125) quest'ultimo è riconducibile a tre modelli: il fatto

naturale; il fatto del terzo e il fatto del danneggiato.

In relazione al fatto del danneggiato la giurisprudenza, in una recente pronuncia (Cass. civ. sez. III 6 febbraio 2018, n. 2480, in senso conforme anche Cass. civ. sez. III 31 ottobre 2017, n. 25837; Cass. civ. sez. III 27 giugno 2016, n. 13222), richiamata anche dalla sentenza in epigrafe, ha osservato che **il fatto del danneggiato può assumere efficacia liberatoria per il custode quando ricorrono due condizioni**: **il fatto sia riferibile alla condotta colposa del danneggiato e sia imprevedibile ed eccezionale in modo tale da assumere efficacia determinante dell'evento dannoso**.

La valutazione sulla colpevolezza e sull'imprevedibilità sono valutazioni distinte in quanto la colpevolezza attiene alla condotta del danneggiato ex art. 1176 c.c. mentre l'imprevedibilità, deve essere valutata con riferimento alla condotta del custode. Alla stregua di una valutazione *ex ante*, compiuta ponendosi dal punto di vista del custode, se il fatto del danneggiato colpevole si rivela anche imprevedibile e, quindi, idoneo a interrompere il nesso di causalità dovrà essere esclusa la responsabilità del custode ex art. 2051 c.c.

**Nel caso in cui**, invece, **la condotta del danneggiato abbia efficacia concorrente nell'eziologia del danno ovvero difetti il requisito dell'imprevedibilità** allora sarà **valutabile ai fini della riduzione del risarcimento ex art. 1227, co. 1, c.c. in forza del richiamo operato dall'art. 2056 c.c.** Tale valutazione sarà operata in funzione del principio giurisprudenziale secondo il quale quanto più la situazione di possibile rischio sia suscettibile di essere prevista e superata con l'adozione di normali cautele da parte del danneggiato, tanto più incidente dovrà considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente dello stesso danneggiato nell'eziologia dell'evento, con corrispondente riduzione del risarcimento.

Ciò posto la Corte di Cassazione, nel caso in esame, ribadisce, in relazione all'efficienza causale della condotta del danneggiato, il principio di diritto (già enunciato da Cass. civ. sez. III 6 febbraio 2018, n. 2480) secondo cui "*la condotta del danneggiato che entri in interazione con la cosa si atteggia diversamente a seconda del grado di incidenza causale sull'evento dannoso, in applicazione – anche ufficiosa – dell'art. 1227, 1° comma, c.c.; e deve essere valutata tenendo anche conto del dovere generale di ragionevole cautela riconducibile al principio di solidarietà espresso dall'art. 2 Cost. Pertanto, quanto più la situazione di possibile danno è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione da parte dello stesso danneggiato delle cautele normalmente attese e prevedibili in rapporto alle circostanze, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo causale del danno, fino a rendere possibile che detto comportamento interrompa il nesso eziologico tra fatto ed evento dannoso, quando lo stesso comportamento, benché astrattamente prevedibile, sia da escludere come evenienza ragionevole o accettabile secondo un criterio probabilistico di regolarità causale*."

Seminario di specializzazione
CANONI DI LOCAZIONE E
AFFITTI NELL'EMERGENZA COVID-19
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

**Comunione – Condominio - Locazione**

# *Il punto della Corte di Giustizia Europea: dal "condomino consumatore" verso il "condominio consumatore"*

di **Ilaria Ottolina**

**Corte Giustizia Unione Europea, sez. I, Sentenza 2 aprile 2020, n. C- 329/19**

**Condominio – procedimento principale avanti il Giudice nazionale – clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori – applicabilità al condominio – questione pregiudiziale dinanzi al Giudice europeo – sussiste.**

**Riferimenti normativi: Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) – Direttiva CEE 5 aprile 1993, n. 93/13/CEE – Legge 6 febbraio 1996 n. 52 (c.d. Legge Comunitaria 1994) – Direttiva CEE 25 ottobre 2011, n. 2011/83/UE (c.d. *Consumer Rights*) – art. 1117, 1129 e 1131 c.c. – D.Lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (c.d. Codice del Consumo) – Regolamento CE 04/07/2012 n. 650/2012**

*"… la Corte ha già dichiarato che una persona diversa da una persona fisica, che stipuli un contratto con un professionista, non può essere considerata come un consumatore ai sensi dell'art. 2, lettera b), della direttiva 93/13 …"*

*"… allo stato attuale di sviluppo del diritto dell'Unione, **la nozione di "proprietà" non è armonizzata a livello dell'Unione europea e possono sussistere differenze tra gli Stati membri** … Di conseguenza, e fintanto che il legislatore dell'Unione non sia intervenuto al riguardo, **gli Stati membri restano liberi di disciplinare il regime giuridico del condominio nei rispettivi ordinamenti nazionali, qualificandolo o meno come "persona giuridica"** (…) **a condizione che una siffatta interpretazione da parte dei giudici nazionali garantisca un livello di tutela più elevato per i consumatori e non pregiudichi le disposizioni dei trattati** …"*

*"… L'articolo 1, paragrafo 1, e l'articolo 2, lettera b), della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le **clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori**, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una giurisprudenza nazionale che interpreti la normativa di recepimento della medesima direttiva nel diritto interno in modo che **le norme a tutela dei consumatori che essa contiene siano applicabili anche a un contratto concluso con un professionista da un soggetto giuridico quale il condominio nell'ordinamento italiano, anche se un simile soggetto giuridico non rientra nell'ambito di applicazione della suddetta direttiva** …"*

**CASO**

Con il consueto stile didascalico ed esplicativo, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea dirimeva la questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Milano con ordinanza del 1° aprile 2019, ai sensi dell'art. 267 TFUE (recante *"Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea"*)[1], nell'ambito del giudizio principale di opposizione a precetto promosso (in Italia) da un condominio, nei confronti di una società di fornitura di energia termica, avente ad oggetto il pagamento di interessi moratori al tasso del 9,25%, computati dalla scadenza alla saldo.

Più precisamente, il condominio-opponente sosteneva di essere un **"consumatore"** ai sensi della direttiva 5 aprile 1993, n. 93/13/CEE e, per l'effetto, invocava il **carattere abusivo** – quindi **non vincolante** *ex* art. 6, paragrafo 1 – della clausola contrattuale relativa alla comminazione dei predetti interessi di mora.

Il giudice milanese, pur convenendo sulla natura abusiva della clausola contrattuale (passibile, com'è noto, di annullamento anche d'ufficio[2]), riteneva necessario sollevare la seguente questione (interpretativa) pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE:

*"Se la nozione di consumatore quale accolta dalla direttiva [93/13] osti alla qualificazione come consumatore di un soggetto (quale il condominio nell'ordinamento italiano) che non sia riconducibile alla nozione di "persona fisica" e di "persona giuridica", allorquando tale soggetto concluda un contratto per scopi estranei all'attività professionale e versi in una situazione di inferiorità nei confronti del professionista sia quanto al potere di trattativa, sia quanto al potere di informazione"*.

**SOLUZIONE**

La Corte di Giustizia Europea, sulla scorta dell'interpretazione della legislazione comunitaria vigente – segnatamente: la direttiva 05/04/1993 n. 93/13/CEE, la direttiva 25/10/2011 n. 2011/83/UE, gli artt. 169 e 345 TFUE, il Regolamento CE 04/07/2012 n. 650/2012 -, risolveva positivamente la questione pregiudiziale e forniva al Giudice nazionale la seguente linea interpretativa:

*"L'articolo 1, paragrafo 1, e l'articolo 2, lettera b), della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una giurisprudenza nazionale che interpreti la normativa di recepimento della medesima direttiva nel diritto interno in modo che **le norme a tutela dei consumatori che essa contiene siano applicabili anche a un contratto concluso con un professionista da un soggetto giuridico quale il condominio nell'ordinamento italiano, anche se un simile soggetto giuridico non rientra nell'ambito di applicazione della suddetta direttiva***".

