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

Edizione di martedì 13 ottobre 2020

Obbligazioni e contratti

La rinegoziazione per legge...: è la "panacea" per la salvezza dei contratti di durata travolti da eventi straordinari, imprevedibili e sopravvenuti – (anche... Covid 19)?
di **Saverio Luppino**

Procedimenti di cognizione e ADR

Sul regime della rilevabilità dei vizi conseguenti alla violazione dei divieti di prova testimoniale ex art. 2725 c.c.
di **Massimo Montanari**

Procedimenti cautelari e monitori

Condizioni e limiti della tutela risarcitoria nell'esecuzione esattoriale
di **Paolo Cagliari**

Obbligazioni e contratti

Contratto di mediazione e vessatorietà della clausola contrattuale che attribuisce al mediatore un compenso anche in caso di recesso del preponente
di **Emanuela Ruffo**

Proprietà e diritti reali

Compravendita: garanzia per vizi della cosa venduta. Termine annuale e cause interruttive
di **Saverio Luppino**

Diritto e procedimento di famiglia

Non revocabile l'assegno divorzile per nuova convivenza della ex se già nota al momento della sentenza di divorzio

di **Giuseppina Vassallo**

Diritto e reati societari

È possibile escludere il socio di una S.r.l. al di fuori delle cause di esclusione espressamente previste nello Statuto?
di **Dario Zanotti**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Insolvenza transfrontaliera: la Corte di Giustizia affronta il tema del centro degli interessi principali della persona fisica che non esercita attività imprenditoriale o lavoro autonomo e considera prevalente il criterio della residenza abituale
di **Chiara Zamboni**

Diritto Bancario

Promemoria interessi, usura e mutui secondo la Cassazione
di **Fabio Fiorucci**

Nuove tecnologie e Studio digitale

A tutto podcast: anche gli avvocati scoprono il valore dell'audio
di **Mario Alberto Catarozzo - Business Coach e Formatore**

Obbligazioni e contratti

La rinegoziazione per legge...: è la "panacea" per la salvezza dei contratti di durata travolti da eventi straordinari, imprevedibili e sopravvenuti – (anche... Covid 19)?

di **Saverio Luppino**

Considerazioni *de iure condendo*, al Disegno di legge, Senato della Repubblica XVIII Legislatura, n.1151: "Delega al governo per la revisione del codice civile".

1. **La tutela del "contraente debole" nei contratti di durata.**

Lo slancio del Legislatore non ha tardato a manifestarsi allorquando, purtroppo, l'impatto devastante degli effetti della pandemia da Covid-19, hanno permeato ogni area della nostra vita ed in particolare l'economia.

Nel corso dei mesi direttamente coinvolti dal *lockdown* e in quelli successivi, si è assistito ad un impatto della crisi recessiva – anche l'autore, come altri, hanno accennato al "cigno nero" – con effetti da "tsunami", specie nei rapporti di durata, contratti ad esecuzione continuata e periodica, con esposizione specifica per i contratti di locazione commerciale.

Dottrina [1]e giurisprudenza hanno affrontato e provato a risolvere, non univocamente, la scelta dei rimedi che l'ordinamento offre per fronteggiare l'emergenza e "conservare" il contratto, tutelando la posizione del contraente "debole".

Sembrerebbe che l'evento pandemico abbia fatto "breccia" su uno dei cardini essenziali del sistema di diritto, legato alla conservazione del contratto, a quanto pare, di Ulpianea memoria : "*pacta sunt servanda"*, contemperandolo con l'altro principio cardine "*rebus sic stantibus*", quale fonte riequilibratrice della posizione delle parti, allorquando eventi imprevedibili, straordinari e sopravvenuti alla stipulazione del contratto, alterino l'equilibrio del rapporto, a detrimento di una parte (debole) rispetto all'altra.

L'applicazione dei rimedi o come suggerirebbe una lettura scientifica di approccio al problema, la **"risposta immunitaria/il vaccino**", ha segnato da una parte, il richiamo ad una ardita impostazione dottrinaria, rivolta ad una "generale rivisitazione del fatto storico e della causa del contratto"[2], e dall'altra, si sono susseguiti gli approcci più tradizionali, indirizzati ai rimedi: **sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione ed sull'eccessiva onerosità**, finalizzati a garantire al contraente debole un rimedio efficace, a fronte dello squilibrio della prestazione (sinallagma), causato dall'evento straordinario ed imprevedibile, tanto più che nella fase esecutiva dei contratti sinallagmatici, l'una prestazione è in funzione dell'altra, con il che le

vicende che influenzano la prima si riverberano anche sull'altra prestazione.

D'altra parte, come si scriveva l'applicazione *tout court* dei rimedi tradizionali/classici, ha dato corso ad una serie di pronunce della giurisprudenza di merito contrastanti, ove a fronte del medesimo approccio sistematico del problema, le varie curie, hanno ritenuto applicare differenti rimedi, non sempre in guisa della protezione del contraete debole e/o affrontando correttamente il problema dal punto di vista dell'unicità dell'evento epidemiologico, senza ricondurlo a sistema.

Ciò che certamente è emerso più di recente, con riferimento all'utilizzo del ricorso d'urgenza ex articolo 700 cpc, per "paralizzare" gli effetti dell'escussione delle garanzie fideiussorie collegate all'adempimento delle obbligazioni di pagamento dei canoni delle locazioni commerciali, risulta essere **la valorizzazione del principio di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto e del vincolo di solidarietà ex articolo 2 Costituzione**[3]**.**

Infatti, testualmente nel provvedimento richiamato in nota, tra i più recenti, vengono evocati i richiami della dottrina sul punto"...*lo strumento della risoluzione del contratto squilibrato volta alla cancellazione del contratto (1467, comma 3, cc), nella misura in cui quest'ultimo non contenga alcuna clausola di rinegoziazione derogatrice della disciplina legale, soprattutto per i contratti commerciali a lungo termine, possa in alcuni casi* ***non essere opportuna e non rispondente all'interesse della stessa parte che, subendo l'aggravamento della propria posizione contrattuale, è legittimata solo a chiedere la risoluzione del contratto squilibrato e non anche la sua conservazione con equa rettifica delle condizioni contrattuali squilibrate****"*. Così, proprio facendo applicazione del principio *"rebus sic stantibus"* e in mancanza di un generale **obbligo** di rinegoziazione, coraggiosamente il giudice capitolino ha fatto applicazione della c.d. "buona fede integrativa" e riportato in equilibrio il contratto, a seguito di rifiuto del contraente "forte" (il locatore) di rinegoziare, disponendo una riduzione/abbattimento percentuale del canone di locazione anche per i mesi successivi al *lockdown* e futuri: "da giugno 2020 a marzo 2021...".

La pronuncia del giudice capitolino non si presenta quale unico provvedimento isolato nel panorama giurisprudenziale "emergenziale", in quanto, anche altra ordinanza cautelare del tribunale felsineo[4], ha magistralmente allargato la prospettiva di applicazione dell'articolo 91 d.l. 18/2020, in ragione della "*valutazione* ***attenuata*** *dell'inadempimento, sotto il profilo delle obbligazioni dei contratti sinallagmatici",* affermando che: *"...****inadempimenti che, in condizioni normali, sono di non scarsa importanza, possono ricevere una valutazione di scarsa importanza, invece in periodo di pandemia****. In tal modo non consentendosi la risoluzione....omissis...La attenuazione del rigore può probabilmente riguardare anche clausole ex art. 1456 c.c., limitandone l'operatività; meno facilmente, il termine essenziale".*

La necessità di un approccio autorevole e pragmatico del problema "sorte delle obbligazioni contrattuali e valutazione dell'inadempimento", è stata immediatamente avvertita dalla dottrina [5], non senza rilevare il limite fisiologico che le **obbligazioni pecuniarie** non possono divenire impossibili, ma semmai, solo **soggettivamente inattuabili**, in ragioni di assenza di flussi finanziari: "*genus nunquam perit*"[6], con il che il Massimario della Cassazione è

pervenuto alla pubblicazione dello studio di cui al paragrafo seguente.

2. **La relazione tematica dell'ufficio del Massimario della Cassazione (8.7.2020)**

A fronte di un'avvertita esigenza di chiarezza e soprattutto di richiesta di univocità degli orientamenti giurisprudenziali di merito, è intervenuto l'ufficio del Massimario della Cassazione, che con uno studio ricco di spunti, anche per quanto si scriverà de iure condendo al disegno di legge del legislatore, ha affrontato con approccio sistematico il problema, giungendo a concludere **per l'insufficienza dei rimedi classici offerti dall'ordinamento** e la necessità di un: "*intervento eteronomo del giudice di integrazione del rapporto divenuto iniquo…La rinegoziazione implica l'obbligo di contrarre secondo le condizioni che risultano giuste avuto riguardo ai parametri risultanti dal testo originario del contratto, riconsiderati alla luce dei nuovi eventi imprevedibili e sopravvenuti. Qualora le due parti siano disponibili s'incontrano e concludono; qualora una della due si neghi, è il giudice a decidere*".

