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

# Edizione di martedì 15 settembre 2020

## Comunione – Condominio - Locazione

**Nullità delle delibere assembleari per abuso ed eccesso di potere e conflitto di interesse**
di **Saverio Luppino**

## Impugnazioni

**L'art. 38 comma 3 c.p.c. trova applicazione anche nelle ipotesi di regolamento di competenza d'ufficio sollevato dal giudice di secondo grado ai sensi dell'art. 45 c.p.c.**
di **Franco Stefanelli**

## Esecuzione forzata

**È inammissibile per carenza di interesse l'opposizione del terzo datore di ipoteca quando contesti la sussistenza di un debito a suo carico**
di **Ernestina De Medio**

## Responsabilità civile

**Responsabilità medica e accertamento del nesso di causalità**
di **Martina Mazzei**

## Proprietà e diritti reali

**Contratto di affitto d'azienda e risarcimento del danno per occupazione sine titulo**
di **Ilaria Ottolina**

## Diritto e procedimento di famiglia

**Obbligo di mantenimento verso i figli: dopo la maggiore età è il richiedente che deve provare la mancanza di autosufficienza economica**
di **Giuseppina Vassallo**

## Diritto e reati societari

**L'accertamento della violazione del ne bis in idem tra reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto e ipotesi di bancarotta fraudolenta non può prescindere dall'analisi della dimensione empirica delle fattispecie di reato**
di **Dario Zanotti**

## Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

**Presunzione della natura solutoria dei versamenti del correntista fallito e patti contrari stipulati tra banca e cliente: ulteriori riflessioni sulla revocabilità delle rimesse bancarie in conto corrente**
di **Giulia Ferrari**

## Diritto Bancario

**La cointestazione di un conto corrente bancario nella giurisprudenza di legittimità**
di **Fabio Fiorucci**

## Nuove tecnologie e Studio digitale

**La leadership nello studio legale cambia volto**
di **Mario Alberto Catarozzo - Business Coach e Formatore**

**Comunione – Condominio - Locazione**

# *Nullità delle delibere assembleari per abuso ed eccesso di potere e conflitto di interesse*

di **Saverio Luppino**

**Tribunale Ordinario di Bologna, Terza Sezione Civile, Sentenza n. 726/2020 (dott. Pietro Iovino)**

*"La valenza e lo scrutinio giudiziario **dell'istituto dell'abuso o eccesso di potere** sono stati più volte riconosciuti dalla giurisprudenza per valutare la legittimità o meno, delle deliberazioni condominiali, proprio per riconoscere una **tutela alle minoranze**, laddove oggetto di imposizioni arbitrarie, irrazionali o meramente emulative ad opera della maggioranza, purché sussista il comune denominatore del pregiudizio dell'ente collettivo."*

*"In presenza di una pluralità di soggetti e/o immobili tra loro legati da particolari "relazioni giuridiche" (come per l'appunto nei casi di immobile oggetto di comproprietà od usufrutto e nuda proprietà, ovvero di più immobili in capo ad unico proprietario), tali da rappresentare un singolo "centro d'interessi" distinto rispetto al condominio, **unico e indiviso** debba considerarsi il rapporto tra tale "entità" ed il condominio stesso: **con conseguente preclusione, da un lato, per il singolo individuo di poter rappresentare in assemblea più "teste"** per ogni diverso immobile di cui detiene la proprietà, comproprietà o titolarità di diritti reali e, dall'altro, per più soggetti di esprimere voti distinti in rapporto al medesimo immobile di cui sono contitolari."*

1. **La tutela delle minoranze in Condominio.**

Lo spunto per affrontare la disamina della questione è offerto dalla sentenza del Tribunale in commento, allorquando, tre condomini citano in giudizio il condominio, impugnandone le delibere assunte in violazione della tutela delle minoranze.

In particolare, le deliberazioni hanno ad oggetto **l'approvazione di lavori straordinari**, affidati alla società appaltatrice Alfa, rispetto alla cui designazione, gli attori eccepiscono conflitto d'interesse in capo all'ex amministratore di condominio, convenuto e revocato a seguito dell'instaurazione di un procedimento cautelare ante causam.

Gli attori deducono altresì **l'adozione di criteri di riparto di spese in violazione alle norme di legge**, di cui all'art. 1123 c.c.; **l'istituzione di spese, sanzione e penali nei confronti di condomini contrari ai deliberati**; **il mancato rispetto del quorum deliberativo in assemblea ed infine, la mancata convocazione in assemblea di uno dei tre condomini attori**.

Quest'ultimi censurano, inoltre, vari comportamenti di "***malversazione e di sopraffazione delle minoranze***" posti in essere dall'ex amministratore, discendenti dall'esistenza di un'obiettiva maggioranza in capo alla moglie e dei due figli di quest'ultimo, certamente in possesso della maggioranza dei millesimi, ma non costituenti maggioranza dal punto di vista dei condomini deliberanti, c.d. "teste".

Il Tribunale di Bologna dichiara la fondatezza delle impugnazioni e per l'effetto invalida le delibere assembleari nei limiti e per le ragioni che seguono in commento; ravvisando conflitto d'interessi in capo all'ex amministratore, eccesso di potere dell'assemblea e della maggioranza ivi formatasi, inoltre, definisce i criteri di calcolo del quorum deliberativo per le spese de quo.

Il Tribunale bolognese richiama come antefatto storico, non direttamente rilevante al contenzioso in atti, ma utile per inquadrare storicamente la vicenda, una precedente sentenza, emessa dalla medesima curia, nella quale si annullavano tre antecedenti delibere condominiali, aventi ad oggetto l'istituzione di "pene private" comminate alla minoranza dissenziente in assemblea e, cosa di maggior rilievo, i lavori di ristrutturazione straordinaria, oggetto dell'impugnativa in atti, e di assegnazione in appalto ad altra società (Beta Srl), sempre riconducibile all'ex amministratore di condominio convenuto.

Viceversa, quale antefatto storicamente rilevante per la vertenza esaminata, il giudicante richiama il procedimento cautelare *ante causam,* avviato dai medesimi attori avverso le due deliberazioni impugnate. Il Giudice cautelare adito sospendeva con ordinanza l'esecuzione dei lavori, oggetto delle delibere impugnate, per mano della società Alfa; conveniva con quanto deciso dal Tribunale di Bologna nell'antecedente succitato giudizio e forniva argomentazioni rilevanti per la vertenza esaminata. In particolare, il giudice della cautela affermava, in primo luogo, che: "*...**il Condominio con la sola maggioranza dei votanti non ha alcun potere di stabilire a carico di uno o più condomini penali o maggiori oneri né quantificare poste risarcitorie in assenza di pronunzia giudiziale*".**

In secondo luogo, dichiarava che le deliberazioni assembleari impugnate non risultavano approvate con il quorum di cui all'art. 1136 c.c.; ed in conclusione, confermava la concreta esistenza del conflitto di interessi, tra le ragioni dell'ex amministratore e quello del condominio, tenuto conto "*...del rilevante importo del preventivo dei lavori rispetto a quello di altre ditte (OMISSIS s.r.l.) presentate da altro condomino*" **e dell'integrale subappalto dei lavori ad altra impresa, sempre facente capo all'ex amministratore.**

Premettendo la correttezza e l'assoluta condivisione delle argomentazioni succitate, il Tribunale di Bologna, nella pronuncia in atti, dichiara l'annullamento di una delle due deliberazioni impugnate, in virtù della mancata convocazione di uno dei tre condomini attori. La decisione *de qua*, assunta in via preliminare, quindi, assorbe il contenuto di tutte le ulteriori censure attoree giacché riguardante l'intero *decisum* assembleare nei confronti di tutti i condomini.

2. **Sui criteri di riparto per l'approvazione delle spese, calcolo dei millesimi e delle "teste"; proprietario/usufruttuario (articolo 67 disp att. cc).**

Per ciò che attiene la seconda delibera impugnata, con la prima e generale doglianza, gli attori censurano il mancato rispetto dei criteri di approvazione posti dall'art. 1136 c.c., in quanto approvata con il voto positivo dei condomini, **congiunti e figli dell'ex amministratore**, in possesso di un'oggettiva maggioranza in millesimi, ma non costituenti, a ben vedere del giudicante, maggioranza da un punto di vista di condomini deliberanti, c.d. "teste".

In particolare la famiglia dell'ex amministratore è proprietaria di cinque unità immobiliari: una di proprietà esclusiva della moglie, una di proprietà dell'ex amministratore, una terza in comproprietà della moglie e dell'ex amministratore, e delle restanti due, oggetto del succitato atto di donazione, i due figli sono nudi proprietari e il padre (ex amministratore) usufruttuario.

In merito, il giudice conviene che il computo delle "teste" votanti in assemblea non è sempre avvenuto correttamente, giacché la famiglia dell'ex amministratore non può, come nei fatti avveniva, esprimere cinque voti, ma solo al massimo quattro; **ciò in quanto: il "complesso" proprietario/usufruttuario può esprimere un solo voto e a seconda del contenuto deliberativo il relativo diritto spetta all'uno o all'altro; parimenti, i comproprietari, indipendentemente dal loro numero, rappresentano una sola testa e, quindi, possono esprimere un solo voto.**

L'art. 67 disp. att. c.c., difatti, prevede che gli usufruttuari ed i nudi proprietari di uno o più immobili abbiano diritto a un solo voto, da esercitarsi in via alternativa a seconda dell'attinenza ad ordinaria amministrazione o meno delle specifiche delibere, comunque vincolanti per entrambi in quanto solidalmente obbligati verso il condominio[1].

Per effetto della medesima norma, **all'usufruttuario di un immobile, insistente in un condominio, spetta l'esercizio del diritto di voto negli affari che attengano all'ordinaria amministrazione e al semplice godimento delle cose e dei servizi comuni, mentre permane in capo al nudo proprietario il voto nelle altre deliberazioni straordinarie.** Ciò comporta, dunque, che la titolarità del diritto di voto esercitabile debba variare a seconda della tipologia di deliberazioni da adottarsi.

In ordine alla comproprietà di un'unità immobiliare, il succitato art. 67 prevede **che i comproprietari abbiano diritto ad un solo rappresentante in assemblea, con facoltà di esprimere un solo voto vincolante per tutti i comproprietari.**

Orbene, se un condomino è proprietario di più unità immobiliari, egli conta per uno solo; ugualmente per uno contano i più proprietari della o delle unità immobiliari in comproprietà. [2]

Parimenti, **stante l'autonomia del voto personale rispetto al valore della quota rappresentata dal singolo condomino, ognuno di questi intervenuto in assemblea può esprimere un solo voto, quale che sia l'entità della quota millesimale che rappresenta** e indipendentemente dal fatto

che questa sia costituita da una sola o più unità immobiliari.

Alla luce di ciò, il Tribunale adito, afferma che **in presenza di una pluralità di soggetti e/o immobili tra loro legati da particolari "relazioni giuridiche", tali da rappresentare un singolo "centro d'interessi", distinto rispetto al condominio, unico e indiviso deve considerarsi il rapporto tra tale "entità" ed il condominio stesso**.

In ordine alle spese, o meglio alle penali, istituite dall'organo assembleare nel caso di specie, a discapito dei condomini attori della vertenza esaminata, per presunti costi dovuti a causa delle iniziative "strumentali e temerarie" intraprese da questi nei confronti del condominio; il giudice adito, oltre che ravvisare in tale decisione un atteggiamento di particolare gravità del comportamento dell'assemblea, **"cooptata e pilotata" nelle decisioni dalla famiglia dell'ex amministratore,** dichiara nulle le decisioni poiché adottate in violazione dei criteri di riparto di cui all'art. 1123 c.c.

Il condominio, infatti, non può apoditticamente con la sola maggioranza dei votanti, stabilire a carico di uno o più condomini penali o maggiori oneri in dispregio della previsione dell'art. 1123 c.c.**, ma ciò è consentito esclusivamente attraverso l'unanimità dei consensi in assemblea.**[3]

3. **Conflitto di interesse ed eccesso di potere**.

Per ciò che attiene all'asserito **conflitto di interesse**, il Tribunale avvalora la tesi attorea secondo la quale l'ex amministratore gestiva la pratica dei lavori condominiali afferenti la cosa comune, e i relativi costi e guadagni, alla stregua di **un affare personale**, appurato che lo stesso, oltre essere condomino, risultava committente e responsabile dei lavori (tale dichiaratosi nella SCIA presentata personalmente al Comune); nondimeno, amministratore unico e socio unico della società Alfa.