**QUESTIONI GIURIDICHE**

A fronte di un'Unione Europea non particolarmente prodiga di tutele rispetto dell'emergenza

sanitaria in corso[3], la Giustizia Europea, chiamata ad applicare il diritto europeo dei consumatori (tenuto conto anche del diritto nazionale del Paese richiedente tutela), sembra più feconda di garanzie per i cittadini (*rectius*: per i consumatori) degli Stati membri.

A partire dagli anni '50, le istituzioni europee hanno progressivamente formato il diritto europeo dei consumatori (di cui l'ambito contrattuale è uno degli aspetti più rilevanti), in ordine al quale la lunga fase della c.d. "armonizzazione minima", caratterizzata dall'imposizione agli Stati membri di un livello minimo di tutela vincolante, ha ceduto il passo, a partire dagli inizi del secondo millennio, alla fase della c.d. "armonizzazione massima", caratterizzata invece dalla predeterminazione di rigidi livelli di protezione *standard*[4]: per quanto possa interessare in questa sede, rivelatore di siffatto spostamento è il semplice confronto testuale della disposizione di cui all'art. 8 Direttiva 93/13/CE con quella di cui all'art. 4 Direttiva n. 2011/83/UE (entrambe peraltro tuttora in vigore)[5].

Ciò premesso, anche la **materia condominiale** è stata interessata dal diritto del consumo (europeo e nazionale), con particolare riferimento ai contratti stipulati con i consumatori (si pensi ai contratti di fornitura di beni e di servizi, come nel caso in commento, ma anche alle convenzioni di ripartizione delle spese condominiali predisposte dal costruttore o dall'originario unico proprietario dell'edificio condominiale[6]): invero, la tendenza in atto sembra condurre verso un progressivo ampliamento degli ambiti di competenza del Giudice Europeo (con effetti potenzialmente incidenti anche sul diritto nazionale), mediante il meccanismo del riconoscimento – e della conseguente tutela – della posizione giuridica soggettiva di "consumatore".

Il primo passo, non certo "scontato" ma di più agevole riconduzione giuridica ai principi generali del diritto dei consumatori, è stato quello che ha visto il riconoscimento della qualifica di "consumatore" in capo al singolo condòmino.

In effetti – come del resto evidenziato anche nella sentenza in commento – sia la normativa nazionale[7] che quella comunitaria[8] sanciscono l'ormai granitico principio secondo il quale **"consumatore" è la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta**.

Sulla scorta di tale premessa, la Suprema Corte ha ribadito in più occasioni che *"Al contratto concluso con un professionista da un amministratore di condominio, **ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei suoi partecipanti**, si applica la disciplina di tutela del consumatore, agendo l'amministratore stesso come mandatario con rappresentanza dei singoli condòmini, **i quali devono essere considerati consumatori, in quanto persone fisiche operanti per scopi estranei ad attività imprenditoriale o professionale**"*[9]: in altre parole, determinati contratti conclusi tra il professionista e l'amministratore di condominio soggiacciono alla tutela del diritto del consumo, in quanto posti in essere in nome e per conto dei singoli condòmini, qualificabili siccome consumatori, in quanto persone fisiche agenti per finalità meramente private (e non imprenditoriali); laddove, peraltro, il condominio non è, a sua volta, inquadrabile come persona giuridica, bensì quale *"ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da*

*quella dei suoi partecipanti".*

Non mancano, specularmente, sentenze della Giustizia Europea che applicano a fattispecie promosse da proprietari d'immobili in condominio la disciplina della direttiva n. 2011/83/UE (c.d. *Consumer Rights*), in tal modo riconoscendone implicitamente la qualifica di consumatori (ovviamente, a prescindere dall'esito fausto o meno della causa)[10].

Peraltro, nell'ormai lontano 2001, la Corte di Giustizia aveva sancito con estrema incisività che il presupposto indefettibile della qualifica di consumatore fosse proprio la natura di persona fisica del medesimo[11].

Tuttavia, a distanza di vent'anni, i tempi sono cambiati e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si mostra disponibile a rivedere la propria posizione.

Sicché, attraverso un articolato sviluppo argomentativo non privo di qualche lieve "forzatura" – è il caso di specie della sentenza esaminata – riconosce anche al condominio la qualifica di consumatore.

L'operazione ermeneutica è la seguente:

in primo luogo, il Giudice di Lussemburgo prende atto che, secondo l'ordinamento italiano, il condominio non è né una "persona fisica", né una "persona giuridica" (invero, come anzidetto, trattasi di soggetto giuridico autonomo, in quanto **ente di gestione sfornito di personalità distinta da quella dei suoi partecipanti**);

la Corte di Giustizia afferma quindi che, in forza dell'art. 345 TFUE, "I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri";

per rafforzare questo aspetto in modo favorevole rispetto alla questione pregiudiziale da risolvere, la Corte richiama anche l'art. 1, paragrafo 2, lett. k) del Regolamento n. 650/2012[12], il quale esclude, fra gli altri, i diritti reali dall'applicazione del regolamento: a parere di chi scrive, tuttavia, il riferimento in questione appare "forzato", atteso che la norma esclude i diritti reali da un ambito di applicazione – segnatamente: le successioni a causa di morte – che nulla ha a che vedere con quello condominiale;

il Giudice europeo affronta quindi l'ultimo ostacolo, dovendo valutare se l'interpretazione del Giudice nazionale non pregiudichi le diposizioni dei trattati e se garantisca un livello di tutela più elevato per i consumatori.

Ebbene, la Corte rileva come soccorra il combinato disposto del Considerando 12[13] e dell'art. 8 della direttiva 93/13[14], del Considerando 13 della direttiva 2011/83[15] e dell'art. 169, paragrafo 4, TFUE[16]: più precisamente, la direttiva 93/13, nel suo complesso, opta ancora per la c.d. "armonizzazione minima" tra diritto del consumo nazionale e comunitario, consentendo così agli Stati membri di adottare disposizioni più severe e idonee a garantire un

livello di protezione più elevato per il consumatore, purché compatibili con le norme dei trattati. D'altro canto, la direttiva 2011/83, pur dando corso alla c.d. "armonizzazione massima" (art. 4)[17], introduce di fatto, attraverso il Considerando 13[18], la deroga che fa da incipit all'art. 4 ("Salvo che la presente direttiva disponga altrimenti …"), con l'effetto di legittimare comunque specifici spazi giuridici nazionali, pur nell'ambito di una politica comunitaria che tende ad affermare la centralità del mercato interno rispetto alla frammentazione degli interessi dei singoli Stati membri, collegati piuttosto a specifiche istanze sociali;

a chiusura della proprio percorso interpretativo, la Corte di Giustizia richiama anche l'orientamento della Corte di Cassazione (italiana), che tende a riconoscere al condominio la posizione giuridicamente rilevante di consumatore, attesa la sua natura di "ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei suoi partecipanti"[19], al pregevole scopo di perseguire – osserva il Giudice Europeo – una finalità assimilabile "ad una questione di ordine pubblico", che consente al Giudice nazionale di "… valutare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13"[20].