Il ragionamento dei giudici del Massimario conclude per un'applicazione estensiva dell'articolo 2932 c.c., non senza chiarire che: "*il ricorso all'articolo 2932 c.c. non assicura che la parte che subisce la sentenza adempia le nuove condizioni da essa stabilite. Eppure esso consente, per il fatto in cui si rifiuti di rispettarle, una commisurazione agevole e maggiormente attendibile del danno risarcibile*".

Certamente l'approccio sistematico offerto dall'ufficio del Massimario presenta una lettura differente ed originale del problema e rifugge per sua stessa affermazione da: "rimedi eccentrici", ricorrendo a difesa del diritto positivo, alla **"rimodulazione estensiva di un mezzo già previsto".**

A parere di chi commenta, essa presta il fianco a tutti i limiti connaturati e sino ad oggi conosciuti all'esclusività del rimedio offerto dall'articolo 2932 c.c.: "esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto", ed alla circostanza che il rimedio è offerto se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie la propria obbligazione, viceversa nel caso di specie, parrebbe più appropriato il richiamo non già ad un'assoluta assenza della prestazione da parte di uno dei due contraenti, bensì all'impossibilità di adempiere la propria prestazione a causa di un fatto straordinario, imprevedibile e sopravvenuto, da ciò indipendente dalla sua specifica volontà.

Viceversa il rimedio di cui all'articolo 2932 c.c. pare essere circoscritto, a parere di chi scrive e di altra dottrina[7], ad altro campo di azione e non giuridicamente estendibile, proprio in quanto, il rimedio risulta solitamente applicabile allorquando l'oggetto del contratto sia determinato dalle parti prima ed al di fuori dell'intervento del giudice, il quale, attraverso la sentenza di coattivo adempimento, consentirà pervenire agli effetti del contratto non concluso.

Per sottacere sulle concrete difficoltà operative, che in assenza di univoca interpretazione della volontà delle parti, potrebbe fare pervenire il giudice ad un criterio soggettivo o

arbitrario, laddove si allontanasse – come nell'applicazione normale e non "estensiva" dell'articolo 2932 c.c. – dalla regolamentazione contrattuale voluta dalle parti.

3. **La conservazione del contratto, la rinegoziazione le influenze internazionali di *hardship*; il disegno di legge con delega al Governo.**

Si è già scritto e criticato, in maniera pacata, che un approccio corretto e sistematico del problema, connaturato al riequilibrio delle posizioni contrattuali delle parti, di fronte ad eventi che presentano quel carattere di straordinarietà ed imprevedibilità, non può essere solo concretamente risolto con il ricorso alle categorie giuridiche esistenti e sul piano della dogmatica civilistica attuale.

Risulta noto che la questione attinente all'adeguamento delle condizioni contrattuali delle parti è stato risolto in altri ordinamenti di *civil law* (Germania e Francia), attraverso il ricorso ad un adeguato apparato normativo, che in presenza di eventi straordinari ed imprevedibili sopravvenuti, obbliga di fatto le parti ad una rinegoziazione del contratto, in assenza della quale può intervenite il giudice di imperio, attraverso l'esercizio di "**equità correttiva**"[8], peraltro nota dalla stessa giurisprudenza di Cassazione, la quale ha riconosciuto all'autorità giurisdizionale: "*generale governo giudiziale della discrezionalità contrattuale, attribuito al giudice grazie al canone di buona fede";* "Governo" di cui i pronunciamenti di merito citati e susseguitisi nei mesi precedenti, hanno fatto buon uso.

Del resto, costituisce fulgido esempio di applicazione di un rigido criterio di obbligo di rinegoziazione del contratto, la contrattualistica internazionale attraverso la figura delle clausole di *hardship*[9]; chi scrive argomentava ed auspicava un intervento legislativo *de iure condendo*, che colmasse il gap presente con gli altri ordinamenti stranieri, assicurando anche in Italia, attraverso le modifiche al codice civile, un meccanismo simile all'*hardship*, peraltro, non ignoto nel nostro ordinamento, che di fatto, in materia di appalto (art. 1660 c.c., comma 1), in caso di assenza di accordo delle parti sulle varianti al progetto e sul prezzo, consentiva al giudice di intervenire equitativamente, senza necessità di risolvere il contratto, ma per riequilibralo e conservarlo.

Così come autorevolmente sostenuto il precetto di buona fede (1175, 1366, 1374 e 1375 c.c.) in materia contrattuale è norma immanente nell'intero sistema giuridico, "**possedendo valore di ordine pubblico**", ed espressione del dovere di solidarietà costituzionalmente sancito dall'articolo 2 Cost.: ***"ogni interpretazione restrittiva della clausola generale anzidetta smarrisce ogni significato";*** si tratta di accantonare la rigidità delle categorie giuridiche ed approcciare il contenuto della "buona fede" sotto un profilo dinamico, che aiuti le parti alla conservazione, sempre e comunque del contratto, ed al riequilibrio delle prestazioni, attraverso la rinegoziazione, e per il raggiungimento delle finalità comuni, secondo la causa del contratto medesimo.

Proprio partendo da questo dato ineludibile e dalla conclamata esigenza di salvaguardare i rapporti economici sottostanti ai contratti ed a baluardo dell'intero sistema produttivo, che il

legislatore si è approcciato de iure condendo con **il disegno di legge** in commento, nel quale attraverso la rinegoziazione *ex lege* possa evitarsi la cessazione del contratto e la rigida applicazione dei tradizionali rimedi della risoluzione del risarcimento del danno.

Si legge nella relazione tecnica del disegno di legge: "*sempre nell'ambito dei rapporti contrattuali, si prevede di disciplinare il diritto delle parti a pretendere la rinegoziazione dei contratti secondo buona fede qualora divengano eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, ovvero di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali, qualora non si raggiunga un accordo tra le parti*".

Il percorso sul quale il legislatore si affida sembra quello di introdurre "***nuovi schemi contrattuali tipizzati***", nonché un obbligo inderogabile, anch'esso tipizzato, di "comunicare un'informazione di rilevo determinante per il consenso", quando la controparte la ignori e "abbia fatto affidamento sulla lealtà della controparte"; il che secondo le intenzioni del legislatore consentirebbe superare ogni incertezza dottrinaria e giurisprudenziale sull'interpretazione dell'articolo 1337 c.c., sull'obbligo di informare ed informarsi.

Accanto alla simmetria degli obblighi informativi, il disegno di legge si occupa di contemplare un rimedio di generale applicazione rivolto a ripristinare l'equilibrio delle prestazioni delle parti in ragioni di quelle che denomina "sopravvenienze" che comporterebbero, in applicazione dei rimedi tradizionali, la "caducazione del contratto".

In altri termini le previsioni oggetto del disegno di legge, consentirebbero, in ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto, **la possibilità di pretendere la rinegoziazione del contratto secondo buona fede e prevedendo in caso di mancato accordo, l'intervento del giudice cui può essere richiesto "l'adeguamento delle condizioni contrattuali",** intervento in linea con il principio solidaristico cui è ispirata la Costituzione (art. 2) e con gli altri ordinamenti europei, che consentono l'ausilio del giudice a tutela dei contraenti "deboli" e dei contratti "asimmetrici".

Chi scrive profetizzava un intervento del legislatore nella subietta materia, lamentando la carenza delle categorie giuridiche tradizionali ed i limiti degli istituti cui fare riferimento, attesa l'assoluta centralità della buona fede oggettiva anche nella fase esecutiva del contratto ed attraverso una coraggiosa azione correttiva/adeguatrice/creatrice della giurisprudenza, la cui risposta non è tardata e che di fatto ha accelerato lo spunto del legislatore verso **una soluzione de iure condendo, strutturale e di sistema, che auspichiamo di leggere presto sul nuovo codice civile riformato**.

[1] Fra i primi commentatori: Saverio Luppino, "I canoni di locazione ai tempi del Coronavirus", Maggioli 2020; ed a seguire: Benedetti-Natoli, Macario, Cuffaro, Salinitro, Gentili, Di Marzio.

[2] Berti C. e De Paola B., Il fatto storico Covid-19 come criterio di riqualificazione dell'atto e del rapporto

[3] Tribunale di Roma, 27.8.2020, accoglimento/ordinanza ex articolo 700 cpc, giudice Grauso, su il caso.it

[4] Tribunale civile di Bologna, 04.06.2020, ordinanza, giudice M. D'Orazi, su Giuraemilia 15.6.2020

[5] Aldo Angelo Dolmetta: "Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per misure di contenimento pandemico, articolo in Crisi d'impresa e insolvenza, 23.4.2020.