A quanto detto, si aggiunga che la citata società, in quanto tecnicamente non attrezzata giacché operante in un settore di attività completamente estraneo al lavoro deliberato, appaltava integralmente l'esecuzione dei lavori ad altra società, sempre facente capo all'ex amministratore.

La scelta dell'integrale **subappalto dei lavori**, inoltre, essendo frutto di asserita decisione unilaterale dell'ex amministratore, il quale avrebbe preselezionato in autonomia le imprese, sottoponendo un capitolato mai discusso e deliberato dall'assemblea, rileva altresì perché contraria al divieto posto dall'art. 1656 c.c., ciò in quanto decisione mai approvata o sottoposta all'attenzione dell'assemblea.

Oltre ciò, il tribunale di Bologna ravvisa l'illegittimità della delibera impugnata giacché viziata da **eccesso di potere**.

In particolare, trattasi di "imposizioni arbitrarie, irrazionali o meramente emulative ad opera

della maggioranza", assunte a discapito dell'interesse e dell'ente collettivo, tenuto conto che il preventivo della società Alfa, relativo alle opere in atti, presentato ed accettato in assemblea, è d'importo ben superiore, pari all'incirca al doppio, rispetto a quello presentato da un altro condomino e declinato senza alcuna motivazione o ragione.

Il fondamento giuridico dell'eccesso di potere si rinviene nel combinato disposto degli articoli 1105, 1108, 1109, 1137 e 1139 c.c. e nel principio immanente di buona fede articolo 1375 c c che ricorre quando la causa della deliberazione sia falsamente deviata o comunque sviata dalla sua finalità e che sia tale da recare un grave pregiudizio alla cosa comune.

In questo senso in materia condominiale si è potuta mutuare tutta la precedente giurisprudenza formatasi in materia societaria e la Suprema Corte ha affermato che: "*il sindacato dell'Autorità Giudiziaria sulle delibere assembleari non può estendersi alla valutazione del merito ed al controllo del potere discrezionale che l'assemblea esercita quale organo sovrano della volontà dei condomini, ma deve limitarsi al controllo di legittimità che, oltre ad avere riguardo alle norme di legge o del regolamento condominiale, deve comprendere anche l'eccesso di potere, ravvisabile quando la decisione sia derivata dal suo modo di essere, perché in tal caso il giudice non controlla l'opportunità o la convenienza della soluzione adottata dalla delibera impugnata, ma deve stabilire solo che essa sia o meno il risultato del legittimo esercizio del potere discrezionale dell'organo deliberante*".**[4]**

Il merito della sentenza in commento è anche quello di citare numerosi altri precedenti della giurisprudenza di legittimità in ordine al vizio **dell'eccesso di potere**, quali ad esempio: " *...esulano dall'ambito del sindacato giudiziale sulle deliberazioni condominiali le censure inerenti la vantaggiosità della scelta operata dall'assemblea sui costi da sostenere nella gestione delle spese relative alle cose e ai servizi comuni (quali nella specie, l'erogazione del compenso all'amministratore, la stipulazione di un contratto di assicurazione, la predisposizione di un fondo cassa per le spese legali)*".**[5]**

Ed ancora in tema di **consorzi volontari tra proprietari di immobili**, la Suprema Corte ha escluso che la delibera con cui l'assemblea aveva disposto il ristoro dei danni subiti all'autovettura in proprietà al presidente del cda del consorzio, in occasione di un suo intervento notturno per questioni inerenti interessi del consorzio stesso, fosse viziata da eccesso di potere.[6]

Ora tornando al caso in commento, l'effettiva volontà di possedere un totale controllo della compagine condominiale, da parte dell'ex amministratore, viene avvalorata ancor più dalla circostanza che a seguito della revoca intervenuta con l'ordinanza cautela succitata, la moglie di quest'ultimo è stata nominata, mediante le deliberazioni impugnate, consigliere condominiale con potere di firma congiunta sul conto condominiale. Trattasi di un palese tentativo di mantenere il controllo dei pagamenti del condominio, pur in presenza di un amministratore esterno, il quale, sarebbe responsabile per i propri atti, ma le decisioni in ordine alle spese condominiali di fatto sarebbero sottratte alla sua esclusiva autorità. Tale nomina, infine, oltre che non essere consentita dalle norme, "*conforta quanto già detto in ordine*

*al conflitto d'interessi e l'eccesso di potere e rende verosimile la tesi attorea in ordine alla precisa* ***volontà della famiglia (omissis) di voler perseguire una attività di controllo indebita dell'intera compagine condominiale*****".**

Pienamente condivisibile, in ragione delle motivazioni in comento la decisione del Tribunale di Bologna di accoglimento delle impugnazioni e pronuncia sull'invalidità delle delibere.

[1] Cass. civ. 16.3.2017 e 12.6.2017 n.14584

[2] Cass. civ. 9.12.1988 n.6671

[3] Ex plurimis, Cass. civ. 30.4.2015 n.8823

[4] Cass. civ. 20.4.2001 n.5889 e Cass. civ. 6.10.2005 n.19457

[5] Cass. civ., ordinanza del 17.8.2017 n.20135

[6] Cass. civ. ordinanza 11.01.2017 n.543

**Impugnazioni**

# *L'art. 38 comma 3 c.p.c. trova applicazione anche nelle ipotesi di regolamento di competenza d'ufficio sollevato dal giudice di secondo grado ai sensi dell'art. 45 c.p.c.*

di **Franco Stefanelli**

Cass., Sez. Un., ud. 11 febbraio 2020, 18 giugno 2020, n. 11866, Pres. Di Cerbo – Est. Carrato.

**[1] Procedimento civile – Competenza – Conflitto di competenza – Giudice di appello – Termine per il rilievo dell'incompetenza – Preclusione di cui all'art. 38 comma 3 c.p.c. – Applicabilità al giudizio di impugnazione – Regolamento di competenza** (cod. proc. civ., artt. 38, 45, 350, 356)

*[1] La disciplina prevista dall'art. 38 comma 3 c.p.c. si applica anche nelle ipotesi di regolamento di competenza d'ufficio sollevato dal giudice di secondo grado ai sensi dell'art. 45 c.p.c., con la conseguenza che tale regolamento, dovendo immediatamente seguire al rilievo dell'incompetenza, deve essere richiesto entro il termine di esaurimento delle attività di trattazione contemplate dall'art. 350 c.p.c., ossia prima che il giudice del gravame provveda all'eventuale ammissione delle prove ai sensi dell'art. 356 c.p.c. ovvero – in caso di mancata necessità di espletamento di attività istruttoria – prima che proceda ad invitare le parti a precisare le conclusioni e a dare ingresso alla fase propriamente decisoria.*

**CASO**

[1] 1. Con sentenza n. 212 del 20 maggio 2008, il Giudice di Pace di Molfetta accoglieva l'opposizione ai sensi degli artt. 22 e ss. l. n. 689 del 1981 proposta da Aulo Agerio e, per l'effetto, revocava una cartella esattoriale, allo stesso notificata, relativa al pagamento di sanzioni amministrative per violazioni del C.d.S.

L'opponente aveva dedotto di non avere mai ricevuto la notifica dei verbali di accertamento presupposti dell'infrazione né di una successiva ordinanza-ingiunzione.

Proposto appello da parte della società incaricata della riscossione, il Tribunale di Trani sezione distaccata di Molfetta, dichiarava, in via pregiudiziale, con sentenza del 27 aprile 2010, la propria incompetenza in favore del Tribunale di Bari ai sensi dell'art. 6 r.d. n. 1033 del 1931, quale giudice del luogo ove aveva sede l'Avvocatura distrettuale dello Stato, essendo parte del giudizio anche l'Ufficio territoriale del Governo di Bari.

Nel giudizio tempestivamente riassunto dalla società incaricata della riscossione, Aulo Agerio contestava l'applicabilità del foro erariale, rinunciando successivamente all'eccezione di

incompetenza con memoria del 7 maggio 2018.

All'esito, il Tribunale di Bari, in funzione di giudice d'appello, con ordinanza del 13 settembre 2018, emessa in fase di decisione (ovvero successivamente alla trattazione della causa e allo svolgimento dell'udienza di precisazione delle conclusioni), rimetteva la causa sul ruolo e, applicato l'art. 47 comma 4 c.p.c., richiedeva d'ufficio alla Corte di Cassazione regolamento di competenza affinché fosse dichiarata la competenza del Tribunale di Trani, in funzione di giudice di secondo grado, ritenendo che in ipotesi di giudizio di appello avverso sentenza del Giudice di pace adottata con riferimento all'opposizione formulata ai sensi dell'art. 22 l. n. 689 del 1981 ("*ratione temporis*" applicabile), non potesse trovare applicazione la regola del foro erariale bensì il criterio ordinario previsto dall'art. 341 c.p.c.

In particolare, il Collegio riteneva che ai fini della pronuncia sul conflitto di competenza fosse decisivo stabilire se il giudice (di appello) *ad quem* avesse il potere di sollevare il conflitto direttamente al momento della decisione o se, invece, tale potere si fosse già consumato in difetto di un rilievo tempestivo nella fase di riassunzione (avuto riguardo alla disciplina di cui al citato art. 38 c.p.c.), atteso che la possibilità di regolare la competenza presuppone che la questione sia stata tempestivamente eccepita dalla parte interessata o rilevata d'ufficio dal giudice.

Osservava inoltre che, discutendosi della competenza territoriale del giudice d'appello ai sensi dell'art. 341 c.p.c., non poteva considerarsi decisivo che l'appellato avesse proposto l'eccezione di incompetenza in fase di riassunzione, poiché questi aveva l'onere di impugnare la decisione ai sensi dell'art. 42 c.p.c., mentre l'eccezione di incompetenza era priva di effetto.

Rilevava, altresì, il Collegio che l'attuale codice di rito non contiene una previsione specificamente diretta a disciplinare il rilievo dell'incompetenza del giudice dell'impugnazione *ex* art. 341 c.p.c., limitandosi l'art. 38 c.p.c. comma 1, vigente *ratione temporis* (ora trasfuso nel comma 3 della stessa disposizione normativa per effetto della sua complessiva sostituzione intervenuta con la L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 45, comma 2), a statuire che l'incompetenza per materia, per valore o per territorio inderogabile sono eccepite dalla parte o rilevate d'ufficio non oltre la prima udienza di trattazione.

Aggiungeva, peraltro, che la giurisprudenza prevalente di questa Corte ha ritenuto configurabile con riferimento all'art. 341 c.p.c., una questione di competenza solo quando la parte esperisca lo specifico rimedio previsto dal sistema delle impugnazioni. Quindi, solo nel caso di appello rivolto ad un organo della giurisdizione ordinaria diverso da quello che sarebbe stato competente per legge, si è attribuito all'impugnazione un effetto conservativo (con conseguente *translatio iudicii* in virtù dell'art. 50 c.p.c.), alla condizione che l'organo adito, benché territorialmente incompetente, sia ugualmente giudicante in secondo grado. Nel caso, invece, di impugnazione proposta davanti allo stesso giudice che abbia emesso la sentenza o davanti ad altro giudice di primo grado, la violazione del criterio della competenza per grado porrebbe un problema di ammissibilità dell'impugnazione.

Il collegio sottolineava, altresì, che, secondo un indirizzo parzialmente difforme (Cass. n. 2709/2005), nei giudizi di appello non verrebbe in nessun caso in considerazione la nozione di competenza di cui al cap. I, titolo I, libro I del codice di rito, poiché l'erronea individuazione del giudice legittimato a decidere sull'impugnazione (anche nel caso di mera incompetenza territoriale) riguarda le condizioni di proponibilità o ammissibilità del gravame. Secondo tale orientamento – richiamandosi la sentenza delle Sezioni unite n. 23594/2010 ed esclusa l'applicabilità dell'art. 50 e dell'art. 38 c.p.c. – non sussisterebbe alcun limite al potere del giudice di rilevare la violazione dell'art. 341 c.p.c.

Evidenziava, inoltre, il Collegio nell'ordinanza interlocutoria che, invece, con la successiva sentenza delle stesse Sezioni unite n. 18121/2016, questa Corte ha ritenuto che l'art. 341 c.p.c., preveda, comunque, un'ipotesi di competenza intesa come frazione dell'intero esercizio della funzione giurisdizionale e che non vi sarebbe ragione per non ritenere che la rilevabilità del difetto di competenza territoriale sia preclusa anche d'ufficio oltre la prima udienza.