Per questa via, dunque, con una sorta velata concessione ("*… fintanto che il legislatore dell'Unione non sia intervenuto al riguardo …*"), il Giudice di Lussemburgo giunge a riconoscere al condominio il regime giuridico di "consumatore" (o meglio, più in generale, quello conforme ad ogni singolo ordinamento nazionale).

E' tuttavia verosimile ritenere, da parte dell'interprete, che il riconoscimento "ufficiale" possa divenire effettivo, specialmente qualora il processo di armonizzazione massima in corso sia destinato a non subire battute d'arresto.

[1] Trattato 25 marzo 1957, successivamente modificato e integrato dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, istitutivo anche del TUE, recante *"Trattato sull'Unione Europea"* (pubblicato in G.U.U.E. 9 maggio 2008, n. C 115).

[2] Così Corte di Giustizia Europea, sez. V, 07/08/2018 n. 96/16; Corte Giustizia Comunità Europee 21/11/2002 n. 473: si tratta della c.d. "nullità di protezione", di matrice comunitaria, che in deroga all'art. 1421 c.c. ("*… chiunque vi ha interesse …*") può essere fatta valere solo dalla parte contrattuale debole, salva la rilevabilità d'ufficio.

[3] Il riferimento è, fatalmente, al COVID-19.

[4] Per un'esaustiva generale disamina si veda ANTONIOLLI L., *Contratti del consumatore nel diritto dell'Unione europea*, in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*., la quale ha acutamente osservato come tale spostamento "… [sia] *motivato dalla volontà di garantire in modo pieno la libera circolazione, attraverso la definizione di un quadro normativo uniforme, enfatizzando gli aspetti di apertura del mercato rispetto a quelli di tutela dei consumatori in quanto soggetti deboli …*".

[5] Art. 8 Direttiva n. 93/13/CEE (sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i

consumatori): *"Gli Stati membri possono adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il trattato,* ***per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore****"*, laddove invece l'art. 4 Direttiva n. 2011/83/UE (sui diritti dei consumatori) recita invece: *"****Salvo che la presente direttiva disponga altrimenti****, gli Stati membri* ***non*** *mantengono o adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso"*.

[6] Cass. civ., sez. II, 23/07/2019 n. 19832 (con nota di LUPPINO S., in *www.eclegal.it* del 18/02/2020).

[7] Art. 3, D. Lgs. 06/09/2005 n. 206 (Codice del Consumo).

[8] Art. 2, lett. b), Direttiva 05/04/1993 n. 93/13/CEE; art. 2, n. 1), Direttiva 25/10/2011 n. 2011/83/UE.

[9] Cass. civ., sez. VI, Ord. 22/05/2015 n. 10679; Cass. civ., sez. III, Ord. 24/07/2001 n. 10086; Cass. civ., sez. VI, Ord., 28/05/2019 n. 14475; Cass. civ., sez. III, Ord. 12/01/2005 n. 452.

[10] Corte di Giustizia Unione Europea, sez. IV, 05/12/2019 n. 708/17.

[11] Corte di Giustizia Comunità Europee, sez. III, 22/11/2001 n. 541.

[12] Regolamento CE 04/07/2012 n. 650/2012 (recante: *"Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo"*).

[13] *"Considerando tuttavia che per le legislazioni nazionali nella loro forma attuale è concepibile solo un'armonizzazione parziale; che, in particolare, sono oggetto della presente direttiva soltanto le clausole non negoziabili individualmente; che pertanto occorre lasciare agli Stati membri la possibilità di garantire, nel rispetto del trattato, un più elevato livello di protezione per i consumatori mediante disposizioni nazionali più severe di quelle della presente direttiva"*.

[14] *Cfr.* nota 5.

[15] *"Gli Stati membri dovrebbero restare competenti, conformemente al diritto dell'Unione, per l'applicazione delle disposizioni della presente direttiva ai settori che non rientrano nel suo ambito di applicazione (...) Gli Stati membri possono decidere di estendere l'applicazione delle norme della presente direttiva alle persone giuridiche o alle persone fisiche che non sono consumatori ai sensi della presente direttiva ..."*.

[16] *"Le misure adottate a norma del paragrafo 3 non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere o di introdurre misure di protezione più rigorose. Tali misure devono essere compatibili*

*con i trattati. Esse sono notificate alla Commissione".*

[17] *Cfr.* nota 5.

[18] *Cfr.* nota 15.

[19] *Cfr.* nota 9.

[20] *Cfr.* Corte di Giustizia Unione Europea n. 96/16, *cit.*

**Diritto successorio e donazioni**

# *Esecutore testamentario e la sua legittimazione nelle azioni relative all'eredità*

di **Corrado De Rosa**

**Cass. Civ., Sez. II Ord. 28-02-2020 n. 5520 – SAN GIORDANO – Presidente, BELLINI – Relatore**

**Esecutore testamentario – Litisconsorzio necessario – legittimazione processuale)**

(C.c., art. 704 ss)

*L'esecutore testamentario, mentre è titolare "iure proprio" delle azioni, relative all'esercizio del suo ufficio, che trovano il loro fondamento e il loro presupposto sostanziale nel suo incarico di custode e di detentore dei beni ereditari ovvero nella gestione, con o senza amministrazione, della massa ereditaria, è soltanto legittimato processuale, a norma dell'art. 704 c.c., per quanto riguarda le azioni relative all'eredità e, cioè, a diritti ed obblighi che egli non acquista o assume per sé, in quanto ricadenti direttamente nel patrimonio ereditario, pur agendo in nome proprio. In tale ultima ipotesi, in cui non è investito della legale rappresentanza degli eredi del "de cuius", ma agisce in nome proprio, l'esecutore testamentario assume la figura di sostituto processuale, in quanto resiste a tutela di un diritto di cui sono titolari gli eredi, ma la sua chiamata in giudizio è necessaria ad integrare il contraddittorio.*

**CASO**

C.J.A.L, con atto di citazione ritualmente notificato, ha proposto opposizione al decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Roma su istanza degli avvocati L.A.M e CU.MA. Questi ultimi avevano intimato il pagamento di € 102.999,63, più accessori, a titolo di onorari per le prestazioni stragiudiziali eseguite a favore dell'intimato. L'opponente eccepiva, oltre al difetto di legittimazione attiva degli istanti, il proprio difetto di legittimazione passiva in quanto l'azione era stata rivolta nei confronti della stessa in proprio e non nella sua qualità di esecutore testamentario. Inoltre, nel merito sosteneva che la somma richiesta, stante la trascurabile attività giudiziale svolta, non fosse dovuta o fosse dovuta in misura inferiore. In ultimo, chiamava in causa il figlio per integrare il contraddittorio.

Il Tribunale di Roma, rigettate le richieste istruttorie, con sentenza n. 17059/2007 dichiarava il difetto di legittimazione passiva dell'opponente essendo stato l'incarico conferito alla stessa in qualità di esecutore testamentario. Di conseguenza, secondo il Tribunale, il peso delle obbligazioni contratte dall'opponente doveva ricadere sulla massa ereditaria e non sul patrimonio personale.

Avverso tale sentenza, fu proposto appello. Gli appellanti evidenziavano come l'appellata fosse coerede in una comunione incidentale ereditaria e quindi obbligata in solido al pagamento delle spese sostenute dall'esecutore testamentario.

La Corte di Appello di Roma, con sentenza n. 1414/2016, rigettava l'opposizione ritenendo che la domanda indirizzata alla sola opponente, nella duplice veste di erede e esecutore testamentario, garantiva il litisconsorzio necessario e che con la chiamata in causa dell'altro coerede, nel giudizio di primo grado, il contraddittorio era stato esteso anche nei confronti dell'altro componente della comunione ereditaria incidentale.