[6] Cass. civ. 30.4.2012 n.6594, in Giust civ., 2013,),I.

[7] Gentili, La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto, in Contratto e impresa, 2003,667.

[8] Luppino S., op cit

[9] Contratti di commercio internazionale, Unidroit, 6.2.3.

Procedimenti di cognizione e ADR

Sul regime della rilevabilità dei vizi conseguenti alla violazione dei divieti di prova testimoniale ex art. 2725 c.c.

di **Massimo Montanari**

Cass., Sez. Un., 5 agosto 2020, n. 16723 Pres. Mammone – Rel. Scarpa

Procedimento civile – Istruzione probatoria – Contratti per i quali è richiesta la forma scritta *ad probationem* – Divieto di prova testimoniale – Violazione – Rilevabilità d'ufficio della conseguente nullità – Esclusione (C.C. artt. 1967, 2721, 2725; C.p.c. art. 157)

[1] *L'inammissibilità della prova testimoniale di un contratto che deve essere provato per iscritto, ai sensi dell'art. 2725 c.c., comma 1, attenendo alla tutela processuale di interessi privati, non può essere rilevata d'ufficio, ma deve essere eccepita dalla parte interessata prima dell'ammissione del mezzo istruttorio; qualora, nonostante l'eccezione d'inammissibilità, la prova sia stata egualmente assunta, è onere della parte interessata opporne la nullità secondo le modalità dettate dall'art. 157 c.p.c., comma 2, rimanendo la stessa ritualmente acquisita, senza che detta nullità possa più essere fatta valere in sede di impugnazione.*

CASO

[1] All'origine del provvedimento in epigrafe è la compravendita di una partita di frutta, che aveva portato all'emissione di due distinte fatture commerciali, una soltanto delle quali regolarmente evasa dall'acquirente. Avverso il decreto ingiuntivo ottenuto da parte venditrice ai fini del saldo dell'altra fattura, era stata, però, proposta opposizione ai sensi dell'art. 645 c.p.c., sfociata nella revoca del contestato provvedimento monitorio sulla base del rilievo di una sopravvenuta risoluzione consensuale del contratto, per effetto della quale l'importo del credito inizialmente vantato dall'ingiungente era stato ridotto in misura corrispondente a quella della fattura dianzi integralmente pagata.

Soccombente nel primo grado del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, parte creditrice ha visto però riconosciute le proprie ragioni in appello: dove, riqualificata la dedotta fattispecie di risoluzione consensuale del contratto nei termini di un autentico negozio transattivo, come tale suscettivo di prova solamente per iscritto, giusta le previsioni dell'art. 1967 c.c., s'è concluso nel senso che, dell'accordo che sarebbe intercorso tra le parti in vista della decurtazione del prezzo originariamente pattuito, era mancata la prova, visto che gli accertamenti compiuti al riguardo nella fase di prime cure si erano fondati esclusivamente su deposizioni testimoniali.

La pronuncia è stata fatta oggetto, allora, di ricorso per cassazione, per il cui tramite è stato denunciato, prima di ogni altro, l'errore in cui sarebbe incorsa la Corte di merito nel procedere al rilievo *ex officio* della nullità e conseguente inutilizzabilità delle prove testimoniali acquisite in primo grado, senza che nessuna doglianza o eccezione, la parte interessata alla loro esclusione, avesse sollevato al riguardo, così al momento dell'ammissione come a quelli della successiva assunzione e della formulazione dei motivi di appello. Ed è stato proprio ravvisando in questa gli estremi della «questione di massima di particolare importanza» *ex* art. 374, 2° comma, c.p.c., nonché osservando la sussistenza di contrasti, sul punto, a livello della giurisprudenza delle sezioni semplici, che la Seconda Sezione civile, originariamente investita del ricorso, ha ritenuto, con ordinanza interlocutoria 20 dicembre 2019, n. 30244, di disporne la trasmissione al Primo Presidente in vista della rimessione, poi effettivamente avvenuta, alle Sezioni unite.

SOLUZIONE

[1] Nell'occasione che ha dato luogo alla pronuncia in commento, le Sezioni unite sono state chiamate a misurarsi con la tradizionale impostazione sceveratrice in tema di conseguenze della violazione dei divieti di prova testimoniale relativi ai contratti per i quali la legge impone un vincolo di forma scritta: impostazione ai termini della quale *a*) laddove quel vincolo sia posto come condizione di validità sostanziale del contratto (forma scritta c.d. *ad substantiam* o *ad sollemnitatem*), allora la prova testimoniale indebitamente assunta deve ritenersi affetta da nullità assoluta, rilevabile *ex officio* in ogni stato e grado del procedimento; b) mentre nei casi in cui, come è per il contratto di transazione, detto vincolo sia istituito a fini meramente istruttòri (forma scritta *ad probationem tantum*), deve sempre parlarsi di nullità ma a carattere relativo, rilevabile soltanto a séguito di tempestiva eccezione della parte interessata, nei modi e limiti di cui all'art. 157, 2° comma, c.p.c. (v. spec. Cass., 8 gennaio 2002, n. 144; Cass., 12 maggio 1999, n. 4690; ma cfr. pure Cass., 25 giugno 2014, n. 14470; Cass., 30 marzo 2010, n. 7765; Cass., 20 febbraio 2002, n. 3392; in dottrina, per ogni altro, L.P. Comoglio, *Le prove civili*, 2ª ed., Torino, 2004, 430).

L'esigenza di mobilitare sul punto il supremo consesso è stata avvertita, dalla predetta ordinanza interlocutoria n. 30244/2019, in relazione, soprattutto, alla divergente posizione espressa, in motivazione, da Cass., 14 agosto 2014, n. 17986, ove si è assunto che il consueto approccio dicotomico alla questione, radicato essenzialmente su considerazioni metagiuridiche inerenti alla differente natura degli interessi coinvolti, trascurerebbe il dato della concentrazione della disciplina della prova testimoniale dei contratti per i quali è richiesta la forma scritta all'interno di un'unica norma, quale l'art. 2725 c.c.: norma il cui tenore testuale sarebbe tale da rendere trasparente l'intento del legislatore di normare in maniera assolutamente sovrapponibile le due fattispecie, visto, in particolare, che la regola, enunciata nel 1° comma con riguardo alle ipotesi di forma scritta richiesta *ad substantiam*, di apertura alla prova testimoniale nei soli casi di perdita incolpevole del documento contrattuale, si trova identicamente riprodotta a livello del 2° comma, con riferimento alle ipotesi di forma scritta richiesta *ad probationem tantum* (per l'applicabilità di un regime uniforme ai vizi della prova *per testes* assunta in violazione dei divieti in discorso, v. anche

Cass., 8 marzo 1997, n. 2101; Cass., 23 agosto 1986, n. 5143).

Al supremo organo nomofilattico non è, però, costata un grave sforzo la sconfessione di questa prospettiva ermeneutica alternativa. Agevole, infatti, è stato a quel fine osservare che: *aa*) se la nullità della prova testimoniale relativa a contratti soggetti al vincolo della forma scritta *ad substantiam* non è che la proiezione, sul piano processuale, della sanzione di nullità che colpisce, sul piano sostanziale, il contratto per vizio di forma *ex* art. 1325, n. 4, c.c., così che il regime proprio di questa – in termini di rilevabilità d'ufficio senza limiti temporali di sorta – abbia necessariamente ad estendersi a quella; *bb*) la violazione dei precetti di forma scritta *ad probationem* ha rilevanza meramente processuale e non può produrre conseguenze diverse da quelle che derivano – in termini di comminatoria di una sanzione di nullità relativa e sanabile – dall'inosservanza della restante generalità dei divieti di prova testimoniale, segnatamente, di quelli *ex* art. 2721 ss. c.c. Ben lungi dal potersi apprezzare soltanto come il portato di considerazioni metagiuridiche inerenti alla differente natura degli interessi coinvolti, la divaricazione dei regimi di nullità di cui si è finora discorso riposerebbe dunque, all'opposto, su un saldo fondamento sistematico e non potrebbe certo essere obliterata in nome di un dato puramente formale come quello per cui, si tratti di forma scritta imposta *ad substantiam* come *ad probationemj tantum*, gli afferenti limiti di prova testimoniale si trovano tutti congiuntamente collocati all'interno del medesimo art. 2725 c.c.

Nella logica argomentativa seguita dalle Sezioni unite, che la nullità affettante le prove testimoniali raccolte in spregio alle regole che esigono la forma scritta del contratto solamente *ad probationem* abbia a ricadere, a differenza di quanto non avviene ove lo scritto sia richiesto *ad sollemnitatem*, entro l'orbita applicativa dell'art. 157, 2° comma, c.p.c., così da ammetterne il rilievo da parte del giudice soltanto in forza di tempestiva doglianza di parte, si regge chiaramente sul presupposto che sia quella la disciplina che deve ricevere applicazione a fronte della violazione dei comuni divieti della prova *per testes*. Il supremo consesso ha giudicato opportuno sottoporre a verifica anche questo presupposto: ma le risultanze di tale verifica hanno visto confermati i princìpi tradizionalmente recepiti in materia.