Da qui la rimessione degli atti al Primo Presidente della Corte di Cassazione per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374 c.p.c., comma 2, dovendo ritenersi le questioni prospettate come di massima di particolare importanza.

Il Primo Presidente provvedeva in conformità.

**SOLUZIONE**

[1] Le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, decidendo su questione di massima di particolare importanza, hanno affermato che la disciplina prevista dall'art. 38 comma 3 c.p.c. si applica anche nelle ipotesi di regolamento di competenza d'ufficio sollevato dal giudice di secondo grado ai sensi dell'art. 45 c.p.c., con la conseguenza che tale regolamento, dovendo immediatamente seguire al rilievo dell'incompetenza, deve essere richiesto entro il termine di esaurimento delle attività di trattazione contemplate dall'art. 350 c.p.c., ossia prima che il giudice del gravame provveda all'eventuale ammissione delle prove ai sensi dell'art. 356 c.p.c. ovvero – in caso di mancata necessità di espletamento di attività istruttoria – prima che proceda ad invitare le parti a precisare le conclusioni e a dare ingresso alla fase propriamente decisoria.

**QUESTIONI**

[1] La pronuncia qui annotata delle Sezioni Unite, dopo un ampio, dotto e completo preambolo sull'istituto della "competenza", *sub specie* della "competenza funzionale", del "regolamento di competenza d'ufficio" e sulla "competenza del giudice dell'impugnazione", ripercorrendone l'evoluzione normativa e giurisprudenziale, pervengono a fornire risposta al quesito inerente all'applicabilita? o meno del regime preclusivo previsto per il giudizio di primo grado anche all'ipotesi in cui venga sollevato in appello conflitto di competenza ai sensi dell'art. 45 c.p.c., sull'incontestato presupposto che quest'ultimo rimedio sia esperibile anche in secondo grado.

La motivazione, in primo luogo, fa proprio il principio affermato dalle stesse Sezioni Unite con la sentenza n. 18121/2016, secondo cui l'appello proposto davanti ad un giudice diverso, per territorio o grado, da quello indicato dall'art. 341 c.p.c., non determina l'inammissibilità dell'impugnazione, ma è idoneo ad instaurare un valido rapporto processuale, suscettibile di proseguire dinanzi al giudice competente attraverso il meccanismo della c.d. *translatio iudicii*. Ciò implica che, per effetto dell'applicabilità del meccanismo della *translatio iudicii* anche nel giudizio di secondo grado, possano venirsi a configurare i presupposti per la proposizione, da parte del secondo giudice, del regolamento di competenza d'ufficio ove ritenga sussistente un conflitto di competenza con riferimento ai criteri indicati nell'art. 45 c.p.c.

Per individuare la disciplina processuale cui debba conformarsi il secondo giudice (avanti al quale il giudizio di appello – in dipendenza degli effetti conservativi riconducibili al gravame – può essere riassunto ai sensi dell'art. 50 c.p.c.) per sollevare conflitto di competenza occorre risolvere la questione circa l'applicabilità o meno del disposto di cui all'art. 38 c.p.c. (che, peraltro, non si riferisce specificamente al solo giudizio di primo grado) e, quindi, del regime preclusivo che investe il meccanismo del rilievo della sua incompetenza da parte del giudice di secondo grado al fine di sollevare il regolamento di competenza d'ufficio.

La sentenza qui in commento non rileva argomenti ostativi all'estensione dell'applicabilità del regime processuale di cui all'art. 38 c.p.c., anche al giudizio di appello: pur con i necessari adattamenti implicati dalla distinzione (con riferimento alle peculiarità dei due gradi) tra le varie attività che devono essere svolte nell'udienza di trattazione in primo grado ai sensi dell'art. 183 c.p.c. e in quella del giudizio di appello in virtù dell'art. 350 c.p.c., non sussistono problemi di incompatibilità per la suddetta applicazione, sia per effetto della portata generale dell'art. 38 c.p.c. (inserito significativamente nel libro I, titolo I, capo I sezione V del codice di procedura civile, dedicato per l'appunto, tra l'altro, al vizio dell'incompetenza, non essendo decisivo il riferimento, nel suo comma 3, all'udienza di cui all'art. 183 c.p.c.) e sia in dipendenza del richiamo generale previsto – come norma di chiusura – nell'art. 359 c.p.c., il quale rimanda, in via generale e con clausola estensiva (per quanto non espressamente disposto), alle norme relative al procedimento davanti al Tribunale «*se non sono incompatibili con le disposizioni del presente capo*» (e sulla configurabilità di tale rapporto di compatibilità non sono rinvenibili elementi contrari).

Pertanto, posto che a norma dell'art. 38 c.p.c., che ha comportato il superamento della distinzione tra criteri di competenza *forti* e *deboli*, l'incompetenza per materia o per territorio, nei casi previsti dall'art. 28 c.p.c., deve essere rilevata d'ufficio entro la prima udienza di trattazione, ne discende, a pena d'inammissibilità, che il regolamento d'ufficio, dovendo immediatamente seguire al rilievo dell'incompetenza, deve essere richiesto nel giudizio di primo grado – nella stessa prima udienza di trattazione, anche a seguito di eventuale riserva assunta in quella sede, e, nel giudizio di appello, al massimo entro il termine di esaurimento delle attività di trattazione contemplate dall'art. 350 c.p.c. (in tal senso, Cass. n. 22107/2018), ossia prima che il giudice del gravame provveda all'eventuale ammissione delle prove ai sensi dell'art. 356 c.p.c., ovvero – in caso di mancata necessità di espletamento di attività istruttoria – prima che il giudice di secondo grado proceda ad invitare le parti a precisare le conclusioni e a

dare ingresso alla fase propriamente decisoria.

A favore della soluzione adottata – concludono le Sezioni Unite – militano pure ragioni correlate alla *ratio* stessa dell'istituto del regolamento di competenza d'ufficio, che risponde anche ad esigenze di economia processuale, mirando ad accelerare la definizione della questione della competenza, perché il giudice che lo richiede, anziché pronunciare, a sua volta, una declinatoria della propria incompetenza, evita ulteriori conflitti, senza trascurare la necessità che sia garantito il rispetto del generale principio della ragionevole durata del processo, che induce ad escludere che tale questione possa rimanere "in sospeso" anche per anni, impedendo una pronuncia sul merito (nel caso di specie, la questione è rimasta in sospeso per ben otto anni).

In base a quanto sopra richiamato e ritenuto, dunque, che la disciplina dell'art. 38 comma 3 c.p.c. trovi applicazione anche nell'ipotesi di conflitto di competenza ai sensi dell'art. 45 c.p.c., sollevato in appello, nel caso oggetto del giudizio (in cui l'appello era assoggettato alle norme del codice di rito previste per l'appello ordinario, essendo il giudizio – di opposizione a cartella esattoriale riferito alla l. n. 689 del 1981, art. 22 – iniziato nel 2006, e non, quindi, a quelle del processo del lavoro, ora applicabili, ai sensi del d.lgs. n. 150/2011, art. 2, per le cause instaurate dopo l'entra in vigore di quest'ultimo testo normativo), poiché il giudice dinanzi al quale era stata riassunta la causa in appello (a seguito del dichiarato difetto di competenza del primo giudice adito in secondo grado) aveva rilevato la (ritenuta) propria incompetenza direttamente in fase di decisione (ovvero dopo l'esaurimento delle attività di trattazione, della fase istruttoria di tipo documentale e dell'udienza di precisazione delle conclusioni), è evidente – osserva il provvedimento in annotazione – che il sollevato conflitto di competenza andasse qualificato come tardivo, donde l'inammissibilità del richiesto regolamento di competenza d'ufficio.

Con la conseguenza che, a seguito dell'intervenuta riassunzione, il secondo giudice (ovvero il Tribunale di Bari, che aveva inammissibilmente, perché tardivo, dato luogo al conflitto di competenza), ritenuto competente dal primo giudice (ossia il Tribunale di Trani Sez. dist. di Molfetta) dinanzi al quale era stato proposto in prima battuta l'appello, doveva trattenere la causa in secondo grado per decidere sul merito del gravame (salva l'eventuale sussistenza di altre ipotesi processuali impedienti), essendosi ormai radicata dinanzi ad esso la competenza.

In conclusione, il richiesto regolamento di competenza d'ufficio è da dichiararsi inammissibile.

**Esecuzione forzata**

# *È inammissibile per carenza di interesse l'opposizione del terzo datore di ipoteca quando contesti la sussistenza di un debito a suo carico*

di **Ernestina De Medio**

Cassazione civile, sez. VI, 13 marzo 2020, n. 7249. Pres. Frasca, Est. Porreca

## MASSIMA

*Quando un terzo costituisce una ipoteca su beni propri a garanzia di un debito altrui, il creditore ha diritto di fare espropriare la cosa ipotecata in caso di inadempimento del debitore, ed ai fini dell'esercizio di tale diritto è tenuto a notificare al terzo datore di ipoteca, oltre che al debitore, sia il titolo esecutivo che il precetto, specificando in quest'ultimo la* "res" *del terzo che si intende eventualmente sottoporre ad esecuzione forzata. Tuttavia, va rigettata per difetto di interesse l'opposizione a precetto proposta dal terzo per accertare di non essere obbligato a corrispondere la somma indicata nel precetto, se dall'interpretazione del medesimo precetto si evince che esso non presuppone l'obbligazione diretta dello stesso terzo al soddisfacimento del debito, né l'intenzione del creditore di procedere esecutivamente nei suoi confronti, in ipotesi di mancato pagamento, anche su beni diversi da quelli ipotecati (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva rigettato l'opposizione a precetto formulata dai terzi intimati deducendo di non avere accettato l'eredità del datore di ipoteca sul bene indicato in precetto).*

## CASO

Gli eredi del terzo datore di ipoteca proponevano opposizione a un precetto intimato sulla base di un decreto ingiuntivo esecutivo nei confronti della debitrice principale, eccependo il difetto di legittimazione passiva per non essere proprietari del bene sul quale era minacciata l'esecuzione. Il creditore opposto eccepiva il difetto di interesse ad agire degli opponenti.

## SOLUZIONE

La Cassazione ha concluso per l'inammissibilità del ricorso, in quanto "non era stata idoneamente censurata l'assenza di ogni pregiudizio per il terzo datore di ipoteca a fronte di un precetto privo di minaccia di aggressione dei beni del patrimonio del terzo diversi da quello offerto in garanzia reale, non risultando, peraltro, alcun interesse degli opponenti, rispetto all'assunzione della qualità di erede, che necessitasse l'opposizione al precetto ed, infine, essendo incomprensibile l'interesse a coltivare la lite, una volta accettata l'eredità con beneficio d'inventario".

In particolare il Supremo Collegio ha affermato che, "sussisteva nella specie la carenza d'interesse degli opponenti al precetto, poiché il precetto stesso non presupponeva l'obbligazione del terzo di pagamento del debito, né la volontà del creditore di procedere esecutivamente nei suoi confronti, anche su beni diversi da quelli ipotecati".

**QUESTIONI**

Quando un terzo costituisce un'ipoteca su beni propri a garanzia di un debito altrui, il creditore, in caso di inadempimento del debitore, ha diritto di far espropriare il bene ipotecato e, ai fini dell'esercizio di tale diritto, è tenuto a notificare al terzo datore di ipoteca, oltre che al debitore, sia il titolo esecutivo che il precetto, specificando nel precetto il bene del terzo che intende eventualmente sottoporre ad espropriazione forzata.

Il titolo da notificare è quello formato nei confronti del debitore; non è, infatti, necessario che il creditore ottenga un titolo esecutivo nei confronti del terzo e non è neanche possibile, poiché il terzo acquirente del bene gravato da privilegio non può essere condannato in proprio al pagamento nei confronti del creditore.

Quindi per promuovere l'espropriazione forzata contro il terzo proprietario a norma degli artt. 602 ss. c.p.c. non è necessario un titolo esecutivo autonomo, ma è sufficiente quello ottenuto contro il debitore diretto.

Ciò si deduce, sia dalla posizione di responsabile senza debito, propria del terzo proprietario, sia dalla formulazione dell'art 603 c.p.c., il quale prescrive che titolo esecutivo e precetto debbono essere notificati "anche" al terzo, sia, infine, dal regime delle eccezioni che il terzo può opporre al creditore, a norma del combinato disposto degli artt. 2870 e 2859 c.c.