Avverso tale ultima sentenza, la ricorrente ha eccepito la violazione dell'articolo 704 c.c. in relazione all'articolo 112 c.p.c. . I giudici, secondo la ricorrente, nell'affermare la doppia qualità di erede ed esecutore testamentario della ricorrente, sarebbero incorsi in un vizio di ultra-petizione.

**SOLUZIONE**

La Corte di Cassazione ha osservato che i Giudici di merito, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, non siano incorsi in nessun vizio di ultra-petizione. La domanda è stata esperita correttamente sia nei confronti del coerede, obbligato in solito con l'altro coerede per i pesi ereditari, sia in base al principio secondo cui i crediti dei terzi verso l'eredità devono essere azionati anche nei confronti dell'esecutore testamentario- litisconsorte necessario-. Risulta essere stata estesa pure nei confronti dell'esecutore testamentario non ancora cessato dalla carica nella sua qualità di sostituto processuale (ex art. 704 c.c.). Nel caso di specie, era stata fornita la spiegazione che l'appellata rivestisse la doppia qualità di coerede e esecutore testamentario per cui la domanda indirizzata alla sola opponente, nella sua doppia veste, aveva garantito il litisconsorzio necessario previsto dalla legge. In particolare, con l'accettazione dell'eredità l'appellata ha assunto la qualifica di coerede in comunione incidentale ereditaria e, allo stesso tempo, rivestiva la qualifica di esecutore testamentario, benché fosse decorso il termine annuale previsto dalla legge, in quanto la stessa era ancora impegnata nella fase di rendicontazione della gestione ereditaria.

Tale ragionamento, secondo la Corte di Cassazione, risultava coerente con il principio secondo cui l'esecutore testamentario è titolare *iure proprio* delle azioni, relative all'esercizio del suo ufficio, che trovano fondamento e presupposto sostanziale nel suo incarico di custode e detentore dei beni ereditari o nella loro gestione. A contrario, è soltanto legittimato processualmente, pur agendo in nome proprio, ai sensi dell'articolo 704 c.c., per le azioni relative all'eredità, cioè a diritti e obblighi che egli non assume su di sé perché ricadenti nel patrimonio ereditario. In quest'ultima ipotesi, l'esecutore testamentario assume la figura di sostituto processuale, resistendo a tutela di un diritto di cui sono titolari gli eredi, ma la sua chiamata in giudizio è necessaria per integrare il contraddittorio. (Cass. n. 4663/1982; Cass. n. 45/1967; Cass. n.78/1967)

Per questi motivi, la Corte rigetta il ricorso e conferma quanto deciso dalla Corte d'Appello.

**QUESTIONI**

L'esecutore testamentario ha il compito di curare l'esecuzione delle disposizioni di ultima volontà del defunto o di curare l'attuazione degli obblighi e diritti successori. Tale incarico è conferito nell'interesse altrui non più attribuibile ad un soggetto esistente (Cuffaro V., *Gli esecutori testamentari*, in Tratt. Rescigno, II, Utet, 1997, p. 382). Parte della dottrina (Cuffaro V., Gli esecutori testamentari, in Tratt. Rescigno, II, Utet, 1997, p. 380) riconduceva la figura dell'esecutore testamentario nell'alveo della rappresentanza. Tuttavia, l'incarico attribuito all'esecutore testamentario si qualifica secondo l'opinione più moderna e prevalente come un ufficio diritto privato, conferito nell'interesse altrui (Vidiri G., *L'esecutore testamentario: natura e gratuità dell'ufficio*, in "Giustizia Civile", I, 2005, p. 91).

Può essere designato come esecutore testamentario anche un erede o un legatario, il quale verrà a cumulare due diverse qualità che resteranno nettamente distinte: quella di successore e di esecutore. Per questo motivo, i soggetti possono accettare l'incarico di esecutore testamentario, pur rinunciando all'eredità oppure conseguire il legato ma rifiutando l'incarico di esecutore testamentario (Capozzi G., *Successioni e donazioni*, I, Giuffrè, 2009, p.1073).

L'esecutore testamentario, durante l'esecuzione del suo compito è investito da una doppia legittimazione:

a) una *iure proprio*, in relazione all'esercizio dei diritti e degli obblighi insorgenti a suo carico come custode e detentore dei beni ereditati. Si tratta delle azioni volte a dare attuazione alla volontà testamentaria come quelle dirette ad accertare i diritti successori delle parti e ad individuare le persone alle quali l'esecutore deve consegnare i beni o rendere i conti della sua gestione. (Musolino G., *Esecutore testamentario e legittimazione processuale*, in "Rivista del Notariato", II, 2018, p. 408). Per quanto riguarda il giudizio già pendente in vita del *de cuius*, nel quale questi faceva valere diritti verso i terzi, la legittimazione, dopo la sua interruzione, secondo l'articolo 110 c.p.c, spetta ai soli eredi anche nell'ipotesi in cui il defunto abbia designato un esecutore testamentario in quanto tale controversia esula dalle azioni relative all'esercizio dell'esecutore (Sesta M., *Codice delle successioni e donazioni,* I, Giuffrè, 2011, p. 1611)

b) l'altra come sostituto processuale, nelle "*controversie riguardanti rapporti giuridici dei quali l'esecutore non è titolare, ma la cui tutela assicura l'esatto adempimento dell'incarico testamentario ricevuto e che investe l'accertamento, oltre che della qualità di erede o di legatario degli istituti, anche dell'oggetto dell'istituzione testamentaria*" (Cass. n. 1044/1977). In quest'ultima ipotesi, l'esecutore testamentario diviene litisconsorte necessario ex art. 704 c.c. ma non ha una legittimazione autonoma in quanto solo l'erede possiede una legittimazione passiva autonoma e rappresenta l'eredità (Musolino G., *Esecutore testamentario e legittimazione processuale*, in "Rivista del Notariato", II, 2018, p. 409). Tra le azioni relative all'eredità rientrano sia le azioni promosse dai terzi creditori o dai legatari per l'adempimento dei debiti sia quelle volte ad invalidare le disposizioni testamentarie o ne mettano in discussione la portata (Cass. n. 68/1967). Inoltre, l'esecutore ha anche la *facoltà* di intervenire in qualunque

giudizio promosso dall'erede relativo alla successione. Secondo parte della dottrina, l'intervento facoltativo dell'esecutore testamentario è previsto sia per i giudizi relativi alla massa ereditaria sia per quelli che si riferiscono in qualsiasi altro modo alla successione e siano promossi dagli eredi (Trimarchi M., *Esecutore testamentario (Dir. Priv.),* in "Enc. Dir.", XV, 1996).

Sotto il profilo temporale, la legge fissa il limite di un anno, dall'accettazione dell'eredità per il possesso dei beni ereditari. Si deve sottolineare però che la legittimazione non cessa per il decorso del termine annuale previsto dall'art. 703 c.c., in quanto tale termine si riferisce al *solo* possesso dei beni ereditati (Capozzi G., *Successioni e donazioni*, I, Giuffrè, 2009, p.1085). Come ribadito anche dalla giurisprudenza di legittimità, il limite temporale posto dall'articolo 703 c.c. non si estende anche all'amministrazione dell'esecutore testamentario dei beni, la cui gestione deve durare fino a quando non siano esattamente eseguite le disposizioni di ultima volontà del defunto, salvo contraria volontà del testatore (Cass. n.78/1967; Cass. 12241/2016). Inoltre, sul punto trattato dalla sentenza in commento parte della dottrina (Gangi C., *La successione testamentaria*, II, Giuffrè, 1952, p. 540) ritiene che la legittimazione passiva dell'esecutore testamentario sussista anche quando non sia investito dell'amministrazione.