Non solo, infatti, ha ritenuto, la Corte, di non doversi discostare da quel dogma, della natura disponibile dei divieti in questione siccome posti nell'interesse esclusivo delle parti contendenti, in nome del quale si giustifica, a guisa di autentico corollario, la professata applicabilità, nella specie, dell'art. 157, 2° comma, c.p.c.; ma neppure essa Corte è venuta a mettere in discussione il consueto modo di declinare la disciplina ivi racchiusa nelle fattispecie in rassegna, come tale da imporre alla parte, che quei divieti voglia fare proficuamente valere, di opporsi in via preventiva all'ammissione della prova e, qualora la prova sia stata egualmente assunta, di denunciarne la nullità nella prima istanza o difesa successiva, a pena della sanatoria del vizio e dell'impossibilità di dedurlo in sede impugnatoria (cfr. Cass., 15 febbraio 2018, n. 3763; Cass., 19 settembre 2013, n. 21443; Cass., 3 aprile 1999, n. 3287; Cass., 21 ottobre 1993, n. 10433).

Ribadito questo insegnamento e tradottolo in termini consonanti alla regola di inammissibilità della prova testimoniale dei contratti per i quali è sancito l'onere della forma scritta *ad*

probationem tantum, la decisione finale è stata fatalmente di accoglimento del ricorso esperito, con rinvio della controversia alla fase di merito.

QUESTIONI

[1] Quella offerta dalle Sezioni unite al problema della qualificazione, *sub specie* di nullità assoluta piuttosto che relativa, dei casi di trasgressione delle regole che esigono la somministrazione per iscritto della prova di determinati contratti, si profila chiaramente come soluzione a rime obbligate, nel momento in cui l'organo nomofilattico è venuto a prestare la sua piena (e acritica) adesione all'antico, ma inossidabile, verbo della natura disponibile delle norme limitative della prova testimoniale e della loro non riconducibilità a ragioni di ordine pubblico.

Che l'occasione fosse propizia per una revisione *funditus* di quel postulato, in consonanza con quanto autorevole dottrina ha da lungi auspicato (v., in particolare, E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, 8ª ed., a cura di V. Colesanti ed E. Merlin, Milano, 2012, 384, che con riguardo al divieto della prova testimoniale dei contratti oltrepassanti una certa soglia di valore [art. 2721 c.c.] – ma in termini perfettamente riferibili anche agli altri limiti legali posti all'impiego di quel mezzo istruttorio –, osservava che «le giustificazioni che si danno di solito al divieto [leggi: superiore attendibilità della prova scritta] porterebbero logicamente a ritenerlo inderogabile e il fatto che si giudichi diversamente potrebbe indicare il poco favore che incontra la limitazione posta dalla legge»), era forse illusorio aspettarselo. Ma assodato ciò, e assodata, dunque, l'indole relativa delle nullità derivanti dalla violazione delle regole di cui sopra e dagli altri divieti di prova testimoniale, era lecito almeno sperare in un autonomo riesame, senza vincoli o condizionamenti di sorta da parte della precedente elaborazione giurisprudenziale, del modo in cui correntemente si ritiene che quella nullità debba essere fatta valere.

E invece no, le Sezioni unite hanno riproposto par pari, senza un minimo supplemento di riflessione, la regola, da sempre imperante, del duplice onere di eccezione, dapprima dell'inammissibilità e poi, in quanto egualmente acquisita, della nullità della prova testimoniale raccolta in spregio di uno degli afferenti divieti.

Valutata sotto questo distinto profilo, la sentenza non può non andare incontro a un giudizio critico. Perché è evidente che, nell'eccezione di inammissibilità della prova che sia formulata a monte della sua ammissione, implicita è l'eccezione di nullità della prova cui, a séguito del rigetto di quella prima eccezione, il giudice avesse a dar corso, sì da renderne inutile l'espressa riproposizione nella prima difesa successiva. Né si dica che in questo modo sarebbe pregiudicato l'interesse della parte, originariamente oppostasi alla prova, all'acquisizione della medesima, una volta che ne abbia reputato gli esiti come vantaggiosi (in ordine all'esigenza di tutelare questo interesse, cfr. Cass. n. 21443/2013, cit.), giacché, trattandosi di nullità relativa, nulla impedirebbe alla parte di rinunciare all'eccezione formulata al riguardo, magari astenendosi dal reiterarla all'atto della precisazione delle conclusioni.

La regola giurisprudenziale in discorso si presta ad essere letta anche in una direzione speculare a quella appena considerata, ossia nel senso che a nulla varrebbe sollevare l'eccezione di nullità della prova una volta che questa sia stata esperita, quando ne sia mancata, in precedenza, l'eccezione di inammissibilità. In questi termini si è espressa, in particolare, Cass., 3 aprile 1999, n. 3287, là dove, in motivazione, s'è detto che la prova «deve ritenersi legittimamente acquisita al processo quando sia stata eseguita senza opposizione delle parti». Alla mancata opposizione delle parti all'ammissione della prova si attribuisce, dunque, il significato di tacita rinuncia ad opporne la futura nullità: il che lascia alquanto perplessi, perché, se la legge ammette che la rinuncia ad opporre la nullità di un determinato atto processuale possa risultare anche da comportamenti concludenti (art. 157, 3° comma, c.p.c.), si deve però trattare di comportamenti incompatibili con la volontà di far valere il vizio inficiante l'atto, come non è assolutamente a dirsi nel caso di specie, dove la mancata opposizione all'ammissione della prova non è certo univocamente ricollegabile all'intento di lasciare aperte le porte del giudizio allo strumento istruttorio in questione (ed invero, per la non desumibilità della rinuncia tacita *ex* art. 157, 3° comma, c.p.c. da contegni meramente omissivi, cfr. R. Oriani, voce *Nullità degli atti processuali. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 12).

Procedimenti cautelari e monitori

Condizioni e limiti della tutela risarcitoria nell'esecuzione esattoriale

di **Paolo Cagliari**

Cass. civ., sez. III, 25 agosto 2020, n. 17661 – Pres. Uliana – Rel. De Stefano

Poiché l'azione risarcitoria contro l'agente della riscossione, prevista dall'art. 59 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, è data all'esecutato solo ove non abbia potuto esercitare alcun rimedio proprio del processo esecutivo esattoriale, essa è proponibile nel caso di contestazione della violazione del limite di valore del credito azionato con espropriazione esattoriale immobiliare, mossa in prossimità della vendita in tempo anteriore alla sentenza n. 114 del 2018 della Corte Costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 57, comma 1, lett. a), del medesimo d.P.R., nella parte in cui non prevede che, nelle controversie che riguardano gli atti dell'esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento o all'avviso di cui all'art. 50 d.P.R. n. 602 del 1973, sono ammesse le opposizioni regolate dall'art. 615 c.p.c.

CASO

Una società agiva nei confronti dell'agente della riscossione ai sensi dell'art. 59 d.P.R. 602/1973, per ottenere il risarcimento dei danni provocati dall'esecuzione esattoriale promossa e portata a termine in suo danno, quantunque, al momento della vendita del bene pignorato, il debito tributario fosse stato pressoché integralmente estinto.

In particolare, veniva lamentato che, sebbene prima dell'esperimento del terzo tentativo di vendita dell'immobile il debito si fosse ridotto al di sotto del limite stabilito dall'art. 76 d.P.R. 602/1973 (che, nel testo vigente all'epoca dei fatti, impediva al concessionario di procedere con l'espropriazione immobiliare, ove l'importo complessivo del credito fosse stato inferiore a € 8.000,00), l'esecuzione era nondimeno proseguita e il bene era stato alfine assegnato.

La domanda veniva accolta in primo grado, ma, a seguito di impugnazione proposta dall'agente della riscossione, la sentenza favorevole alla società esecutata veniva riformata in appello, sul presupposto che, non essendo stata interposta opposizione all'esecuzione, l'azione risarcitoria fosse inammissibile.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione ha accolto il ricorso proposto dalla società esecutata, reputando che, a differenza di quanto affermato dai giudici di secondo grado, la stessa fosse legittimata a

esperire l'autonoma azione risarcitoria di cui all'art. 59 d.P.R. 602/1973, essendole – all'epoca dei fatti – preclusa un'ordinaria opposizione all'esecuzione, per effetto della vigenza dell'art. 57 d.P.R. 602/1973 nel testo antecedente alla declaratoria di illegittimità costituzionale intervenuta nel 2018.