L'atto di precetto deve essere notificato al debitore ed al terzo e deve contenere la menzione del bene che si intende espropriare e del titolo in forza del quale il creditore ha facoltà di aggredire il bene del terzo (ipoteca, pegno, sentenza di revocatoria) per la soddisfazione di un debito altrui.

Il creditore, dunque, avrà l'onere di notificare congiuntamente al terzo datore di ipoteca e al debitore principale il titolo esecutivo ed il precetto, specificando il bene da sottoporre ad espropriazione.

Per chiarezza va detto che la Cassazione, con indirizzo uniforme e costante sia prima che dopo la riforma del 2006/2007, ha sempre escluso che i titolari di diritti d'ipoteca sui beni immobili compresi nel fallimento e già costituiti in garanzia per crediti vantati verso debitori diversi dal fallito, possano – anche dopo la riforma del 2006 – avvalersi del procedimento di verificazione dello stato passivo, di cui al capo quinto della Legge fallimentare, in quanto non sono creditori diretti del fallito e l'accertamento dei loro diritti non può essere sottoposto alle regole del concorso, senza che sia instaurato il contraddittorio con la parte che si assume loro debitrice (tra le tante, cfr. Cass. 10 luglio 2018, n. 18082;. Cass. n. 13289 del 2012; Cass. n. 11545 del

2009; Cass. n. 2429 del 2009; Cass. n. 10072 del 2003; Cass. n. 15186 del 2000; Cass. n. 12549 del 2000; Cass. n. 1875 del 1994; Cass. n. 46 del 1970).

Conseguentemente dovrà essere rigettata per difetto di interesse l'eventuale opposizione al precetto proposta dal terzo e diretta ad accertare l'assenza dell'obbligazione a corrispondere la somma indicata nel precetto se, dalla sua interpretazione, si evinca che questo non presuppone alcuna obbligazione del terzo al soddisfacimento del debito, né l'intenzione del creditore di procedere esecutivamente nei suoi confronti anche su beni diversi da quelli ipotecati ed indicati nell'atto.

La Suprema Corte, già in precedenza investita di una vicenda similare, aveva fornito risposta negativa circa l'ammissibilità dell'opposizione del terzo (Cass. Sez. I, Sentenze nn. 1145 e 2429 del 2009), con l'affermazione del principio di diritto secondo cui "*I titolari di diritti di prelazione (nella specie, d'ipoteca) su beni immobili compresi nel fallimento, e già costituiti in garanzia per crediti vantati verso debitori diversi dal fallito, non possono avvalersi del procedimento di verificazione di cui all'art. 52 legge fall., il quale non sottopone a concorso la posizione soggettiva del terzo, che non è creditore diretto del fallito, né è configurabile un'ammissione atipica al passivo, che sia circoscritta ai soli beni oggetto della predetta garanzia, valendo per la loro realizzazione in sede esecutiva, in virtù del richiamo di cui all'art. 105 legge fall., le modalità di cui agli art. 602-604 cod. proc. civ. in tema di espropriazione contro il terzo proprietario*".

A tale principio gli Ermellini hanno ritenuto di dare continuità anche in virtù delle modifiche operate dal legislatore alla legge sopra richiamata, atteso che il riferimento ai diritti reali contenuto nel suo secondo comma non può inerire ai diritti reali di garanzia costituiti dal terzo non debitore, atteso che questi si pongono al di fuori del passivo fallimentare.

Il terzo, infatti, non è creditore diretto del fallito di talché, anche laddove si volesse estendere detta disposizione fino a ricomprendervi l'accertamento del diritto verso il terzo datore di ipoteca, in ogni caso si dovrebbe introdurre un anomalo contraddittorio con una ulteriore parte, ossia quella corrispondente al debitore garantito proprio dall'ipoteca data dal terzo.

Seguendo questo percorso, con la sentenza *de qua*, la Suprema Corte ha dunque ribadito che in tema di garanzie costituite dal terzo, in caso di fallimento dopo la costituzione della garanzia a favore del creditore non proprio, i creditori titolari di un diritto di ipoteca sui beni compresi nel fallimento, costituiti in garanzia di crediti vantati verso debitori diversi dal fallito, sono esclusi dalla possibilità di avvalersi del procedimento di verificazione dello stato passivo.

Ne consegue che, al fine di realizzare i propri diritti, essi dovranno agire in sede esecutiva secondo le modalità di cui agli artt. 602 e 604 c.p.c., dettate in tema di espropriazione contro il terzo proprietario (Cass., Sez. I, 9 febbraio 2016, n. 2540).

12^ EDIZIONE
Master di specializzazione
DELEGATO NELLE VENDITE IMMOBILIARI
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

**Responsabilità civile**

# *Responsabilità medica e accertamento del nesso di causalità*

di **Martina Mazzei**

Cass. civ. sez. III, 6 luglio 2020, n. 13872 – Pres. Armano – Rel. Guizzi

[1] **Responsabilità medica – Nesso di causalità – Probabilità logica – Criterio del più probabile che non – Prevalenza relativa della probabilità**

(Cod. civ. art. 2043)

[1] *"Il procedimento logico-giuridico da seguire ai fini della ricostruzione del nesso causale implica che l'ipotesi formulata vada verificata riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana), nel senso, cioè, che in tale schema generale della probabilità come relazione logica va determinata l'attendibilità dell'ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma."*

**CASO**

[1] Una donna veniva ricoverata in ospedale in attesa di un intervento chirurgico di sostituzione di valvola mitrale che non veniva mai effettuato in quanto il giorno prima, a causa di un versamento pleurico, i medici intervenivano con una toracotomia e la paziente decedeva a causa di uno *shock* emorragico.

I figli e il marito agivano in giudizio contro l'Azienda ospedaliera per accertare la responsabilità per condotta colposa dei sanitari adducendo che questi ultimi, dopo aver eseguito manovra di toracentesi per versamento pleurico, non avrebbero effettuato gli opportuni controlli successivi, omettendo di diagnosticare tempestivamente l'emotorace massivo che aveva condotto alla morte della loro congiunta. In primo grado, il Tribunale accoglieva la loro domanda mentre in appello la sentenza veniva completamente riformata. Secondo la Corte d'appello, in particolare, la CTU medico-legale, pur dando atto degli inadempimenti e dei ritardi compiuti dai sanitari, non aveva concluso nel senso di poter stabilire con certezza il rapporto eziologico tra la toracentesi espletata dai sanitari e l'emotorace massivo insorto, soggiungendo, invece, che l'evoluzione del quadro clinico non consentiva di affermare che un eventuale esame radiologico avrebbe evidenziato elementi tali da far supporre un'emorragia. Inoltre, l'errore commesso in sede di perizia autoptica era stato quello di considerare, ai fini dell'accertamento della responsabilità, come eseguita l'operazione di sostituzione della valvola mitrale che, invece, non era mai avvenuta.

Avverso la decisione hanno proposto ricorso per cassazione i congiunti della vittima sulla base di due motivi.

**SOLUZIONE**

[1] Per quanto di interesse con il primo motivo di ricorso, proposto a norma dell'art. 360, co. 1, n. 3 c.p.c., i ricorrenti deducono la violazione degli artt. 2697, 1218, 1176 e 2236 c.c. e dell'art. 116 c.p.c., laddove il giudice d'appello ha ritenuto non raggiunta la prova in ordine al nesso di causalità e al carattere lesivo dell'operato medico in relazione sia all'esecuzione della manovra di toracentesi sia all'omesso esame radiologico successivo alla predetta manovra.

La Suprema Corte, dopo un'attenta disamina in tema di accertamento del nesso di causalità, ha ritenuto i motivi fondati e ha accolto il ricorso.

**QUESTIONI**

[1] La sentenza in epigrafe, all'esito di un articolato e complesso percorso argomentativo, ha ricostruito l'**accertamento del nesso di causalità** nell'ambito della responsabilità medica chiarendo, altresì, come deve operare la *regula iuris* del più probabile che non.

La Corte, dopo aver affermato che la **responsabilità sanitaria è un sottosistema della responsabilità contrattuale**, ha ribadito preliminarmente che la ricostruzione del nesso causale consta di due momenti:

1. la **causalità materiale** tra la condotta e l'evento (o causalità fondativa) che ricorre quando il comportamento abbia generato o contribuito a generare l'evento (art. 40, 41 c.p.);
2. la **causalità giuridica**, successiva all'accertamento della causalità materiale, la quale consiste nella determinazione dell'intero danno cagionato ed è oggetto dell'obbligazione risarcitoria (art. 1223, 1225, 1227 c. 2 c.c.).

La Corte ha ricordato, poi, che l'accertamento nella causalità materiale, a differenza dell'ambito penale, si basa sulla **regola del più probabile che non**– anche denominata " *preponderanza dell'evidenza*" – la quale **costituisce**, in realtà **la combinazione di due regole differenti: la regola del "piu? probabile che non" e la regola della "prevalenza relativa della probabilità"**.

- La **regola del piu? probabile che non**, in particolare, implica che rispetto ad ogni enunciato si consideri l'eventualità che esso possa essere vero o falso ossia che sul medesimo fatto vi siano un'ipotesi positiva ed una complementare ipotesi negativa, sicchè, **tra due ipotesi alternative**, **il giudice deve scegliere quella che, in base alle prove disponibili, ha un grado di conferma logica superiore all'altra**. In altri termini, secondo la Corte l'affermazione della verità dell'enunciato implica che *"vi siano prove preponderanti a sostegno di essa: cio? accade quando vi sono una o più prove dirette – di*

*cui e? sicura la credibilità o l'autenticità – che confermano quell'ipotesi, oppure vi sono una o più prove indirette dalle quali si possono derivare validamente inferenze convergenti a sostegno di essa*".

- La **regola della prevalenza relativa della probabilità**, invece, **rileva nel caso di cd. "multifattorialita?" nella produzione di un evento dannoso** (come accaduto nel caso di specie quando all'ipotesi, formulata dall'attore, in ordine all'eziologia dell'evento stesso se ne affianchino altre) allorchè "*sullo stesso fatto esistano diverse ipotesi, ossia diversi enunciati che narrano il fatto in modi diversi, e che queste ipotesi abbiano ricevuto qualche conferma positiva dalle prove acquisite al giudizio", dovendo, invero, essere prese in considerazione "solo le ipotesi che sono risultate "più probabili che non", poichè le ipotesi negative prevalenti non rilevano*". Orbene, ricorrendo tale evenienza, vale a dire se vi sono più enunciati sullo stesso fatto che hanno ricevuto conferma probatoria, la regola della prevalenza relativa **implica che il giudice scelga come "vero" l'enunciato che ha ricevuto il grado relativamente maggiore di conferma sulla base delle prove disponibili**.

Ciò posto, secondo la Suprema Corte, quello che viene a delinearsi e? un **modello di "certezza probabilistica"** nel quale **il procedimento logico-giuridico da seguire ai fini della ricostruzione del nesso causale implica che l'ipotesi formulata vada verificata riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma** (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) **disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana)** (cosi? Cass. Sez. Un., sent. n. 576 del 2008 e, recentemente, Cass. sez. III, ord. 29 gennaio 2018, n. 2061; Cass. sez. III, ord. n. 23197 del 2018).

All'esito di un ampio e approfondito iter argomentativo, pertanto, la Suprema Corte ha concluso accogliendo il ricorso. La sentenza d'appello impugnata, infatti, ha disatteso la *regula iuris* che impone di accertare il nesso di causalità materiale secondo il criterio – consono alla morfologia e alla funzione del sistema della responsabilità civile – del più probabile che non (o meglio, della preponderanza dell'evidenza), nel duplice significato illustrato.

In particolare, la Corte d'appello avrebbe dovuto verificare, sulla scorta delle evidenze probatorie acquisite (anche a mezzo della disposta di consulenza tecnica d'ufficio), innanzitutto, se l'ipotesi sulla verità dell'enunciato relativo all'idoneità della toracentesi a cagionare l'emotorace presentasse un grado di conferma logica maggiore rispetto a quella della sua falsità (criterio del piu? probabile che non). In secondo luogo essa avrebbe dovuto stabilire, in applicazione del criterio della prevalenza relativa della probabilità, se tale ipotesi avesse ricevuto, sempre su un piano logico, ovvero sulla base delle prove disponibili, un grado relativamente maggiore di conferma rispetto ad altrettante e differenti ipotesi sulla eziologia tanto dell'emotorace, quanto del decesso della paziente.