**Diritto e reati societari**

# *Finanziamento soci o versamento in conto capitale: prevale la sostanza sulla modalità di concreta iscrizione in bilancio ai fini dell'individuazione dell'operazione del socio*

di **Virginie Lopes**

Cass. Civ., Sez. I, 20 aprile 2020, n. 7919

**Parole chiave**: Società – Erogazione dei soci – Natura giuridica – Qualificazione e conseguenze – Distinzione tra finanziamento e versamento – Volontà negoziale – *Diritto alla restituzione – Condizioni*

**Massima**: "*L'erogazione di somme dai soci alle società da loro partecipate può avvenire a titolo di mutuo, con il conseguente obbligo per la società di restituire la somma ricevuta ad una determinata scadenza, oppure di versamento destinato a confluire in apposita riserva "in conto capitale"; in quest'ultimo caso non nasce un credito esigibile, se non per effetto dello scioglimento della società e nei limiti dell'eventuale attivo del bilancio di liquidazione, connotato dalla postergazione della sua restituzione rispetto al soddisfacimento dei creditori sociali e dalla posizione del socio quale* "residual claimant"."

**Disposizioni applicate**: art. 2709 c.c.

Nel caso in esame, la Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi sul tema dibattuto delle erogazioni dei soci a favore della società.

Nella specie, la socia accomandataria di una società in accomandita semplice, in proprio e quale appunto socia accomandataria, aveva proposto opposizione avverso un decreto ingiuntivo rilasciato in favore del socio accomandante per il pagamento di una somma di denaro che, secondo quest'ultimo, doveva ritenersi quale **restituzione di un finanziamento erogato in favore della società**, ma che, secondo la socia accomandataria e la società, doveva qualificarsi quale somma versata dal medesimo socio in conto capitale. La società riteneva infatti che i versamenti effettuati dal socio non fossero riconducibili allo schema del mutuo (nonostante le annotazioni contabili fatte valere dal socio *ex* art. 2709 c.c.), bensì dovevano considerarsi **conferimenti atipici in conto capitale**, in quanto tali non rimborsabili, se non per effetto dello scioglimento della società e nei limiti dell'eventuale attivo residuo del bilancio di liquidazione.

Il Tribunale di primo grado ha respinto l'opposizione a decreto ingiuntivo, mentre la Corte d'Appello ha deciso di riformare la sentenza di primo grado e revocare il decreto ingiuntivo

opposto, costringendo il socio accomandante ad impugnare la sentenza della Corte d'Appello per cassazione.

La Corte di Cassazione ha ritenuto che **la denominazione dell'erogazione contenuta nelle scritture contabili della società fosse priva di rilevanza** ai fini della qualificazione nell'uno o nell'altro modo dei versamenti del socio e chiarito che detta qualificazione dipende dall'**esame della volontà negoziale delle parti**, dal **modo in cui il rapporto è stato attuato in concreto**, dalle **finalità pratiche cui esso appare essere diretto** e dagli **interessi che vi sono sottesi** e che l'onere della prova spetta al socio che intende chiedere la restituzione di quanto versato.

È quindi chiaro che le argomentazioni del socio accomandante, così come quelle della Suprema Corte si sono incentrate sul tema della **qualificazione dell'erogazione operata dal socio in favore della società**.

In particolare, la Suprema Corte ha chiarito ***(a)*** che l'erogazione di somme da parte del socio può rientrare nella categoria dei finanziamenti quando è riconducibile allo schema negoziale del mutuo, con il conseguente obbligo per la società di restituire la somma ricevuta ad una determinata scadenza al socio, che diventa pertanto un creditore della società, mentre ***(b)*** se ricade nella categoria del versamento "in conto capitale", non dà luogo ad un credito esigibile, se non per effetto dello scioglimento della società e nei limiti dell'eventuale attivo residuo del bilancio di liquidazione, e comporta la postergazione della sua restituzione al soddisfacimento dei creditori sociali.

La Corte di Cassazione, pur riconoscendo che il sindacato di legittimità non può investire l'attività interpretativa operata dal giudice di merito, ha comunque condiviso le argomentazioni della Corte d'Appello, che, per qualificare le erogazioni effettuate dal socio accomandante in favore della società, aveva valutato il contesto in cui erano intervenute, considerando in particolare che:

- la registrazione contabile dei versamenti come finanziamento da parte del socio era stata **motivata unicamente dall'opportunità di usufruire di benefici fiscali** e non poteva quindi assumere alcun rilievo in quanto alla natura delle erogazioni,
- la società era una società a controllo familiare costituita tra marito e moglie – ovvero il socio accomandante e la socia accomandataria – con l'unico scopo di intestarsi la proprietà dell'unità immobiliare scelta per ampliare lo studio professionale del socio accomandante e con un **capitale sociale estremamente esiguo**,
- la **missione sociale** della società si esauriva appunto nella **suddetta acquisizione immobiliare**,
- la rapida successione dei versamenti era destinata a fronteggiare le esigenze dell'operazione che aveva visto il **coinvolgimento diretto del socio sin dalla sottoscrizione del contratto preliminare** (ancora **prima della costituzione della società**) e
- il socio era perfettamente consapevole della **natura irreversibile dei versamenti**

**effettuati**, posto che la società avrebbe potuto restituire la somma erogata soltanto mediante la vendita dell'unità immobiliare.

La decisione della Corte di Cassazione si iscrive pertanto nell'arco di quella corrente giurisprudenziale[1] secondo cui la qualificazione dell'erogazione di somme da parte del socio va valutata mediante un'**indagine completa**, non limitata al solo uso dei termini utilizzati per le annotazioni nelle scritture contabili, evidentemente atecnici e quindi non indicativi della **reale volontà delle parti**, bensì estesa anche al modo in cui è stato **concretamente attuato il rapporto**, alle finalità pratiche cui esso appariva essere diretto e agli **interessi che vi erano sottesi**.

[1] Fra le tante vedasi Cass. civ., Sez. I, 19 febbraio 2020, n. 4261, Cass. civ. Sez. I, 23 marzo 2017, n. 7471, Cass. civ., Sez. I, 29 luglio 2015, n. 16049.

**Procedure concorsuali e Diritto fallimentare**

# *La presunzione di conoscenza di cui all'art.1335 cc. ai fini della decorrenza del termine per l'esercizio del diritto di prelazione per l'acquisto di partecipazioni societarie*

di **Mario Furno**

Cassazione Sentenza del 25.03.2019 nr. 8275
Parole chiave: Atti unilaterali recettizi – prelazione – presunzione di conoscenza
Massima:
Ai fini dell'art.1335 c.c., la presunzione di conoscenza, da parte del destinatario, della dichiarazione
a questo diretta, è necessaria e sufficiente la prova che la dichiarazione stessa sia pervenuta all'indirizzo del destinatario; tale momento, ove la convocazione ad assemblea di condominio sia
stata inviata mediante lettera raccomandata non consegnata per l'assenza del condomino (o di altra
persona abilitata a riceverla), coincide con il rilascio da parte dell'agente postale del relativo avviso
di giacenza del plico presso l'ufficio postale, idoneo a consentire il ritiro del piego stesso, e non già
con altri momenti successivi.
Riferimenti normativi: artt. 1335 c.c.; 1328 c.c., 2329 c.c., 2355 bis c.c., 2697 c.c.;
**CASO**
Con ricorso in Cassazione era impugnata la Sentenza resa dalla Corte di Appello di Roma, che in
riforma della decisione di primo grado, accoglieva l'appello proposto e per l'effetto rigettava il ricorso per ottenere l'annullamento di una delibera condominiale per difetto di convocazione della
medesima alla relativa assemblea.
A sostegno della impugnazione avanti la Suprema Corte, la ricorrente affermava che erroneamente
la Corte di appello aveva ritenuto sufficiente, ai fini della regolarità della convocazione per l'assemblea condominiale, la prova della spedizione della raccomandata contenente la convocazione
all'indirizzo della condomina, quando invece sarebbe stato necessario provare da parte del Condominio la ricezione dell'atto da parte della destinataria.
Soluzione
Nel respingere l'impugnazione proposta, la Corte di Cassazione ha qualificato l'avviso di convocazione quale atto unilaterale recettizio eminentemente privato e, pertanto, del tutto

svincolato dall'applicazione del regime giuridico delle notificazioni degli atti giudiziari in assenza
di espresse previsioni di legge.