QUESTIONI

Nell'esaminare il ricorso proposto avverso la sentenza impugnata, che aveva pronunciato il rigetto della pretesa risarcitoria azionata dalla società colpita da esecuzione esattoriale, in conseguenza della mancata proposizione di un'opposizione all'esecuzione per far valere la violazione del limite stabilito dall'art. 76 d.P.R. 602/1973, i giudici di legittimità hanno ricostruito la natura e i presupposti della speciale azione prevista dall'art. 59 d.P.R. 602/1973, in base al quale chiunque si ritenga leso dall'esecuzione esattoriale può agire contro il concessionario dopo il compimento dell'esecuzione, onde ottenere il risarcimento dei danni.

A seguito della fondamentale pronuncia di Corte Cost., 31 maggio 2018, n. 114, la quale – alla luce delle riforme introdotte con il d.lgs. 546/1992 in tema di contenzioso tributario e con il d.lgs. 46/1999 in tema di riscossione mediante ruolo, del conseguente riparto di giurisdizione tra giudice tributario e giudice ordinario e dell'assetto dei rimedi esperibili che ne è derivato – ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 59, comma 1, lett. a), d.P.R. 602/1973, nella parte in cui non prevedeva l'ammissibilità delle opposizioni regolate dall'art. 615 c.p.c. nelle controversie riguardanti gli atti dell'esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento o all'avviso di cui all'art. 50 del medesimo d.P.R. 602/1973, si è creata un'indissolubile correlazione tra l'azione risarcitoria nei confronti dell'agente della riscossione e i limiti alla proponibilità dei rimedi previsti per il processo esecutivo ordinario al quale, nonostante le sue peculiarità, va assimilato quello esattoriale.

L'eccezionale esclusione o limitazione della normale tutela giurisdizionale durante la pendenza del processo esecutivo esattoriale sancita dagli artt. 57 e 58 d.P.R. 602/1973, infatti, implica necessariamente una tutela risarcitoria o per equivalente successiva, quale indefettibile presidio del diritto fondamentale alla difesa in giudizio.

D'altro canto, in linea generale, va considerato che il processo esecutivo comporta un sistema chiuso di rimedi, nel senso che, per ovviare all'invalidità e ai vizi degli atti e dei provvedimenti che lo riguardano, ovvero alle loro conseguenze, bisogna necessariamente fare ricorso agli strumenti all'uopo predisposti dall'ordinamento, vale a dire alle opposizioni esecutive (nelle forme dell'opposizione all'esecuzione e dell'opposizione agli atti esecutivi).

Ciò in quanto anche al processo esecutivo è sottesa l'esigenza di stabilità, quale presidio volto a garantire la sua concreta effettività, che viene assicurata tramite la tassatività dei rimedi avverso i suoi atti e le preclusioni che derivano dalla loro mancata attivazione: in quest'ottica, ammettere che, dopo la conclusione del processo esecutivo e una volta scaduti i termini per proporre le relative opposizioni, residui la possibilità di esperire altri rimedi di carattere generale (quali l'azione di ripetizione dell'indebito o l'azione di arricchimento senza causa),

volti a vanificare gli effetti dell'esecuzione, comporterebbe una violazione dei principi di legalità insiti nella disciplina dell'attività giurisdizionale, giacché gli interessati che si ritengano lesi sono tenuti a reagire all'interno del processo, avvalendosi dei mezzi appositamente apprestati a loro tutela dall'ordinamento.

In altre parole, il sistema processuale non ammette che gli effetti pregiudizievoli dei suoi atti possano essere elisi tramite mezzi diversi dalle azioni tipiche previste dal legislatore, non potendosi – in particolare – recuperare l'inerzia o la rinuncia ad avvalersene mediante il ricorso alla tutela risarcitoria o per equivalente.

Chi intende contestare i presupposti di un'azione esecutiva minacciata o intrapresa nei suoi confronti ha dunque l'onere di azionare gli strumenti processuali contemplati dall'ordinamento, restandogli altrimenti preclusa ogni ulteriore forma di tutela (ivi compresa quella risarcitoria): una volta concessa una determinata azione, questa assorbe e preclude la tutela generale, sicché anche la responsabilità per i danni causati dal processo va fatta valere esclusivamente in esso, salvo che ciò non sia possibile per circostanze non imputabili al danneggiato.

Tali principi valgono anche nel processo esecutivo esattoriale, di modo che la mancata impugnazione – quando essa era invece possibile – degli atti presupposti ne comporta l'inoppugnabilità e la vincolatività per l'agente della riscossione, elidendo in radice l'ingiustizia del danno.

Di converso, nella misura in cui residuino particolari divieti di proponibilità di azioni normalmente concesse al debitore, persiste la possibilità di promuovere la speciale azione risarcitoria di cui all'art. 59 d.P.R. 602/1973.

In definitiva, al debitore assoggettato a esecuzione esattoriale non è data un'azione di risarcimento del danno, né ai sensi dell'art. 59 d.P.R. 602/1973, né ai sensi dell'art. 2043 c.c., ove sia mancata l'impugnativa – in astratto possibile – degli atti costituenti il fondamento dell'azione esecutiva.

Nel caso di specie, tuttavia, quando venne avviata a suo carico l'esecuzione esattoriale, l'esecutata non disponeva di alcuna tutela giurisdizionale, posto che, lamentandosi la violazione del limite di valore recato dall'art. 76 d.P.R. 602/1973 (integrante una condizione speciale dell'azione esecutiva esattoriale e non una condizione di pignorabilità del bene, avendo l'effetto di impedire l'inizio o la prosecuzione dell'espropriazione immobiliare, quando il valore del credito non superi una determinata soglia), l'opposizione all'esecuzione ordinaria non era consentita, secondo la formulazione dell'art. 57 d.P.R. 602/1973 allora vigente (ossia prima della pronuncia della sentenza additiva della Corte costituzione del 2018): la norma, infatti, nella versione antecedente alla declaratoria di incostituzionalità, stabiliva l'inammissibilità delle opposizioni regolate dall'art. 615 c.p.c. (fatta eccezione per quelle concernenti la pignorabilità dei beni) e di quelle regolate dall'art. 617 c.p.c. relativamente alla regolarità formale e alla notificazione del titolo esecutivo.

Poiché, in buona sostanza, l'esecutata, al momento in cui il processo esecutivo esattoriale era in corso, non poteva (ancora) proporre opposizione all'esecuzione per lamentare la violazione del limite di cui all'art. 76 d.P.R. 602/1973, non le restava altra tutela all'infuori di quella risarcitoria prevista dall'art. 59 d.P.R. 602/1973: di conseguenza, la stessa non poteva esserle negata, come invece ritenuto dalla corte di appello.

Sotto il profilo dell'individuazione e della liquidazione del danno risarcibile dall'agente della riscossione, invece, la giurisprudenza ritiene che non si possa configurare una responsabilità (di tipo contrattuale o, al limite, precontrattuale) da inadempimento dell'obbligazione (ossia ai sensi degli artt. 1218 e seguenti c.c.), ma una responsabilità da lesione colposa di un interesse giuridicamente tutelato (cioè extracontrattuale, ai sensi dell'art. 2043 c.c.), tenuto conto della natura non negoziale della vendita forzata, che costituisce attività che si svolge nell'ambito di un processo e sotto la direzione del giudice dell'esecuzione, imputabile quindi all'ufficio e non alla volontà delle parti.

Alle medesime conclusioni, peraltro, deve pervenirsi anche quando il risarcimento del danno sia invocato, anziché dall'esecutato, dall'aggiudicatario del bene (il quale, per esempio, abbia visto negata o revocata la propria aggiudicazione in conseguenza di vizi della procedura imputabili all'agente della riscossione): in questo caso, il risarcimento potrà riguardare soltanto l'interesse negativo, dovendosi escludere, dunque, che possa venire in rilievo quello (positivo) inerente all'acquisto dei beni assoggettati a espropriazione forzata, correlato, in particolare, all'eventuale aumento di valore del bene tra il momento dell'aggiudicazione e la data in cui è stata dichiarata l'illegittimità dell'intera procedura esecutiva (in questo senso, da ultimo, Cass. civ., sez. III, 26 agosto 2020, n. 17814).

Obbligazioni e contratti

Contratto di mediazione e vessatorietà della clausola contrattuale che attribuisce al mediatore un compenso anche in caso di recesso del preponente

di **Emanuela Ruffo**

Cass. civ. Sez. Seconda Sent., 08/09/2020, n. 19565, Pres. D'Ascola, Est. Giannaccari

Compenso dovuto anche in caso di recesso da parte del preponente – Importo svincolato dall'attività concretamente svolta dal mediatore – Vessatorietà ai sensi dell'art. 33, comma 1, Codice del consumo – Configurabilità – Condizioni

[1] La clausola che attribuisca al mediatore il diritto alla provvigione anche in caso di recesso del venditore può presumersi vessatoria quando il compenso non trovi giustificazione nella prestazione svolta dal mediatore, essendo compito del giudice di merito valutare se una qualche attività sia stata posta in essere dal medesimo attraverso condotte propedeutiche e necessarie per la ricerca di soggetti interessati all'acquisto del bene. Si presume vessatoria la clausola che consenta al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore, se quest'ultimo non conclude il contratto o recede dallo stesso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal primo il doppio della somma corrisposta ove sia egli a non concludere il contratto oppure a recedere.