Seminario di specializzazione
PROCESSO CIVILE E MEDIAZIONE OBBLIGATORIA DOPO LA LEGISLAZIONE EMERGENZIALE
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

**Proprietà e diritti reali**

# *Contratto di affitto d'azienda e risarcimento del danno per occupazione sine titulo*

di **Ilaria Ottolina**

**Tribunale di Pordenone, sezione civile, sentenza 5 marzo 2020, Giudice Dott. Francesco Tonon (inedita)**

**Contratto d'affitto d'azienda – risoluzione del contratto per mancata certificazione di agibilità – non sussiste – clausola risolutiva espressa – risoluzione del contratto per omesso/tardivo pagamento canoni – occupazione senza titolo di immobile altrui – indennità di occupazione – azione di restituzione – risarcimento danno (c.d. figurativo) – criterio di determinazione – valore locativo del bene usurpato**

**Riferimenti normativi: artt. 1615 c.c. e 2562 c.c. – art. 24 D.P.R. n. 380/2001 (Testo Unico Edilizia) – art. 1456 c.c.**

*"… l'assenza del **certificato di agibilità** non è di ostacolo alla valida costituzione del rapporto locatizio e, in caso di utilizzazione del bene in concreto, non può legittimare la richiesta di risoluzione del contratto (se non in caso di definitivo diniego della competente autorità amministrativa al relativo rilascio) …"*

*"… ai sensi dell'art. 2 del contratto … il canone di affitto deve pagarsi in via anticipata entro il giorno 5 di ogni mese … il mancato pagamento dopo 5 giorni dalla scadenza anche di una sola rata dell'affitto o eventuali oneri accessori determina la risoluzione immediata del contratto con conseguente sfratto dai locali affittati, senza bisogno di diffida o di speciali atti a norma dell'art. 1456 c.c. …"*

*"… il contratto d'affitto d'azienda stipulato tra le parti si è risolto … successivamente a tale data vi è stata una **occupazione* sine titulo** da parte dell'affittuaria … il proprietario che agisce con l'azione di restituzione ha diritto al **risarcimento dei danni** derivanti dall'occupazione senza titolo …"*

*"…la perdita della disponibilità del bene e l'impossibilità di conseguire l'utilità ricavabile dal bene medesimo in relazione alla sua natura normalmente fruttifera effettivamente appaiono elementi piuttosto convincenti in ordine all'affermazione che il **danno è* in re ipsa**. Per tali motivi **è ragionevole stabilire che la convenuta sia tenuta a pagare a favore della ricorrente a titolo di canone di occupazione la somma mensile stabilita per il canone di locazione** …"*

**CASO**

La sentenza in commento ha ad oggetto un contratto d'affitto d'azienda, relativo alla gestione di un pubblico esercizio commerciale, un bar, sottoscritto nel 2009 tra il proprietario del compendio aziendale ed una società affittuaria.

Trascorso regolarmente il primo decennio, i rapporti s'incrinavano e il proprietario promuoveva azione cautelare *ex* art. 700 c.p.c., dinanzi al Tribunale di Pordenone, per ottenere la restituzione del contratto di affitto di azienda: declinava a tal fine una serie di domande in via principale (cessazione degli effetti del contratto a far data dal 1° gennaio 2019 o, in alternativa, dal 1° agosto 2019) e in via subordinata (risoluzione del contratto per grave ritardo nel pagamento di quattordici mensilità o, in alternativa, di quattro mensilità o, in ulteriore subordine, per impossibilità totale della prestazione intervenuta a seguito di dichiarazione di inagibilità accertata dalle Autorità competenti).

Ad ogni modo, sul presupposto della mancata riconsegna del bene nei termini di legge, veniva chiesto dal proprietario il risarcimento del danno per occupazione e utilizzo illegittimo del compendio aziendale, quantificato in una somma mensile corrispondente al canone, sino al giorno dell'effettiva riconsegna.

Si costituiva in giudizio la parte convenuta, dichiarando l'insussistenza di morosità e chiedendo il rigetto di tutte le domande, compresa la restituzione del pubblico bar.

**SOLUZIONE**

Il Giudice, esaminati gli atti e i documenti, esclusa nel caso la risoluzione del contratto per carenza del certificato di agibilità, ravvisava la fondatezza della domanda di risoluzione del contratto per grave ritardo nel pagamento di quattro mensilità, ordinava all'affittuaria il rilascio immediato del compendio aziendale, condannandola altresì al risarcimento del danno per occupazione *sine titulo* sino all'effettivo rilascio.

Quanto alla prova, il Giudice riteneva il danno *in re ipsa*, quantificandolo nella somma mensile stabilita per il canone di locazione.

**QUESTIONI GIURIDICHE**

La sentenza in commento offre lo spunto per esaminare alcune questioni giuridiche relative al contratto d'affitto d'azienda[1], segnatamente alle ipotesi di risoluzione anticipata, alle conseguenze del mancato rilascio del bene e al successivo diritto al risarcimento del danno (onere probatorio e criterio di quantificazione), in favore del proprietario/concedente.

**1) La risoluzione del contratto *ex* art. 1456 c.c.**

La sentenza in commento esamina due diversi presupposti, evocati dalla difesa del ricorrente per l'applicazione della clausola risolutiva espressa (e la conseguente declaratoria di risoluzione del contratto): il sopravvenuto **difetto del certificato di agibilità** rilasciato dal

competente Ufficio Comunale e il **ritardo nell'adempimento del pagamento del canone di affitto**.

Quanto al primo presupposto, si rammenta che, ad un certo momento, l'Autorità Amministrativa aveva dichiarato inagibile il pubblico esercizio.

Il Giudice, tuttavia, non accoglie tale circostanza quale presupposto per dichiarare risolto il contratto, atteso che **l'irregolarità amministrativa non aveva compromesso il godimento del bene (azienda)**, né, del resto, era intervenuto un **diniego definitivo al relativo rilascio**, da parte della Pubblica Amministrazione competente ("*Il mancato rilascio di concessioni, autorizzazioni o licenze amministrative relative alla destinazione d'uso dei beni immobili – ovvero alla abitabilità dei medesimi – non è di ostacolo alla valida costituzione di un rapporto locatizio, sempre che vi sia stata, da parte del conduttore, concreta utilizzazione del bene, mentre, nell'ipotesi in cui il provvedimento amministrativo necessario per la destinazione d'uso convenuta sia stato definitivamente negato, al conduttore è riconosciuta la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto*")[2].

Si aggiunga che non sussistono i presupposti per la risoluzione del contratto nemmeno nel diverso caso di cui all'art. 1578, I co., c.c., quando cioè "*… il conduttore, essendo a conoscenza della destinazione d'uso dell'immobile locato (nella specie, commerciale e non artigianale) al momento in cui al contratto venne data attuazione (nella specie, come desunto dalla clausola contrattuale relativa al divieto di mutamento della destinazione originaria) e, quindi, anche della inidoneità dell'immobile a realizzare il proprio interesse,* ***abbia accettato il rischio economico dell'impossibilità di utilizzazione dell'immobile stesso come rientrante nella normalità dell'esecuzione della prestazione****. In tal caso, il mancato rilascio di concessioni, autorizzazioni o licenze amministrative relative alla destinazione d'uso dell'immobile locato non è di ostacolo alla valida costituzione del rapporto di locazione, sempre che vi sia stata, da parte del conduttore, concreta utilizzazione del bene secondo la destinazione d'uso convenuta*[3].

Diverse le conclusioni, invece, riguardo alla risoluzione del contratto per ritardo nel pagamento del canone.

Il Tribunale di Pordenone ha giustamente osservato che, stabilita contrattualmente la corresponsione dell'affitto entro un determinato giorno, "*… il* ***mancato pagamento*** *dopo 5 giorni dalla scadenza anche di una sola rata dell'affitto o eventuali oneri accessori* ***determina la risoluzione immediata del contratto con conseguente sfratto dai locali affittati, senza bisogno di diffida o di speciali atti a norma dell'art. 1456 c.c.*** *…*".

Come opportunamente sottolineato dalla dottrina[4] e dalla giurisprudenza:"*… In giurisprudenza è stato evidenziato come l'azione* ex *art. 1456 c.c. abbia presupposti, caratteri e natura sostanzialmente diversi dall'azione ordinaria di risoluzione* ex *art. 1453 c.c. Mentre quest'ultima ha come scopo principale quello di ottenere una* ***pronuncia costitutiva*** *diretta a sciogliere il vincolo contrattuale sul presupposto dell'accertamento da parte del giudice della gravità dell'inadempimento contrattuale,* ***la prima tende invece ad una pronuncia ad effetti meramente***

***dichiarativi dell'intervenuta risoluzione di diritto del contratto*** ..."[5].

Va da sé che, qualora le parti non abbiano pattuito la clausola risolutiva espressa (la quale presuppone l'**inadempimento rispetto ad uno o più specifici e concordati obblighi**), la risoluzione per inadempimento resta sottoposta alla disciplina generale di cui all'**art. 1455 c.c. (importanza dell'inadempimento)**[6].

**2) Risarcimento del danno da occupazione *sine titulo*: aspetti probatori e criterio di quantificazione**

Accertata la risoluzione anticipata del contratto d'affitto d'azienda, è pienamente condivisibile la conclusione del Giudice laddove dichiara che, a partire dal giorno successivo a tale data, la permanenza dell'affittuario all'interno dell'esercizio abbia configurato un'**occupazione *sine titulo***.

Del resto, può dirsi acquisito anche il diritto del concedente/proprietario di richiedere il **risarcimento del danno** derivante da tale situazione di fatto, contestualmente all'azione di restituzione (fatto salvo un orientamento minoritario che esclude, in via generale, qualunque pretesa risarcitoria)[7].

Tuttavia, la posizione della giurisprudenza non è altrettanto netta per quanto riguarda l'onere probatorio, a carico del proprietario: secondo un primo orientamento – cui aderisce la sentenza in commento – **il danno è *in re ipsa*, in quanto discende direttamente dalla perdita della disponibilità del bene e dall'impossibilità di conseguire l'utilità ricavabile dal bene medesimo in relazione alla natura normalmente fruttifera di esso**[8].

Da ciò deriva l'**assenza di oneri probatori del danno subìto**, in capo alla parte che fa valere la pretesa risarcitoria.

Diversamente opinando, altro orientamento giurisprudenziale **nega la natura *"in re ipsa"* del danno**, atteso che *"Nel caso di occupazione illegittima di un immobile il danno subito dal proprietario* ***non può ritenersi sussistente*** **"in re ipsa"** – pena lo sconfinamento nel c.d. "danno punitivo", che tuttavia dovrebbe avere copertura normativa – *"... atteso che tale concetto giunge ad identificare il danno con l'evento dannoso ed a configurare un vero e proprio danno punitivo, ponendosi così in contrasto sia con l'insegnamento delle Sezioni Unite della S.C. (sent. n. 26972 del 2008) secondo il quale quel che rileva ai fini risarcitori è il danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato, sia con l'ulteriore e più recente intervento nomofilattico (sent. n. 16601 del 2017) che ha riconosciuto la compatibilità del danno punitivo con l'ordinamento solo nel caso di espressa sua previsione normativa, in applicazione dell'art. 23 Cost.;* ***ne consegue che il danno da occupazione*** **"sine titulo"*****, in quanto particolarmente evidente, può essere agevolmente dimostrato sulla base di presunzioni semplici, ma un alleggerimento dell'onere probatorio di tale natura non può includere anche l'esonero dall'allegazione dei fatti che devono essere accertati, ossia l'intenzione concreta del proprietario di mettere l'immobile a frutto*** *(In applicazione del principio, la S.C., in fattispecie relativa a richiesta di risarcimento danni per trasloco di mobilio e trasferimento*

*degli abitanti in altro alloggio, ha confermato la sentenza secondo cui difettava la prova del danno – qualificato come emergente – avendo i ricorrenti invocato un obbligo di liquidazione* "in re ipsa", *attraverso il criterio equitativo del valore locativo dell'immobile, anziché provare nell'*"an" *e nel* "quantum" *le conseguenze negative derivanti, di regola, dallo spossessamento)*[9].