Ritenuta, quindi, quale disciplina di riferimento la previsione dell'art.1335 c.c., la Suprema Corte ha
riconosciuto applicabile all'avviso di convocazione la presunzione di conoscenza ivi prevista (superabile da una prova contraria da fornirsi dal convocato), in base alla quale "la conoscenza dell'atto è parificata alla conoscibilità, in quanto riconducibile anche solamente al pervenimento
della comunicazione all'indirizzo del destinatario e non alla sua materiale apprensione o effettiva
conoscenza".

**QUESTIONI**

Seppur resa in riferimento all'avviso di convocazione di assemblea condominiale, la sentenza della
Corte di Cassazione consente di affrontare il tema inerente alla determinazione del momento in
cui si ritiene provata la conoscenza della comunicazione avente ad oggetto la volontà di un socio di cedere in tutto o in parte le proprie partecipazioni.
E' infatti prassi inserire negli Statuti sociali clausole con le quali si impone al socio, che intenda
cedere la partecipazione sociale, di comunicare in via anticipata tale propria volontà affinché gli
altri soci possano, se desiderano, esprimere a propria volta la volontà di acquistare essi stessi le
partecipazioni poste in vendita.
Scopo della previsione è quello di equilibrare la realizzazione dell'interesse del socio a cedere le
proprie partecipazioni alle condizioni e termini già concordati con l'acquirente interessato con l'opposto interesse dei soci di mantenere omogenea la composizione sociale, inalterato il proprio
peso all'interno della società o di incrementarlo con la possibilità di evitare l'ingresso di terzi.
A seconda della previsione di Statuto, la denuntiatio può identificarsi quale comunicazione della
propria volontà di cedere le quote così come può già configurarsi quale proposta irrevocabile di
cessione delle partecipazioni.
Tale differenza ricade inevitabilmente sulla revocabilità della proposta contrattuale.
Nel primo caso, infatti, trattandosi di semplice proposta, la revoca della proposta può aver luogo ex
art. 1328 c.c. finchè il contratto non è concluso; diversamente, ai sensi ed effetti dell'art.1329 c.c.,
la revoca è senza effetto laddove la denuntiatio sia già qualificata convenzionalmente quale

proposta irrevocabile, così che in base ai principi generali essa potrà esser revocata solo fino al momento in cui non giunga a conoscenza del destinatario.
L'individuazione del momento in cui la denuntiatio si ritiene conosciuta dal socio destinatario dell'offerta è altresì essenziale al fine di consentire la decorrenza del termine previsto per l'esercizio
della prelazione.
L'intervenuta scadenza del termine priva di espressione di volontà positiva del socio destinatario
della proposta rende il proponente libero di cedere ai terzi alle condizioni contenute nella denuntiatio.

Stante quindi la qualificazione giuridica della denuntiatio quale proposta contrattuale, risultano
applicabili alla stessa i principi elaborati nella sentenza in commento, secondo la quale l'atto unilaterale recettizio si presume conosciuto – ai sensi dell'art. 1335 c.c. – nel momento in cui è recapitato all'indirizzo del destinatario e non nel diverso momento in cui questi ne prenda effettiva
conoscenza.
La tematica diventa spinosa allorquando, in caso di spedizione a mezzo posta, si tratta di coniugare l'esigenza di formazione della conoscenza della proposta con la certezza del momento
dal quale far decorrere il termine per l'esercizio della prelazione.
Può infatti accadere che l'agente postale acceda inutilmente al luogo di comunicazione senza tuttavia procedere alla consegna per l'assenza del destinatario e delle persone abilitate a riceverla,
lasciando quindi formale avviso che la raccomandata è in giacenza presso l'ufficio postale.
In tal caso, il ritiro materiale della raccomandata non coincide con l'immissione dell'avviso di giacenza presso l'ufficio ed anzi può esser distante da tale termine temporale in modo considerevole, con conseguenze distoniche in relazione alla scadenza del termine per l'esercizio
della prelazione.
Si pensi ad esempio ad un soggetto che per Statuto abbia diritto ad esercitare la prelazione per
l'acquisto delle azioni offerte in vendita entro 10 giorni dalla ricezione della comunicazione e che
ritiri la raccomandata il ventesimo giorno dalla messa in giacenza della raccomandata.
A seconda del momento dal quale si considera far decorrere il termine, le conseguenze sarebbero
completamente opposte: se infatti il termine decorre dall'avviso di giacenza immesso contestualmente all'inutile accesso, il termine di 10 giorni scadrebbe all'interno del periodo in cui il
plico è presente all'ufficio postale; al contrario, laddove il termine partisse dal ritiro del plico, l'esercizio del diritto di prelazione rimarrebbe integro.
Si aggiunga, inoltre, che l'adesione a tale seconda ipotesi, consentirebbe al socio destinatario

di
ampliare a proprio uso e consumo – e quindi in modo abusivo – il termine per esercitare la prelazione, creando così una alterazione dei termini e dei diritti rispetto a quegli altri soci destinatari
che diligentemente hanno prontamente ritirato il plico.
Sul punto la sentenza in commento, in aderenza con il precedente orientamento, è chiara e dirimente: un atto unilaterale recettizio si presume conosciuto – ai sensi dell'art. 1335 c.c. – nel momento in cui è recapitato all'indirizzo del destinatario e non nel diverso momento in cui questi ne
prenda effettiva conoscenza.
Ne consegue che, ove l'atto sia comunicato con lettera raccomandata a mezzo del servizio postale,
non consegnata al destinatario per l'assenza sua e delle persone abilitate a riceverla, la stessa si
presume conosciuta alla data in cui, al suddetto indirizzo, è rilasciato l'avviso di giacenza del plico
presso l'ufficio postale idoneo a consentire il ritiro del piego stesso.