Disposizioni applicate

Art. 1469bis c.c., art. 33 D. Lgs. 206/2005

CASO

L'agenzia immobiliare ha ingiunto al cliente il pagamento di una somma a titolo di penale, pari all'1% del valore stimato di vendita, per l'anticipato recesso dal contratto di mediazione stipulato, come pattuito nell'incarico. Il cliente, infatti, ha receduto anticipatamente dall'accordo, ritenendo che la stima del prezzo di vendita fosse incongruo e inferiore rispetto a quello effettuato da altre agenzie immobiliari.

Con atto di citazione il cliente ha proposto opposizione al decreto ingiuntivo, deducendo in particolare la vessatorietà della clausola contenuta nel mandato di mediazione immobiliare e il significativo squilibrio contrattuale tra il mandante-consumatore e il professionista. Il Giudice di primo grado ha quindi revocato il decreto ingiuntivo accolto, dichiarando nullo ed inefficace il contratto stipulato tra le parti.

Tale pronuncia è stata successivamente appellata dall'agenzia immobiliare e in secondo grado il decreto ingiuntivo è stato confermato. Secondo il giudicante la clausola in questione non avrebbe infatti avuto carattere vessatorio in assenza di un concreto squilibrio tra le posizioni delle parti.

Il mandante ha quindi proposto ricorso in Cassazione.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione riconosce la vessatorietà della clausola contrattuale del contratto di mediazione che prevede il diritto alla provvigione anche in caso di recesso del venditore, allorquando il compenso non trovi giustificazione nella prestazione effettivamente svolta dal mediatore, essendo compito del giudice di merito valutare caso per caso se e quale attività sia stata posta in essere dal mediatore stesso.

QUESTIONI

La pronuncia in commento si occupa, tra le altre, di verificare ai sensi e per gli effetti dell'**art. 33 D. Lgs. 206/2005** (d'ora in poi Codice del Consumo) la vessatorietà o meno della clausola contrattuale che prevede il diritto alla provvigione in capo al mediatore anche in caso di recesso del venditore.

Tale norma, di matrice europea, prevede infatti la nullità della clausola che impone al consumatore il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente di importo manifestamente eccessivo.

Come è noto, tutta la normativa consumeristica è finalizzata ad apprestare una tutela incisiva e pregnante al consumatore – parte ritenuta contrattualmente più debole – nella definizione dell'assetto negoziale.

L'art. 3 del Codice del Consumo definisce il **consumatore** come "la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta" e contrappone tale figura a quella del professionista, che nella medesima norma viene identificato come la "persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale".

La normativa pone poi particolare attenzione alle c.d. clausole vessatorie, la cui disciplina è appunto contemplata dagli artt. 33 e ss. del Codice del Consumo.

È doveroso evidenziare che la Corte di Giustizia europea ha affermato più volte che la normativa inerente la vessatorietà delle clausole rappresenta una disposizione imperativa, avente il rango di **norma di ordine pubblico**, tesa ad assicurare un equilibrio reale tra le

prestazioni contrattuali finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra le parti contraenti (cfr. sentenze del 17.7.2014, Sànchez Morcillo e Abril Garcìa, C-169/14, EU:C:2014:2099, punto 23, nonché del 21.12.2016, Gutiérrez Naranjo e a., C-154/15, C-307/15 e C-308/15, EU:C:2016:980, punti 53 e 55).

Il cennato art. 33, comma 1, del Codice del Consumo pone un'enunciazione generale, definendo vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

L'**indagine giudiziale** circa la natura vessatoria delle clausole è agevolata dalla tipizzazione normativa di un elenco di clausole per le quali sussiste una **presunzione assoluta di vessatorietà**. L'automatica comminazione della sanzione della nullità parziale della clausola, e non dell'intero rapporto contrattuale, associata a tali previsioni subisce una deroga espressa con riguardo alle cd. clausole presumibilmente vessatorie.

Il secondo comma dell'art. 33 Codice del Consumo, infatti, elenca le clausole soggette ad una **presunzione relativa di vessatorietà**, in forza della quale una previsione negoziale e astrattamente riconducibile ad una o più delle clausole si presume vessatoria, **salvo che il professionista fornisca la prova contraria**.

L'onere probatorio del professionista può essere assolto mediante la dimostrazione, caso per caso, che la clausola non sia stata unilateralmente imposta dallo stesso, ma abbia formato oggetto di **specifica trattativa individuale** tra le parti, purchè la medesima risulti caratterizzata dagli indefettibili requisiti dell'individualità, serietà ed effettività (cfr. Cass. civ. 20.3.2016, n. 6802; Cass. civ. 26.9.2008, n. 24262).

Con riferimento specifico al contratto di mediazione e alla clausola che attribuisce al mediatore il diritto alla provvigione anche nel caso di mancata effettuazione dell'affare per fatto imputabile al venditore, si rileva che la Suprema Corte, con **sentenza n. 22357 del 3.11.2010,** ha statuito che tale previsione può presumersi vessatoria se le parti non abbiano espressamente pattuito un meccanismo di adeguamento di tale importo all'attività sino a quel momento concretamente espletata dal mediatore. In tale contesto, il compenso del mediatore, in caso di mancata conclusione dell'affare, trova giustificazione nello svolgimento di una concreta attività di ricerca di terzi interessati all'affare, attraverso la predisposizione dei propri mezzi e della propria organizzazione.

Il **giudice di merito** deve pertanto tener conto che **il compenso va parametrato all'attività concretamente svolta** dal mediatore tra la conclusione dell'incarico e il recesso della parte.

Sul punto è peraltro intervenuta recentemente la **Corte di Giustizia** che, con la sentenza del **4.6.2020 C-495/19**, ha affermato che l'indagine per accertare la natura vessatoria delle clausole deve essere effettuata dal giudice attraverso l'acquisizione d'ufficio dei mezzi istruttori necessari alla verifica e l'interpretazione della normativa nazionale alla luce delle disposizioni europee.

Nel caso di specie, il recesso del mandante è avvenuto dopo dieci giorni dal conferimento dell'incarico. Il giudice di legittimità pertanto rileva che, considerato il breve lasso temporale intercorrente tra la conclusione del contratto e l'esercizio del diritto di recesso, il giudice di merito avrebbe dovuto effettuare una attenta valutazione dell'attività effettivamente svolta dal mediatore, al fine di parametrare quest'ultima al compenso richiesto.

La Corte di Cassazione, cassando quindi la sentenza impugnata e rinviando al giudice di merito per la decisione, ha infine rilevato che la corte di merito ha omesso altresì di valutare il profilo di vessatorietà della clausola in questione anche con riferimento alla **lett. e) dell'art. 33 Codice del Consumo**, che stabilisce la presunzione di vessatorietà della clausola che consente al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere.

Proprietà e diritti reali

Compravendita: garanzia per vizi della cosa venduta. Termine annuale e cause interruttive

di **Saverio Luppino**

Corte di Cassazione, Sezione 2^, Civile, Ordinanza del 21 agosto 2020, n. 17597 (relatore dott. U. Bellini)

Compravendita – Garanzia – Azione del compratore nei confronti del venditore per i vizi – Prescrizione di un anno – Dalla consegna del bene –

"*In tema di compravendita, l'azione del compratore contro il venditore per far valere la garanzia ex articolo 1495 del codice civile si prescrive, in ogni caso, nel termine di un anno dalla consegna del bene compravenduto, e ciò indipendentemente dalla scoperta del vizio; la consegna del bene, dalla quale decorre il termine annuale di prescrizione ex articolo 1495 del codice civile per fare valere la garanzia per vizi della cosa ai sensi dell'articolo 1490 del codice civile, è quella effettiva e materiale, che pone il compratore a diretto contatto con il bene medesimo.*"

CASO

Con atto di citazione Tizio conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Taranto, la società Beta s.r.l., presso la quale aveva acquistato 70 mq. di mattonelle prodotte dalla Alfa s.r.l. che presentavano differenze cromatiche. Per tal ragione, chiedeva declaratoria di risoluzione del contratto di vendita, in relazione al quantitativo di mattonelle difettate, contestuale restituzione dell'esborso sostenuto per l'acquisto delle stesse e, risarcimento dei danni sofferti.