Sicché, sulla scorta di codesto secondo orientamento, **sussiste un onere probatorio del danno in capo al proprietario**, che ben può essere integrato anche mediante presunzioni semplici (ovverosia gravi, precise e concordanti).

Ritenuto quindi l'*an "in re ipsa"* (vale a dire nel fatto dell'intervenuta occupazione *sine titulo*) ovvero accertatane la sussistenza anche mediante presunzioni semplici, la giurisprudenza – compresa quella in commento – è concorde nella relativa quantificazione secondo il **criterio del c.d. "danno figurativo"**, parametrato sulla scorta del **valore locativo del bene usurpato** e corrispondente, quindi, al canone mensile di affitto[10].

[1] Con la recente sentenza n. 3888/2020, la terza sezione della Suprema Corte ha ribadito il granitico principio – già definito *"ius receptum"* dalla Consulta negli ormai lontani anni '90 (Corte Cost. 13/07/1994 n. 294) – secondo cui *"La locazione di immobile con pertinenze si differenzia dall'affitto di azienda perché la relativa convenzione negoziale ha per oggetto un bene, l'immobile concesso in godimento, che assume una posizione di assoluta ed autonoma centralità nell'economia contrattuale, secondo la sua consistenza effettiva e con funzione prevalente ed assorbente rispetto agli altri elementi che, legati materialmente o meno ad esso, assumono, comunque, carattere di accessorietà, rimanendo ad esso collegati sul piano funzionale in una posizione di coordinazione-subordinazione, mentre, nell'affitto di azienda, lo stesso immobile è considerato non nella sua individualità giuridica, ma come uno degli elementi costitutivi del complesso dei beni (mobili ed immobili) legati tra loro da un vincolo di interdipendenza e complementarietà per il conseguimento di un determinato fine produttivo, così che oggetto del contratto risulta proprio il complesso produttivo unitariamente considerato, secondo la definizione normativa di cui all'art. 2555 c.c."*: la corretta qualificazione giuridica della fattispecie attiene dunque alla valutazione se oggetto del contratto sia, in modo prevalente, il godimento dell'immobile (e relativi beni accessori) ovvero dell'azienda, intesa come *"... complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa"* (art. 2555 c.c.), unitamente alla valutazione (positiva) della preesistenza dell'azienda (rispetto alla formazione del contratto) o, quantomeno, dell'organizzazione dei beni per fini produttivi (Cass. civ., sez. III, 29/09/1999 n. 10767). **Ne deriva l'inapplicabilità all'affitto d'azienda della Legge n. 392/1978 sull'equo canone (salvo l'art. 36), regolato invece dalle norme del codice civile in materia di affitto (art. 1615 c.c.) e di azienda (art. 2562 c.c.)** (Cass. civ., sez. III, 12/06/1995 n. 6591).

[2] Cass. civ., sez. III, 25/05/2010 n. 12708; conformi, *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 22/12/2010 n. 25798; Cass. civ., sez. III, 21/12/2004 n. 23695; Cass. Civ., sez. II, 08/01/2013 n. 259; Cass. civ., sez. VI, 18/05/2018 n. 12226.

[3] Cass. civ., sez. III, 21/01/2011 n. 1398; conformi: Cass. civ., sez. III, 07/06/2011 n. 12286; Cass. civ., sez. III, 09/06/2010 n. 13841; Cass. civ., sez. III, 26/04/2010 n. 9910.

[4] LUPPINO S., *"Locazioni immobiliari: redazione e impugnazione del contratto"*, Maggioli Ed. Santarcangelo di Romagna, 2018, pag. 165.

[5] Sulle conseguenze processuali della sentenza di accertamento della risoluzione del contratto *ex* art. 1456 c.c. si vedano Cass. civ., sez. II, 26/03/2009 n. 7369 e Cass. civ., sez. III, 15/11/2013 n. 25743, in cui si legge: *"L'azione di accertamento dell'avvenuta risoluzione del contratto per effetto d'una clausola risolutiva espressa* ex *art. 1456 c.c. tende ad una* ***pronuncia dichiarativa****, perché implica l'accertamento dell'inadempienza, con la conseguenza che non ha l'idoneità, con riferimento all'art. 282 c.p.c., all'efficacia anticipata rispetto al momento del passaggio in giudicato; pertanto,* ***fino al momento della definitività della sentenza di accertamento ... il rapporto contrattuale permane e con esso, nel caso di contratto a prestazioni corrispettive, qual è quello di locazione, l'obbligo del conduttore di continuare a corrispondere il canone****"*.

[6] Sotto questo specifico profilo, la disciplina giuridica dell'affitto d'azienda e delle locazioni commerciali è la medesima, attesa la comune inapplicabilità degli artt. 5 e 55 L. n. 392/1978, poste dall'ordinamento a speciale tutela delle sole locazioni abitative.

[7] Sul punto si veda Cass. civ., sez. III, 05/05/2020 n. 8482, con nota di LUPPINO S., *"La misura del risarcimento del danno da risoluzione anticipata del contratto di locazione per inadempimento del conduttore"*, in *www.eclegal.it* del 09/06/2020, in cui vengono inquadrati i due diversi orientamenti giurisprudenziali.

[8] *Ex multis*: Cass. civ., sez. III, 25/02/2014 n. 4442; Cass. civ., sez. III, 16/04/2013 n. 9137; Cass. civ., sez. VI, 06/09/2017 n. 20856; Cass. civ., sez. II, 24/09/2009 n. 20617; Cass. civ., sez. II, 17/11/2011 n. 24100; Cass. civ., sez. II, 09/05/2011 n. 10153; Cass. civ., sez. II, 01/03/2011 n. 5028; Cass. civ., sez. III, 13/02/2015 n. 2865; Cass. civ., sez. I, 20/11/2018 n. 29990: Cass. civ., sez. II, 22/11/2019 n. 30549; Cass. civ., sez. I, 20/11/2018 n. 29990.

[9] Cass. civ., sez. III, 24/04/2019 n. 11203; conformi: Cass. civ., sez. III, 04/12/2018 n. 31233; Cass. civ., sez. III, 17/06/2013 n. 15111; Cass. Civ., sez. III, 11/01/2005 n. 378; Cass. civ., sez. VI, 10/12/2013 n. 27614; Corte d'Appello Catania, sez. II, 27/03/2020; Trib. Bergamo, IV sez., 11/02/2020.

[10] *Ex multis* Cass. civ., n. 5028/2011, *cit.*

**Diritto e procedimento di famiglia**

# *Obbligo di mantenimento verso i figli: dopo la maggiore età è il richiedente che deve provare la mancanza di autosufficienza economica*

di **Giuseppina Vassallo**

**Cassazione civile sez. I, ordinanza 14 agosto 2020, n.17183**

Obblighi di mantenimento figlio maggiorenne – cessazione – onere della prova

Artt. 337-sexies e 337-septies c.c.

*In forza del principio di autoresponsabilità, non è necessaria una prescrizione legislativa, che, fissi l'età in cui l'obbligo di mantenimento nei confronti del figlio viene meno.*

*L'obbligo di mantenimento legale cessa con la maggiore età del figlio; in seguito, l'obbligo sussiste laddove stabilito dal giudice, se il richiedente, e non il genitore onerato, dimostri la mancanza d'indipendenza economica e provi di essersi impegnato sia nella propria preparazione professionale o tecnica, sia nella ricerca di un'occupazione lavorativa.*

**CASO**

Nel corso del giudizio per la modifica delle condizioni di divorzio il Tribunale di Grosseto aveva ridotto l'assegno di mantenimento in favore del figlio maggiorenne da Euro 300 a Euro 200 mensili. Impugnato il provvedimento, la Corte di appello di Firenze, dispone la revoca dell'assegno di mantenimento e l'assegnazione dell'ex casa familiare.

Il figlio in questione, dell'età di 33 anni, pur essendo laureato e inserito nelle graduatorie, non era abilitato all'insegnamento e percepiva redditi non fissi derivanti dalle supplenze occasionali.

Da tutto ciò la madre del ragazzo, deduceva che il figlio non avesse raggiunto la capacità di mantenersi autonomamente, in quanto insegnante precario e con redditi insufficienti per provvedere a se stesso.

La Corte territoriale ha ritenuto che l'obbligo di mantenimento cessi in relazione alla raggiunta capacità di mantenersi, che deve essere presunta oltre i trenta anni, quando una persona normale deve essere considerata autosufficiente da ogni punto di vista, anche economico.

La mancanza congiunturale del lavoro, in dati momenti storici, non equivale a incapacità di mantenersi. Il padre stesso (sessantenne) era stato costretto a tornare a vivere dall'anziana madre, dopo la chiusura del negozio di ferramenta in cui lavorava.

I redditi del figlio, anche se derivanti da un'occupazione precaria erano modesti ma significativi.

Anche l'assegnazione dell'ex casa familiare doveva essere revocata perché la coabitazione con la madre si era molto ridotta, andando il figlio fuori provincia a insegnare.

In conclusione, il figlio avrebbe dovuto trovare il modo di auto-mantenersi, impegnandosi per incrementare le supplenze o integrare le proprie entrate con ogni opportunità utilizzabile.

**SOLUZIONE**

La madre del ragazzo ricorre in Cassazione per la violazione e falsa applicazione degli artt. 147,148, 315-bis, 326-bis, 337-sexies e 337-septies c.c..

Con l'ordinanza in commento, la Corte dichiara inammissibili e infondati i motivi di ricorso fornendo un'interpretazione delle norme che si distacca dal tradizionale orientamento in materia.

Effettuando una ricostruzione sistematica delle norme vigenti, secondo i giudici della prima sezione della Cassazione, in seguito alla riforma della filiazione del 2012, si individuano modalità diverse per l'adempimento del dovere di mantenimento verso il figlio, a seconda che questi sia un minore (art. 337-ter) o un maggiorenne ma non indipendente economicamente (art. 337-septies).

L'art. 337-septies c.c., comma 1 prevede che il giudice valutate le circostanze, "può" disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico.

La valutazione delle circostanze che giustificano il permanere dell'obbligo dei genitori al mantenimento dei figli maggiorenni, è effettuata dal giudice del merito caso per caso e deve essere compiuta con "rigore proporzionalmente crescente, in rapporto all'età dei beneficiari, in modo da escludere che tale obbligo assistenziale, sul piano giuridico, possa essere protratto oltre ragionevoli limiti di tempo e di misura" (Cass. Civ. 22 .06.2016, n. 12952) .

Il provvedimento della Corte va oltre, ove si afferma che, proprio partendo dal testo della suddetta norma – scritta appositamente per il figlio maggiorenne – la legge preveda l'estinzione dell'obbligo di contribuzione dei genitori nei confronti dei figli maggiorenni, in concomitanza con l'acquisto della capacità di agire e della libertà di autodeterminazione, che si conseguono al raggiungimento della maggiore età.

Ciò vuol dire che, trascorso un periodo di tempo sufficiente dopo l'ottenimento di un titolo di studio idoneo a procurare un qualche lavoro, non potrà più affermarsi il diritto del figlio a essere mantenuto.

Dalla suddetta interpretazione la Corte ricava alcune conseguenze sulla ripartizione dell'onere della prova.

Non è il convenuto – soggetto passivo del rapporto – onerato della prova della raggiunta effettiva indipendenza economica del figlio, o della circostanza che egli abbia conseguito un lavoro adeguato alle sue aspirazioni, ma sarebbe onere di chi richiede il mantenimento provare la mancanza d'indipendenza economica e di essersi impegnato proficuamente per la propria preparazione professionale o tecnica, e per la ricerca di un'occupazione lavorativa.

**QUESTIONI**

Tale ultimo assunto contrasta con l'interpretazione ormai consolidata della giurisprudenza secondo cui l'obbligo dei genitori di concorrere tra loro nel mantenimento dei figli non decade automaticamente con il raggiungimento della maggiore età, ma permane finché i genitori non dimostrino che il figlio ha raggiunto l'indipendenza economica, o che è stato messo in condizione di poter essere economicamente autosufficiente (Cass. Civ. 14.12.2018 n. 32529; Cass. Civ. 26.9.2011 n. 19589).

**Diritto e reati societari**

# *L'accertamento della violazione del ne bis in idem tra reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto e ipotesi di bancarotta fraudolenta non può prescindere dall'analisi della dimensione empirica delle fattispecie di reato*

di **Dario Zanotti**

Cass. pen., Sezione V, Sentenza depositata il 24 luglio 2020, n. 22486.