Non trova quindi valore, in materia di comunicazione di atti negoziali, il principio della scissione
degli effetti per il mittente e per il destinatario, elaborato dalla giurisprudenza costituzionale in
materia di notificazione di atti giudiziali.
Irrilevanti inoltre rimangono il periodo legale del compimento della giacenza e quello intercorso tra
l'avviso di giacenza e l'eventuale ritiro del plico da parte del destinatario.
A tal proposito risulta dirimente altro pronunciamento della Suprema Corte in materia di licenziamento che ha così statuito: "Un atto unilaterale recettizio, qual è il licenziamento, si presume conosciuto – ai sensi dell'art. 1335 c.c. – nel momento in cui è recapitato all'indirizzo del
destinatario e non nel diverso momento in cui questi ne prenda effettiva conoscenza; ne consegue
che, ove il licenziamento sia intimato con lettera raccomandata a mezzo del servizio postale, non
consegnata al lavoratore per l'assenza sua e delle persone abilitate a riceverla, la stessa si presume
conosciuta alla data in cui, al suddetto indirizzo, è rilasciato l'avviso di giacenza del plico presso
l'ufficio postale, restando irrilevante il periodo legale del compimento della giacenza e quello intercorso tra l'avviso di giacenza e l'eventuale ritiro da parte del destinatario" (Cass. Civ., sez. lav., 28.09.2018, n. 23589).
Pertanto, in tema di esercizio del diritto di prelazione per l'acquisto delle partecipazioni sociali proposte in vendita, in caso di spedizione della comunicazione a mezzo raccomanda Ar, il termine

andrà conteggiato a partire dalla data di rilascio dell'avviso di giacenza del plico presso l'ufficio
postale conseguente alla mancata consegna in sede di accesso per assenza del destinatario o di
persona abilitata al ritiro.
Resta ovviamente fermo il diritto per il destinatario di essersi trovato nell'impossibilità di ricevere
la comunicazione, per cause a sé non imputabili.
Per giurisprudenza consolidata grava "sullo stesso destinatario l'onere di provare di essersi trovato
senza sua colpa nell'impossibilità di acquisire la conoscenza medesima (a causa di un evento eccezionale ed estraneo alla sua volontà quale, fra gli altri, la forzata lontananza in luogo non conosciuto e non raggiungibile (90/3061), che non è configurabile nell'ipotesi in cui non rimanga
interrotto in modo assoluto il collegamento -anche telefonico od epistolare – del soggetto con il
luogo di destinazione della dichiarazione (85/450))".
Ne consegue che il destinatario dovrà fornir prova positiva dell'evento, della natura impeditiva dello stesso e della sua idoneità a giustificare il ritardato ritiro della comunicazione.

**Diritto Bancario**

# *La produzione dell'estratto conto non è soggetta al limite decennale ex art. 119, comma 4, TUB*

di **Fabio Fiorucci**

In riferimento all'ambito di operatività dell'art. 119 TUB, il Trib. Catania 14.1.2020 nella sentenza allegata ha stabilito, relativamente alla richiesta di produzione documentale, che la limitazione ai dieci anni anteriori (comma 4) costituisce previsione specificamente dettata solo per i documenti relativi alle singole operazioni (ad es. copie degli assegni, bonifici, prelievi dello sportello o dei versamenti); tale limitazione non deve essere estesa anche ai documenti sintetici (estratto conto) di cui al primo e secondo comma dell'art. 119 TUB, soprattutto in assenza di una esplicita volontà legislativa in tal senso.

In argomento, già prima il Tribunale di Napoli aveva ribadito che, riguardo ai rapporti intercorrenti tra i quattro commi dell'art. 119 TUB, la norma stabilisce due regole, una minima ed una massima: la prima a carico della banca, consistente nella periodica comunicazione di un prospetto che rappresenti la situazione del momento nel rapporto con il cliente (comma 1 e 2); la seconda a carico di quest'ultimo, di limitazione agli ultimi dieci anni del diritto ad ottenere la documentazione delle singole operazioni e di assunzione da parte sua del relativo costo (comma 4): « l'art. 119 TUB rappresenta un innalzamento di tutela del correntista e non una sua limitazione. Già dalla lettura della norma risulta evidente la distinzione tra i documenti sintetici (menzionati al primo e al secondo comma dell'art. 119 TUB) e i documenti inerenti alle singole operazioni (menzionati al quarto comma dell'art. 119 TUB). Le due categorie sono soggette ad una disciplina profondamente diversa, avendo natura giuridica e funzione del tutto distinte. I documenti sintetici corrispondono ai documenti in cui in forma sintetica sono raggruppate le operazioni compiute in un determinato periodo, con lo scopo di rappresentare in maniera chiara e sintetica tutti i rapporti di debito/credito tra le parti. Per i rapporti regolati in conto corrente il secondo comma dell'art. 119 espressamente prevede che tale documento di sintesi sia rappresentato dall'estratto conto ed ancora, la banca ha l'obbligo di conservazione di tali documenti dall'apertura del contratto fino alla sua chiusura, in quanto altrimenti il cliente sarebbe privato "del diritto all'informazione e, conseguentemente, significherebbe far venire meno l'obbligo di trasparenza della banca » (Trib. Napoli 31.1.2019; v. anche Trib. Napoli 21.3.2014; Trib. Napoli 19.6.2019).

In linea con i rilievi che precedono, anche l'Arbitro Bancario Finanziario (ABF Roma n. 1045/2020) ha affermato che gli estratti conto non rappresentano la «documentazione inerente a singole operazioni», secondo il disposto del citato art. 119, comma 4, TUB, ma costituiscono, esclusivamente, per il cliente un resoconto sulle movimentazioni di conto che, ai sensi del secondo comma dell'art. 119 TUB, viene inviato al cliente con periodicità al cliente.

Pertanto, la produzione di estratti conto non è soggetta al limite decennale di cui all'art. 119, comma 4, TUB.

La decisione del giudice catanese ha valorizzato, altresì, la circostanza che nell'impianto codicistico il fondamento dell'obbligo gravante sulla banca di consegna della documentazione si rinviene nell'art. 1374 c.c. (il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi) e negli artt. 1375 e 1175 c.c. (buona fede e correttezza).

*Segnalazione a cura dell'avv. Giuseppe Carianni, Foro di Patti*

**Diritto del Lavoro**

# *L'emergenza COVID19 giustifica la modifica unilaterale del c.d. "piano del consumatore" per impossibilità sopravvenuta*

di **Elisa Pirrotta**

**Tribunale di Napoli, sez. VII, 17 aprile 2020**

*Piano del consumatore – emergenza COVID19 – responsabilità del debitore per inadempimento – esclusione – impossibilità sopravvenuta –* factum principis *– modifica unilaterale dei termini di adempimento*

**CASO**

Con sentenza del 17 aprile 2020, il Tribunale di Napoli ha accolto l'istanza di sospensione del "piano del consumatore" proposta dal debitore sul mero presupposto che i provvedimenti governativi emessi al fine di contenere il contagio da COVID19 integrassero di per sé stessi la fattispecie del *factum principis* da sola sufficiente e idonea a giustificare la modifica unilaterale del piano, senza, peraltro, disporre la convocazione dei creditori.

Nello specifico il Tribunale di Napoli ha così ritenuto: <<*deve ritenersi che l'emergenza epidemiologica da Covid-19 costituisce causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione nella disciplina delle obbligazioni atteso che tra i casi in cui potrebbe essere invocabile l'impossibilità sopravvenuta della prestazione rientrerebbero gli ordini ed i divieti posti in essere dalla autorità amministrativa, cd* factum principis. *Invero, si tratta di disposizioni emanate a salvaguardia di interessi generali, come la protezione della salute pubblica, che, imponendo divieti e restrizioni, rendono di fatto impossibile l'adempimento di una obbligazione, a prescindere dal volere di chi si sia impegnato contrattualmente a farlo*>>.

**MOTIVI**

Il Tribunale ha deciso di accogliere l'istanza depositata dal debitore ritenendo che la gravissima crisi sociale, sanitaria ed economica provocata da COVID19, ponesse senz'altro il problema della impossibilità di adempiere le obbligazioni contrattuali <<*non essendo improbabile che le parti contrattuali si trovino nella impossibilità di adempiere le proprie obbligazioni alla luce delle rigide restrizioni imposte dall'autorità governativa (impossibilità di uscire di casa se non nei casi di stretta e comprovata necessità , chiusura di molte attività commerciali o anche solo alla luce della necessità di esporsi il meno possibile al contagio del virus)*>>, senza nulla rilevare in ordine all'attività svolta dal debitore e senza nulla rilevare circa l'effettività dell'impossibilità in relazione al caso specifico.