Si costituiva la società rivenditrice Beta, la quale, in primo luogo, deduceva l'assenza di sua responsabilità in virtù della sua mera attività di rivendita dei beni; ed in secondo luogo, chiamava in causa la società produttrice, Alfa, affinché la tenesse indenne e, per l'effetto, venisse condannata al pagamento dell'asserito danno patito dall'acquirente attore.

Costituitasi in giudizio, la società produttrice, deducendo la possibilità che le mattonelle presentassero tonalità cromatiche differenti – circostanza naturale stante la tipologia di prodotto – eccepiva la decadenza della garanzia e la prescrizione dell'azione per decorso del relativo termine annuale.

Il Tribunale adito, appurata l'esistenza di un difetto di produzione solo di alcune mattonelle, respingeva l'avanzata richiesta di risoluzione del contratto di parte attorea e, in subordine,

condannava la società produttrice Alfa ad indennizzare l'attore, nonché al pagamento delle spese di lite.

Soccombente in primo grado, la produttrice Alfa impugnava la sentenza dinanzi alla Corte di Appello di Lecce, chiedendo all'uopo di accertarsi l'inesistenza di qualsivoglia suo debito nei confronti delle altre due parti.

La Corte adita, ritenendo che fosse intervenuta la prescrizione dell'azione, accoglieva l'appello, ribaltava la sentenza impugnata e, per l'effetto, revocava la condanna della produttrice Alfa di corrispondere indennizzo dei confronti dell'acquirente.

La Curia accoglieva, parimenti, l'appello incidentale dell'acquirente Tizio e dichiarava la risoluzione del contratto di vendita con la rivenditrice Beta s.r.l in riferimento alle sole mattonelle viziate con conseguente condanna di quest'ultima al pagamento nei confronti dell'acquirente di una somma di denaro con annessi interessi, nonché alle spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

Avverso quest'ultima pronuncia, la società rivenditrice Beta, con atto affidato a due motivi, proponeva ricorso per Cassazione; al quale resisteva la produttrice Alfa con apposito controricorso.

SOLUZIONE

La Suprema Corte di Cassazione, accoglieva il ricorso della società rivenditrice e cassava la sentenza impugnata rinviando alla Corte di Appello di Lecce, in diversa composizione.

QUESTIONI

A tutela della posizione dell'acquirente nel contratto di compravendita, l'ordinamento prevedere tre specifici rimedi:

1. la garanzia per evizione
2. la garanzia per vizi della cosa venduta
3. la garanzia per mancanza delle qualità promesse o essenziali.

Tali istituti perseguono lo scopo principali di preservare la realizzazione della funzione economico-giuridica del contratto di compravendita ovverossia l'acquisto definitivo della *res* da parte del compratore.

In particolare, la **garanzia per evizione** fa riferimento alla condizione giuridica della cosa. L'evizione si compie qualora il venditore difetti di titolarità del bene oggetto di vendita ex. art. 1485 c.c., al che consegue che il compratore evitto ha diritto ad essere indennizzato del nocumento patito in cui, si aggiunga, ai sensi dell'art. 1223 c.c., viene ricompreso il danno emergente ed il lucro cessante.

La **garanzia per vizi** concerne, invece, le ipotesi di alterazione patologica e di anomalia della *res*, che siano tali da arrecare un pregiudizio del diritto del compratore al pieno ed esatto godimento del bene oggetto del trasferimento. Il vizio c.d. redibitorio, dunque, riguarda le imperfezioni e i difetti inerenti il processo di produzione, fabbricazione, formazione e conservazione della cosa[1].

In tal caso, affinché si configuri un inadempimento del contratto di compravendita, è sufficiente che il compratore denunci la presenza di vizi che rendano la cosa inidonea all'uso al quale è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore; **mentre è a carico del venditore, quale debitore di un'obbligazione di risultato ed in forza del principio della riferibilità o vicinanza della prova, l'onere di dimostrare, anche attraverso presunzioni, di aver consegnato una cosa conforme alle caratteristiche del tipo ordinariamente prodotto, ovvero la regolarità del processo di fabbricazione o di realizzazione del bene[2].**

Da ultimo, nel caso della **garanzia per mancanza delle qualità promesse** della cosa ovvero delle **qualità essenziali** per l'uso a cui è destinata, di cui all'art. 1497 c.c., il compratore ha diritto di ottenere la risoluzione del contratto secondo le disposizioni generali sulla risoluzione per l'inadempimento, purché il difetto di qualità ecceda **i limiti di tolleranza stabiliti dagli usi**. Rispetto al vizio redibitorio, di cui all'art. 1490 c.c., la mancanza della qualità promesse "*è inerente alla natura della merce e concerne tutti gli elementi essenziali e sostanziali che influiscono, nell'ambito di un medesimo genere, sull'appartenenza ad una specie piuttosto che a un'altra*"[3].

Nella fattispecie in rassegna, si verte nell'ipotesi di garanzia per vizi (c.d. vizio redibitorio), per la quale, onde evitare di incorrere nella decadenza della stessa, a norma dell'art. 1495 c.c., il compratore deve denunciare i vizi al venditore entro otto giorni dalla scoperta ed in ogni caso, entro il termine di un anno dalla consegna del bene. Si sottolinea che la **consegna** si ritiene compiuta allorquando il compratore sia a diretto contatto con il bene medesimo[4], ovvero entri nella disponibilità materiale dello stesso.

Il Supremo Collegio, in virtù dell'anzidetta prescrizione, constatava che la Corte distrettuale aveva ritenuto fondata l'eccezione di prescrizione dell'azione di garanzia formulata dalla produttrice Alfa, in quanto la consegna materiale del bene da parte della prima era avvenuta "evidentemente" in un periodo precedente rispetto alla data riportata in fattura e prodotta in giudizio dall'acquirente. Talché, la proposizione della domanda di quest'ultimo risultava, secondo il giudice di seconde cure, tardiva in quanto proposta oltre il termine decadenziale di un anno.

Difatti, costituisce principio fermissimo che, come suddetto, in tema di compravendita, **l'azione di garanzia del compratore contro il venditore ex. art. 1495 c.c. si prescrive "in ogni caso" nel termine annuale dal momento della consegna e ciò indipendentemente dall'evento "scoperta" del vizio da parte del compratore[5].**

Ma, a ben vedere degli Ermellini, il giudice di secondo cure, facendo esclusivo riferimento al

dettato dell'art. 1495 c.c., non dava specifico conto né dell'esatto momento di decorrenza della prescrizione e della sussistenza di atti interruttivi, desumibili non solo sulla base di un esplicito richiamo dei momenti processuali, ma anche dal quadro probatorio versato in atti; ne' della esatta incidenza dell'accoglimento dell'eccezione formulata dalla società produttrice nei confronti della quale la Corte distrettuale ha affermato l'inesistenza di domande da parte dell'attore.

Ciò in quanto, seppure consolidato orientamento giurisprudenziale intende far decorrere il termine decadenziale suddetto anche se il compratore non abbia scoperto il vizio; la Suprema Corte riconosce ammissibili le **cause di interruzione** di cui agli art. 2943 c.c. e segg.; e "***ne consegue che la prescrizione annuale deve ritenersi interrotta, a norma dell'articolo 2944 c.c., per effetto del riconoscimento, da parte del venditore, del diritto del compratore alla garanzia***[6] ***e che la prescrizione della garanzia per vizi è interrotta dalla comunicazione al venditore della volontà del compratore di esercitarla*** *benché questi riservi ad un momento successivo la scelta del tipo di tutela, dovendosi escludere che la riserva concerna un diritto diverso da quello in relazione al quale si interrompe la prescrizione*[7]".

Dunque**, le manifestazioni extragiudiziali di volontà del compratore, compiute nelle forme di cui all'articolo 1219 c.c. – intimazione o richiesta scritta – costituiscono**, ai sensi dell'articolo 2943, comma 4, c.c., **atti idonei ad interrompere la prescrizione dell'azione di garanzia per vizi**, con l'effetto di determinare l'inizio di un nuovo periodo di prescrizione[8].

Per questi motivi, la Corte di Cassazione accoglieva il ricorso della società rivenditrice e, cassava la sentenza impugnata rinviando per la decisione nel merito alla Corte d'Appello di Lecce, in diversa composizione.

[1] Corte di Cassazione, Sezione 6 2, Civile, Ordinanza del 4 marzo 2020 n. 6013; Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza del 5 aprile 2016 n. 6596.

[2] Corte di Cassazione, Sezione 3, Civile, Ordinanza del 21 settembre 2017 n. 21927; Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza del 2 settembre 2013 n. 20110.

[3] Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza del 5 aprile 2016 n. 6596.

[4] Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Ordinanza del 19 febbraio 2019 n. 4826.

[5] Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza del 5 maggio 2017 n. 11037; Corte di Cassazione, Sezione 6, Civile, Ordinanza del 15 dicembre 2011 n. 26967.

[6] Corte di Cassazione, Sez. U, Civile, Sentenza del 21 giugno 2019 n. 16766.