**Parole chiave**: Reati tributari– Bancarotta fraudolenta – Ne bis in idem

**Massima**: "È deducibile nel giudizio di cassazione la preclusione derivante dal giudicato formatosi sul medesimo fatto, posto che la violazione del divieto del '*bis in idem*' si risolve in un *error in procedendo*, a condizione che la decisione della relativa questione non comporti la necessità di accertamenti di fatto, nel qual caso la stessa deve essere proposta al giudice dell'esecuzione."

**Disposizioni applicate**: art. 216 l.f.; artt. 2, 5, 8 e 10 D.Lgs. 74/2000; art. 649 c.p.p.

La principale questione di diritto che la sentenza in analisi affronta riguarda il principio del *ne bis in idem*, poiché la parte ricorrente in cassazione (d'ora in poi, Caio) afferma, tra i motivi di impugnazione, di essere stata già giudicata e condannata per i medesimi fatti in altro procedimento penale.

Nell'ambito del procedimento in esame, infatti, a Caio sono contestati (con condanna confermata in appello) i reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale in relazione al fallimento della società del ricorrente, alla quale per comodità ci si riferisce come Alfa srl. Tuttavia, parallelamente a tale giudizio, il ricorrente ha dovuto affrontare un ulteriore procedimento avente ad oggetto *(i)* il reato di associazione a delinquere finalizzato alla commissione di una serie indeterminata di reati finanziari (artt. 2-5-8 D.Lgs. 74/2000) e *(ii)* l'occultamento di scritture contabili o di documenti di cui è obbligatoria la conservazione in modo da non consentire la ricostruzione dei redditi o del volume di affari, al fine di evadere imposte ovvero di consentire l'evasione a terzi (art. 10 D.Lgs. 74/2000). Questi ultimi reati sono stati commessi da Caio sempre nell'ambito del fallimento della Alfa srl: da ciò deriverebbe, secondo quest'ultimo, la violazione dell'art. 649 c.p.p. e la mancata applicazione del principio del *ne bis in idem*.

La Suprema Corte, nella disamina di tale motivo di impugnazione, effettua una sintetica (ma

piuttosto completa quanto meno secondo la propria giurisprudenza) disamina dello stato dell'arte sul *ne bis in idem*.

La Cassazione ha infatti chiarito che si ha *bis in idem* allorquando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato alla luce degli elementi costitutivi rappresentati da condotta, evento e nesso causale, nonché avendo riguardo alle circostanze di tempo, luogo e persona (Cass., Sez. Un, 28 giugno 2005, n. 34655). Tale impostazione è stata poi avallata dalla Corte costituzionale (C. Cost., 31 maggio 2016, n. 200) a condizione che, nell'applicazione pratica, tutti gli elementi del reato siano assunti nella loro dimensione empirica (e non giuridica). Una simile lettura assicura il massimo dispiegarsi della garanzia del *ne bis in idem*, evitando che la valutazione del giudice sia influenzata da considerazioni (che la Cassazione correttamente definisce "*sempre opinabili*") sulla natura dell'interesse tutelato dalle norme incriminatrici, sui beni giuridici offesi, sulla natura giuridica dell'evento, sul ruolo che ha un medesimo elemento all'interno delle fattispecie, sulle implicazioni penalistiche del fatto e su quant'altro concerne i singoli reati.

Inoltre (sempre alla luce di C. Cost., 31 maggio 2016, n. 200), il fatto è da ritenersi il medesimo anche laddove vi sia un concorso formale tra il reato già irrevocabilmente giudicato e il reato oggetto di nuovo procedimento penale.

Secondo i suddetti criteri, la Cassazione rileva come appaia infondata la violazione del *ne bis in idem*, perché non vi sarebbe identità del fatto tra i reati per i quali Caio è già stato condannato e quelli di bancarotta fraudolenta, esaminati nel procedimento oggetto di ricorso per cassazione.

Quanto al reato di associazione a delinquere finalizzato alla commissione di reati finanziari e tributari, le condotte contestate hanno riguardato l'avvio di un'attività imprenditoriale, unitamente ad altri soggetti, tramite la quale con un articolato meccanismo di frodi è stato totalmente evaso il fisco. In effetti, tali condotte non presentano "*punti di contatto*" con la bancarotta fraudolenta patrimoniale e si presentano perciò empiricamente differenti rispetto a quest'ultima tipologia di reato, con ciò escludendo qualsiasi possibilità di riconduzione delle diverse fattispecie allo stesso fatto-reato.

Quanto sopra, secondo la Suprema Corte, vale anche per i reati tributari *ex* artt. 2, 5, 8 del D.Lgs. 74/2000, perché le fattispecie punite da tali norme penali non hanno elementi in comune con la distrazione delle risorse societarie (che rileva per la bancarotta patrimoniale).

Da ultimo, con riferimento, invece, alla bancarotta fraudolenta documentale, la Suprema Corte ritiene che in effetti si potrebbe ravvisare un conflitto con l'occultamento o la distruzione di documenti contabili di cui all'art. 10 D.Lgs. 74/2000. La Cassazione, tuttavia, ritiene che, quanto meno in astratto, le due fattispecie integrino un concorso formale di reati, non ponendo così problemi in relazione al *ne bis in idem*. Considerato tuttavia che la condotta materiale di entrambe le fattispecie potrebbe coincidere nonché riguardare la medesima documentazione, a conclusione del proprio ragionamento sul punto, la Cassazione sottolinea

come la questione del *bis in idem* possa essere analizzata in sede di legittimità solo laddove non vi sia necessità di accertare elementi di fatto (ma di mero diritto); altrimenti, la relativa domanda andrebbe posta al giudice dell'esecuzione.

In conclusione, tra i reati di bancarotta fraudolenta documentale (art. 216 l.f.) e l'occultamento o la distruzione di documenti contabili (art. 10 D.Lgs. 74/2000) vi sarebbe concorso formale di reati; tuttavia, qualora un soggetto sia già stato giudicato per l'uno e vi sia un nuovo procedimento in corso per l'altro, aventi ad oggetto la medesima documentazione, si ravviserebbe un'ipotesi di *bis in idem*. Se ciò dovesse verificarsi, l'azione penale deve essere dichiarata improcedibile, oppure in caso di condanna la seconda pronuncia deve essere annullata in sede di esecuzione.

**Procedure concorsuali e Diritto fallimentare**

# *Presunzione della natura solutoria dei versamenti del correntista fallito e patti contrari stipulati tra banca e cliente: ulteriori riflessioni sulla revocabilità delle rimesse bancarie in conto corrente*

di **Giulia Ferrari**

**Cass. Civ., sez. I, Ord. 30.06.2020 n. 13175 – Pres. Cristiano – Rel. Amatore**

**Parole chiave**: Fallimento, revocatoria fallimentare, rimesse bancarie, conto corrente, scoperto di conto corrente, apertura di credito, pagamenti, natura solutoria, operazioni bilanciate, operazioni di rientro.

**Massima**: Per escludersi la natura solutoria delle rimesse bancarie accreditate su in conto corrente scoperto è necessaria l'esistenza di accordi tra la banca e il cliente che consentano di caratterizzare la rimessa non come un'operazione di rientro, ma quale specifica provvista per una speculare operazione a debito, sia essa un pagamento a favore di terzi o un prelievo del cliente.

Il versamento su conto scoperto conserva pertanto, in generale, natura solutoria salvo non sia intervenuta una pattuizione di segno contrario che renda il credito della banca non esigibile e alla rimessa di assumere la funzione di pagamento. E' onere della banca fornire prova di tale pattuizione che, qualora non derivi da atto scritto, può essere desunta da *facta concludentia,* purchè la specularità delle operazioni ne evidenzi con certezza lo stretto collegamento negoziale.

**Disposizioni applicate**: R.D. 16 marzo 1942, n. 267: art. 67 comma 2 e comma 3 lett. b).

**CASO**

In parziale accoglimento della domanda revocatoria ex art. 67 comma 2 L.F. di Alfa S.p.a. in liquidazione ed amministrazione straordinaria, il Tribunale di Monza dichiarò l'inefficacia di alcune rimesse, giudicate solutorie, accreditate sul conto corrente acceso presso Banca Beta dalla società quando ancora *in bonis*. Il Tribunale, diversamente da quanto preteso dalla Procedura, con riferimento al presupposto soggettivo dell'azione revocatoria – ossia alla conoscenza da parte della banca dello stato di insolvenza (*scientia decotionis)* – affermò che lo stesso poteva ritenersi sussistente non per l'intero periodo sospetto (6 mesi antecedenti al fallimento), ma per il solo periodo nel quale tale presupposto soggettivo fosse dimostrato,

ancorchè in via presuntiva, tenuto conto delle movimentazioni del conto, della conoscenza da parte della banca dei dati di bilancio della società, dei dati della centrale rischi e delle notizie di stampa.

Con riferimento alla quantificazione delle rimesse revocabili, il Tribunale affermò che – avendo riferimento all'arco temporale in cui sussisteva il presupposto soggettivo della *scientia decotionis* – all'ammontare dei versamenti accreditati sul conto scoperto dovevano detrarsi quelli imputabili alle c.d. partite bilanciate, desumibili dalla contestualità tra data di disponibilità della provvista e quella di effettuazione del pagamento a terzi; a tale conclusione il Giudice di prime cure giunse nonostante la mancata prova di una pattuizione specifica tra le parti da cui si evincesse la finalità non solutoria delle rimesse. La decisione, impugnata da entrambe le parti, è stata riformata in minima parte dalla Corte d'Appello, la quale, in accoglimento dell'appello incidentale della banca, ha rideterminato l'ammontare delle rimesse revocabili sulla base del criterio del saldo giornaliero e non infragiornaliero adottato dal Tribunale di prime cure. Alfa S.p.a. in liquidazione e amministrazione straordinaria propose ricorso per Cassazione lamentando che il Giudice a quo abbia ritenuto detraibili dall'ammontare dei versamenti solutori, quelli riferibili ad "operazioni bilanciate" per il solo fatto della prossimità cronologica delle partite di segno opposto, nonostante la banca non avesse addotto alcun elemento di prova della sussistenza di un accorto con la cliente volto a far assegnare a future rimesse la specifica funzione di provvista per successivi prelievi .

**SOLUZIONE**

La Corte di Cassazione ha affermato che per potersi escludere la natura solutoria delle rimesse bancarie accreditate su un conto scoperto è necessaria l'esistenza di accordi tra banca e cliente volti ad attribuire alle future rimesse la specifica funzione di provvista per successivi prelievi o per pagamenti a favore di terzi. Ha altresì precisato che è onere della banca fornire la prova di tale pattuizione, che qualora non possa essere data attraverso produzione documentale di un atto scritto, può anche essere desunta da fatti concludenti purché la specularità delle operazioni ne evidenzi con certezza lo stretto collegamento negoziale. Il ricorso di Alfa è stato quindi parzialmente accolto e la sentenza cassata con rinvio alla Corte d'Appello di Milano.

**QUESTIONI**

Con la pronuncia oggetto di commento la Suprema Corte torna, dopo poco più di un anno (c.f.r. Cass. 9.01.19 n. 277), ad interessarsi del tema controverso e dibattuto della revocabilità delle rimesse in conto corrente e quindi dell'interpretazione dell'art. 67 comma 3 lettera b L.F.

Ricordiamo che, inizialmente priva di una precisa disciplina normativa, la revocatoria dei versamenti del correntista, poi fallito, sul conto corrente bancario è stata oggetto di oscillazioni giurisprudenziali si dagli anni '70, assestatesi intorno agli anni '90 con il consolidamento del principio, affermato dalla Suprema Corte, secondo il quale il *discrimen* ai fini della revocabilità delle rimesse era la loro funzione: le rimesse con finalità "solutoria"

afferenti a conti "scoperti", non assistiti da apertura di credito, o con saldo eccedente l'affidamento concesso, venivano ritenute lesive della par condicio creditorum e quindi revocabili, mentre legittime venivano considerate quelle semplicemente "ripristinatorie" della provvista.