Il Giudice prosegue poi rilevando che l'emergenza epidemiologica da COVID19 costituisce certamente causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione <<*atteso che tra i casi in cui potrebbe essere invocabile l'impossibilità sopravvenuta della prestazione rientrerebbero gli ordini ed i divieti posti in essere dalla autorità amministrativa, cd* factum principis>>, ritenendo pertanto che i provvedimenti emanati per contenere l'epidemia siano per ciò solo idonei ad escludere l'adempimento, anche in questo caso senza nulla rilevare circa il caso concreto sottoposto al proprio esame.

Infatti, vero è che si tratta di disposizioni emanate a salvaguardia di interessi generali, come la protezione della salute pubblica, che, imponendo divieti e restrizioni, possono rendere difficoltoso l'adempimento di una obbligazione indipendentemente dalla volontà del debitore, ma tali divieti non hanno escluso lo svolgimento di ogni attività lavorativa.

L'art 1218, come noto prevede che <<*il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile*>>, e – ad avviso di chi scrive – la mera citazione dei provvedimenti legislativi emanati nel contesto del contenimento dell'attuale emergenza sanitaria non è sufficiente, in assenza di allegazioni circa il fatto essere stati effettivamente colpiti dalla chiusura imposta dallo Stato, a superare la presunzione di colpa gravante sul debitore. O, in ogni caso, anche a voler considerare tali provvedimenti idonei *ex se* a dimostrare l'impossibilità sopravvenuta, non sarebbero comunque tali da consentire una modifica unilaterale dei termini previsti dal piano.

Infatti, vero è che nel caso in esame oggetto della modifica unilaterale è il c.d. "piano del consumatore" (Legge 27 gennaio 2012, n. 3) ossia un piano di ristrutturazione attraverso il quale i consumatori che versano in difficoltà economiche possono rinegoziare i propri debiti, e che tale piano non ha carattere negoziale in quanto per essere omologato non ha bisogno del consenso della maggioranza dei creditori, e che, dunque, è sempre e comunque il giudice a decidere se il debitore proponente può essere ammesso alla procedura, ma l'art. 14 *bis*, comma 2, lett. b) della Legge 27 gennaio 2012, n. 3, prevede che il Tribunale, su istanza di ogni creditore, in contraddittorio con il debitore, debba dichiarare cessati gli effetti dell'omologazione del piano nel caso in cui <<*l'esecuzione del piano* (divenga) *impossibile anche per fatti non imputabili al debitore*>>.

Il Giudice napoletano ha infatti deciso di dare prevalenza all'art. 13, comma 4 *ter* Legge 27 gennaio 2012, n. 3, inerente la facoltà del debitore di <<*modificare la proposta*>> ove il <<*piano del consumatore* (divenga) *impossibile per ragioni non imputabili al debitore*>>, rispetto alla disciplina dell'art. 14 *bis* ritenendo che: <<*il rapporto tra art 13 comma IV* ter *ed art 14* bis*, comma II lett b) va inteso nel senso che prevale la volontà del debitore di chiedere la modifica della proposta del piano rispetto a quella dei creditori di ottenere la cessazione degli effetti della omologazione del piano del consumatore*>>.

Tale assunto non risulta condivisibile, in quanto secondo una interpretazione analogica e complessiva del contenuto della norma non pare possibile sostenere che una norma escluda

l'altra ma che, piuttosto, la possibilità dei creditori di chiedere la cessazione degli effetti dell'omologazione del piano sia una conseguenza della facoltà del debitore di – a determinate condizioni e con l'autorizzazione del giudice – modificare il piano stesso.

Da quanto appena esposto emerge che il fatto che la normativa emergenziale non sia – per ovvi motivi – sufficientemente completa (non abbracciando molti aspetti giuridici del sistema ordinamentale interno) ha come effetto quello di lasciare all'interpretazione dei giudici la definizione dei confini delle norme in commento, ed emerge altresì che tale interpretazione tende e tenderà – come era prevedibile – a supportare una "*ratio* sottesa" della disciplina emergenziale che sarà <<*quella di sostenere il sistema da una spaventosa crisi di liquidità; tale sforzo rischierebbe di essere vanificato in mancanza della possibilità di ridimensionare i debiti già contratti da chi è in difficoltà apportando una modifica unilaterale del termine di adempimento, intervenendo sui debiti pregressi , sospendendone l'esazione*>>.

**Soft Skills**

# *Studi in cerca di governance e ruolo*

di **Giulia Maria Picchi - Senior partner Marketude**

Tutti sanno dov'è Davos.

Sembra sia passato un secolo ma anche quest'anno, come avviene già da 50 anni, la piccola cittadina svizzera ha ospitato il WEF – World Economic Forum accogliendo, tra capi di Stato e di Governo, innovatori, miliardari, imprenditori di rilievo, artisti, atleti, attivisti, scrittori e altre figure culturalmente influenti, le personalità più potenti del globo.

Tutti riuniti per discutere delle questioni più urgenti che il mondo si trova ad affrontare.

Ogni anno il World Economic Forum si apre con un tema diverso. Quello di Davos 2020 è stato lo sviluppo sostenibile, con lo slogan "Stakeholders for a *Cohesive* and Sustainable World."

**Di questo slogan sottolineo "stakeholders" che sta per "portatori di interesse"** -ancora più bella questa definizione "individui o gruppi che hanno un interesse legittimo nei confronti dell'impresa e delle sue attività, passate, presenti e future e il cui contributo (volontario o involontario) è essenziale al suo successo (D'Orazio, 2004)- e "**cohesive**" che significa "**unito** e **che lavora insieme**".

Tutti sanno chi è Ursula von der Leyen.

La Presidente della Commissione Europea ha presentato lo scorso 11 dicembre lo European Green Deal: un articolato piano di misure che, come ha dichiarato "da un lato è la nostra *visione* per un continente climaticamente neutrale per il 2050 e dall'altro una 'roadmap' interamente dedicata a questo *obiettivo* che prevede 50 azioni per il 2050".

**Di questa dichiarazione sottolineo "visione" e "obiettivo"**.

Che cosa c'entrano queste due circostanze -il WEF e lo European Green Deal- con gli studi professionali? C'entrano per una serie di ragioni che si intersecano tra loro fino a comporre una matrice utile a **definire l'identità di uno studio** rispetto a due set di decisioni che attengono rispettivamente alla *governance* e al *ruolo* che esso intende avere nel proprio contesto di riferimento.

E mai come in questo periodo è diventato urgente ripensare alla propria realtà mettendo -anche profondamente- in discussione chi si è veramente, perché si opera in un certo modo e come si fanno le cose.

Tornando alle decisioni prime da prendere, la prima, la *governance*, ha per sua stessa natura l'obiettivo di disciplinare la gestione di un'organizzazione (impresa, studio o altro che sia), essendo quel complesso di principi, meccanismi, regole e relazioni che hanno come obiettivo la gestione produttiva dell'organizzazione stessa e il raggiungimento dei risultati indicati nell'oggetto sociale.

Chi è preposto a sedere negli organi di governo, quindi, deve per definizione, governare, ossia decidere un giorno dopo l'altro non solo il *che cosa* ma anche il *come*.

**CONTINUA A LEGGERE**