Il legislatore della riforma del 2005 (D.L. n. 35/2005, convertito, con modificazioni, nella L. n. 80/2005) ha radicalmente modificato il sistema previgente della revocatoria fallimentare, introducendo la previsione dell'art. 67 comma 3 lett. b) L.F. secondo cui le rimesse effettuate su un conto corrente bancario non sono revocabili purchè non abbiano ridotto consistentemente e durevolmente l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca. La novella ha quindi introdotto un criterio diverso e di tipo sostanzialistico, che va oltre la mera finalità della rimessa solutoria o ripristinatoria e valorizza il risultato concreto del prodursi o non prodursi di una neutralizzazione dell'esposizione della banca in ragione di successive operazioni eseguite sul conto.

Con la sentenza del 2019 sopra citata, la prima sul tema dopo la riforma del 2005, la Suprema Corte ribadisce tale approccio affermando che "i*n tema di azione revocatoria fallimentare, l'art. 67, comma2, lett. b), R.D. n. 267/1942 (nel testo modificato dal D.L. n. 35/2005, convertito, con modificazioni, nella L. n. 80/2005), prescinde dalla natura solutoria o ripristinatoria della rimessa e quindi dal fatto che la stessa afferisca a un conto scoperto o solo passivo, ma impone al giudice del merito di accertare la revocabilità della rimessa stessa avendo riguardo, oltre che alla consistenza, alla durevolezza di essa: accertamento che non può essere surrogato dalla semplice quantificazione della differenza tra l'ammontare massimo raggiunto dalle pretese della banca nel periodo per il quale è provata la conoscenza dello stato di insolvenza e l'ammontare residuo delle stesse alla data in cui si è aperto il concorso, come previsto dal successivo art. 70, comma 3 (nel testo novellato dal cit. D.L. n. 35/2005 e modificato, da ultimo, dalla L. n. 169/2008), giacché quest'ultima disposizione indica solo il limite massimo dell'importo che il convenuto in revocatoria può essere tenuto a restituire*".

La sentenza in commento pare discostarsi, nell'approccio, dai principi di diritto enunciati nella pronuncia del 2019, e ritornare al criterio della funzionalità ed in particolare alla natura solutoria della rimessa (e alla rilevanza della prova di tale natura) quale elemento qualificante ai fini della revocabilità.

La questione nello specifico riguarda la qualificazione e quantificazione delle rimesse revocabili ed in particolare la detraibilità dall'ammontare delle rimesse considerate solutorie di alcune "partite bilanciate" relative a successive operazioni eseguite sul conto. Ricordiamo che con "operazioni bilanciate" si intendono quei versamenti su conto corrente, effettuati dallo stesso correntista o da terzi soggetti, speculari a specifiche operazioni di prelevamento da parte del medesimo o di pagamento a favore di terzi, come ad esempio il rilascio di un assegno circolare o l'esecuzione di un bonifico. Con riferimento a tali operazioni di accredito e di addebito la banca si limita ad operare come mero fornitore di servizi bancari e dare corso agli ordini del correntista, non traendone alcun ingiusto beneficio e rispettando così il principio della *par condicio*.

La Corte d'Appello aveva infatti ridotto l'ammontare delle rimesse revocabili in considerazione della rilevazione sul conto di alcune operazioni di segno opposto tra di loro cronologicamente vicine, ritenute legittime.

Gli Ermellini, nell'arresto in esame, hanno invece affermato che le rimesse eseguite su un conto corrente scoperto si presumono solutorie, e come tali revocabili; hanno altresì sostanzialmente affermato che per poter superare tale presunzione e quindi operare la riduzione delle somme revocabili per effetto di operazioni speculari non è sufficiente che tali operazioni siano cronologicamente vicine ma è necessaria l'esistenza di un accordo tra banca e cliente che specifichi che la rimessa debba essere destinata ad una funzione non solutoria ossia appunto alla costituzione di provvista per futuri prelievi o al pagamento a favore di terzi. Dell'esistenza di tale accordo, ad avviso dei Giudici di legittimità, deve dare prova la Banca la quale, qualora non sia in grado di dimostrare che il patto derivi da atto scritto, può darne prova per fatti concludenti purché la specularità delle operazioni evidenzi con certezza lo stretto collegamento negoziale tra le operazioni stesse.

**Diritto Bancario**

# *La cointestazione di un conto corrente bancario nella giurisprudenza di legittimità*

di **Fabio Fiorucci**

La giurisprudenza di legittimità ha costantemente affermato, in via di carattere generale, che la cointestazione di un conto corrente, attribuendo agli intestatari la qualità di creditori o debitori solidali dei saldi del conto (art. 1854 c.c.) sia nei confronti dei terzi, che nei rapporti interni, fa presumere la contitolarità dell'oggetto del contratto (art. 1298, secondo comma, c.c.), ma tale presunzione dà luogo soltanto all'inversione dell'onere probatorio, e può essere superata attraverso presunzioni semplici – purché gravi, precise e concordanti – dalla parte che deduca una situazione giuridica diversa da quella risultante dalla cointestazione stessa (Cass. n. 11375/2019; Cass. n. 28839/2008; Cass. n. 4496/2010; Cass. n. 18777/2015).

È stato pure chiarito che la cointestazione di un conto corrente, salvo prova di diversa volontà delle parti (ad es dell'esistenza di un contratto di cui la cointestazione fosse atto esecutivo ovvero del fatto che la cointestazione costituisca una proposta contrattuale, accettata per comportamento concludente), è di per sé atto unilaterale idoneo a trasferire la legittimazione ad operare sul conto (e, quindi, rappresenta una forma di procura), ma non anche la titolarità del credito, in quanto il trasferimento della proprietà del contenuto di un conto corrente (ovvero dell'intestazione del deposito titoli che la banca detiene per conto del cliente) è una forma di cessione del credito (che il correntista ha verso la banca) e, quindi, presuppone un contratto tra cedente e cessionario (Cass. n. 21963/2019, che richiama Cass. n. 13614/2013).

Più di recente, la Cassazione ha stabilito che nel conto corrente bancario intestato a due o più persone, i rapporti interni tra correntisti non sono regolati dall'art. 1854 c.c., riguardante i rapporti con la banca, bensì dall'art. 1298, comma 2, c.c. in base al quale debito e credito solidale si dividono in quote uguali, solo se non risulti diversamente.

Di conseguenza, non solo si deve escludere, ove il saldo attivo derivi dal versamento di somme di pertinenza di uno solo dei correntisti, che l'altro possa, nel rapporto interno, avanzare pretese su tale saldo ma, ove anche non si ritenga superata la detta presunzione di parità delle parti, va altresì escluso che, nei rapporti interni, ciascun cointestatario, anche se avente facoltà di compiere operazioni disgiuntamente, possa disporre in proprio favore, senza il consenso espresso o tacito dell'altro, della somma depositata in misura eccedente la quota parte di sua spettanza, e ciò in relazione sia al saldo finale del conto, sia all'intero svolgimento del rapporto (Cass. n. 15966/2020).

In ambito penale, infine, Cass. pen., VI Sezione, n. 25427/2020, ha chiarito che il sequestro

totalitario finalizzato alla confisca diretta del denaro in giacenza sul conto corrente cointestato all'indagato può essere disposta non sulla base di presunzioni ma di una verifica, anche solo indiziaria, che il conto stesso è alimentato solo da somme dell'indagato; diversamente, la misura cautelare deve essere circoscritta alle somme direttamente riconducibili all'indagato.

**Nuove tecnologie e Studio digitale**

# *La leadership nello studio legale cambia volto*

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

Di leadership fino a qualche anno addietro non se ne parlava certo. Questo termine inglese non apparteneva alla cultura italiana e tantomeno a quella giuridica e legale. La figura, di latina memoria, che da sempre campeggiava in studio era il *dominus*, il "padrone di casa". Già il termine dispiegava tutta la sua portata alla sola pronuncia: *dominus* è il titolare di studio, colui che ha fondato e conduce lo studio. Il progetto professionale per tutta la vita del *dominus* restava saldamente nelle sue mani e intorno a lui si riconoscevano solo giovani leve che ringraziavano per la bontà prestata nell'accoglierli alla pratica legale e la segretaria tuttofare, che come un'ombra portava a termine tutte incombenze che necessitava lo studio per funzionare quotidianamente. Punto. Il resto non c'era. Zero organizzazione, zero comunicazione, zero condivisione, poco o nessun coinvolgimento nei progetti di studio. Anzi, il buon praticante, una volta passato l'esame di abilitazione, diventata quasi sempre una potenziale spina nel fianco, una minaccia. Ecco che come un figlio deve cambiare casa per poter avviare la propria vita con regole proprie, così l'ex praticante, ora neo-avvocato (un tempo procuratore legale), prendeva le cose e si avviava verso la creazione del proprio studio. La storia si ripeteva di generazione in generazione, all'infinito.

**La prima svolta: il 2008**

Dopo circa sessant'anni di storia ciclica (partendo dalla neo Repubblica italiana), qualcosa comincia a cambiare nel 2008, anno della grande crisi economica e finanziaria che, partita dagli USA con il crollo Lehman Brothers, giungerà sulle coste italiane da lì a poco. Una seppur piccola percentuale di studi professionali, meno del 10% comincia ad interrogarsi sul come organizzare la professione per poter rimanere al passo con i tempi e così utilizzare al meglio gli strumenti che la tecnologia offre. Cominciano a comparire gli studi associati, le società tra professionisti e le prime reti di professionisti, i network. Soprattutto nel nord Italia e in particolare in Lombardia e Veneto gli studi cominciano a strutturarsi sul modello organizzativo aziendale, con all'interno professionisti, staff e manager. Quegli stessi studi capiscono l'importanza della comunicazione e del marketing per il proprio business, fornendo il proprio studio di un sito Internet e di una presenza sui social network. Qualcuno inserisce nell'organico vere e proprie figure dedicate, come marketing manager e office manager. Si dotano così di un business plan, di un business model, di software e gestionali evoluti. La maggior parte, tuttavia, continua anche se con fatica a condurre la professione vecchia maniera. Questo fino ad oggi, dove la pandemia e il lockdown hanno rappresentano veri e propri tsunami innovativi, costringendo chiunque a confrontarsi con il cambiamento dentro e fuori lo studio professionale. Dal 2020 le cose saranno necessariamente organizzate diversamente, indipendentemente dalla dimensione dello studio o dalla sua geolocalizzazione.

Il perché? Per la semplice ragione che non ci sono più alternative: o si innova e si fa quello scatto in avanti come mentalità e approccio alla professione, o con buone probabilità si è destinati a non sopravvivere professionalmente a questo periodo e a ciò che porterà.

**Leadership e vision in studio**

Questo breve *excursus* ci fa capire perché oggi la figura del *dominus* non ha più ragion d'essere e risulta anacronistica. Lo studio professionale, indipendentemente dalla dimensione, ha bisogno di una guida, di una rotta da seguire e di un team affiatato che la segua con determinazione. Essere performanti sul mercato vorrà dire avere qualità di servizi, certo, ma con logica manageriale e imprenditoriale. Procedere "a braccio", seguire l'istinto e attendere con il passaparola i risultati potrebbe decisamente non essere una buona strategia, anche se in passato per diverse generazioni ha funzionato. Bisogna capire che quella che stiamo vivendo non è un cambiamento, una evoluzione; è una rivoluzione, è una trasformazione copernicana di quanto prima si conosceva sul mercato dei professionisti e sullo studio professionale. Chi si trova a gestire ora uno studio potrà utilizzare tutto sommato ben poco dell'esperienza pregressa, in quanto molte dinamiche sono nuove per tutti. Pensate a chi oggi esercita la professione in co-working, oppure a chi ha parte dei collaboratori in smart working, o ancora chi si trova a lavorare stabilmente in network con accordi di rete professionale. Insomma, molti meccanismi sono fenomeni affrontati per la prima volta e quindi non possono attingere alle precedenti generazioni per trarre esperienza.

Questo deve essere anche il ruolo del leader di studio oggi. Deve essere il primo innovatore, il primo ad avere progetti chiari e saper comunicare per coinvolgere gli altri su tali progetti. Il leader non è il dominus, inteso come proprietario, titolare di studio. Il leader è una figura di guida, di stimolo, di ispirazione che potrebbe anche non corrispondere con il titolare di studio. Quello spesso coincide più con la figura del boss. Un leader è un aggregatore di cervelli, sa cosa serve nel proprio team e non ha paura di cercare e selezionare sul mercato le risorse adatte.

Inoltre, il leader è mosso da una vision, quindi obiettivi appassionati, che possono coinvolgere tutti e non sono individualistici e personali.

**CONTINUA A LEGGERE**