[7] Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza del 10 novembre 2015 n. 22903.

[8] Corte di Cassazione, Sezione U, Civile, Sentenza del 11 luglio 2019 n. 18672.

Master di specializzazione
DIRITTO IMMOBILIARE E REAL ESTATE
Disponibile anche in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

Diritto e procedimento di famiglia

Non revocabile l'assegno divorzile per nuova convivenza della ex se già nota al momento della sentenza di divorzio

di **Giuseppina Vassallo**

Cassazione civile sez. VI, ordinanza del 7 settembre 2020 n.18528

Modifica delle condizioni di divorzio – Presupposti – Giudicato rebus sic stantibus

(Art. 9 L. n. 898/1970)

Le sentenze di divorzio e le successive modifiche, passano in cosa giudicata "rebus sic stantibus", rimanendo cioè suscettibili di modifica quanto ai rapporti economici o all'affidamento dei figli, solo in presenza di sopravvenuti fatti nuovi.

La stabile convivenza dell'ex coniuge titolare di assegno divorzile non è idonea a provocare una modifica delle condizioni di divorzio, se già nota e dedotta nel giudizio di divorzio concluso.

CASO

Nel giudizio per la revisione delle condizioni di divorzio, l'ex coniuge chiedeva la revoca dell'assegno divorzile, invocando la circostanza secondo cui l'ex moglie aveva una stabile convivenza. La domanda veniva respinta perché l'uomo non aveva dimostrato che si trattava di una circostanza sopravvenuta rispetto alla sentenza di divorzio e che come tale potesse incidere sul giudicato già formato.

Anche la Corte d'Appello confermava la decisione, rilevando che la convivenza dell'ex moglie, non poteva in alcun modo considerarsi un fatto nuovo e sopravvenuto, poiché lo stesso ricorrente aveva affermato in atti che la relazione era "nota a tutti" e andava avanti da "più di venti anni…", anche da prima della sentenza di divorzio.

La circostanza era pertanto già stata valutata alla data della sentenza di divorzio.

L'uomo ricorre in Cassazione per la violazione dell'art. 9 L. n. 898/1970, per non aver la Corte d'Appello ritenuto sussistente la stabile convivenza dell'ex coniuge e non averla valutata quale fatto sopravvenuto.

In particolare, pur sapendo il ricorrente della pregressa frequentazione della moglie con un altro uomo, solo successivamente aveva appreso della convivenza stabile da lei instaurata,

presupposto per il venir meno del diritto all'assegno divorzile. In ogni modo, tale fatto sopravvenuto era stato conosciuto dal ricorrente solo all'epoca della richiesta di revoca dell'assegno.

SOLUZIONE

La Cassazione respinge il ricorso, partendo dalla natura della sentenza di divorzio che passa in cosa giudicata "rebus sic stantibus", ossia rimane suscettibile di modifica quanto ai rapporti economici o all'affidamento dei figli, se sopraggiungono fatti nuovi.

I fatti preesistenti o le ragioni giuridiche non addotte nel giudizio divorzile sono viceversa esclusi in base alla regola generale secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile.

Ne consegue che l'attribuzione in favore dell'ex coniuge dell'assegno divorzile non può essere rimessa in discussione in altro processo sulla base di fatti anteriori all'emissione della sentenza, anche se ignorati da una parte, se non attraverso il rimedio della revocazione, nei casi eccezionali e tassativi di cui all'art. 395 c.p.c." (Cass. Civ. n. 21049/2004; Cass. Civ. 25 agosto 2005, n. 17320).

QUESTIONI

L'art. 9 legge div. prevede che, qualora sopravvengano giustificati motivi dopo la sentenza che pronuncia lo scioglimento del matrimonio, il tribunale, può disporre la revisione delle disposizioni riguardanti l'affidamento dei figli e di quelle relative alla misura e alle modalità dei contributi da corrispondere ai sensi degli articoli 5 e 6.

Quanto ai "giustificati motivi", la casistica è piuttosto varia ma deve trattarsi di fatti sopravvenuti che abbiano alterato la situazione preesistente, modificando i presupposti in base ai quali il giudice o le parti avevano stabilito le condizioni di divorzio.

Sicuramente il formarsi di una relazione affidabile e stabile del coniuge beneficiario può legittimare la richiesta di riduzione dell'assegno di mantenimento, se ciò incide positivamente sulla situazione economica dello stesso (Cass. Civ. n. 11.08.2001/2011).

La Cassazione è ferma nell'affermare che il giudizio di revisione non può avere ad oggetto fatti preesistenti allo scioglimento del matrimonio, anche se non valutati in quella sede per qualsiasi motivo.

Il giudice non può compiere una nuova valutazione dei presupposti o dell'entità dell'assegno, sulla base di una diversa considerazione delle condizioni economiche delle parti già eseguita in sede divorzile, ma deve limitarsi a verificare se, e in che misura, le circostanze, sopravvenute e provate dalle parti, abbiano alterato l'equilibrio raggiunto e adeguare l'importo, o lo stesso obbligo della contribuzione, alla nuova situazione patrimoniale-reddituale accertata (Cass. Civ. n. 787/2017 e Cass. Civ. n. 11177/2019).

Master di specializzazione
CRISI DELLA FAMIGLIA:
PROFILI SOSTANZIALI E PROCESSUALI
Disponibile anche in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

Diritto e reati societari

È possibile escludere il socio di una S.r.l. al di fuori delle cause di esclusione espressamente previste nello Statuto?

di **Dario Zanotti**

Tribunale di Bolzano, Sez. spec. in materia di imprese, Sentenza del 6 maggio 2020.

Parole chiave: Società a responsabilità limitata – Esclusione – Socio – Giusta causa – Statuto

Massima: "L'art. 2473 *bis* c.c., introdotto con la riforma del diritto societario del 2003, richiede esplicitamente una predeterminazione statutaria delle ipotesi di esclusione del socio; tale predeterminazione per essere conforme al dato normativo deve rispettare le nozioni di giusta causa e specificità (ciò per evitare che l'istituto dell'esclusione si trasformi in uno strumento, generale e generico, di reazione ad un qualsiasi contegno del socio)".

Disposizioni applicate: art. 2473 *bis* c.c.

La sezione specializzata in materia di imprese del Tribunale di Bolzano si è recentemente pronunciata, tra le altre cose, sulla non legittimità dell'esclusione del socio di una s.r.l. in base a clausole statutarie generiche o al di fuori delle ipotesi predeterminate nello statuto, orientamento che, nonostante la sua uniformità in giurisprudenza, non manca di suscitare perplessità e critiche da parte di certa dottrina (e del mondo delle imprese).

Il caso in esame trae origine dalla controversia tra due soci di una s.r.l. (entrambi al 50%) nella quale uno (Caio) ha convenuto in giudizio l'altro (Tizio) chiedendone l'esclusione alla luce di un articolo dello statuto che ha previsto la fuoriuscita dalla compagine sociale del socio che "*risulti inadempiente agli obblighi assunti nei confronti della società*". Il socio escludendo, alla luce del dato normativo dell'art. 2473 *bis* c.c. che prescrive "*specifiche ipotesi di esclusione per giusta causa del socio*", ha pertanto eccepito la nullità di tale clausola statutaria considerata la genericità della disposizione.

Interessante questione risolta in via preliminare riguarda la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti della stessa s.r.l. (in quanto non citata da Caio); in proposito, il Tribunale di Bolzano ha rilevato come nei giudizi di esclusione di un socio di s.r.l. su iniziativa dell'altro socio, la società non è litisconsorte necessario; infatti, non è possibile rinvenire in capo alla s.r.l. alcun interesse a contraddire ai sensi dell'art. 100 c.p.c. poiché alla società non possono derivare né vantaggi, né pregiudizi dalla decisione della causa. Pertanto, la legittimazione attiva e passiva spetta alle sole parti del contratto sociale.

Quanto all'esclusione del socio, il Tribunale di Bolzano ha ritenuto che una clausola che la prevede per generiche inadempienze da parte del socio e/o l'azione fondata sulla generica violazione dei doveri di correttezza e buona fede *ex* artt. 1175 e 1375 c.c. non sarebbero compatibili con il dettato dell'art. 2473 *bis* c.c..

Infatti, secondo il Tribunale, il legislatore, nell'introdurre l'art. 2473 *bis* c.c. con la riforma del 2003, innovando significativamente il sistema previgente, ha previsto nella s.r.l. la possibilità di escludere il socio, oltre che per la mancata esecuzione dei conferimenti (art. 2466 c.c.), anche nel caso di giusta causa indicata in una specifica ipotesi statutaria. Tale norma, che ha carattere inderogabile, richiederebbe dunque esplicitamente una predeterminazione statutaria delle ipotesi di esclusione che rispondano alle nozioni (i) di giusta causa e (ii) di specificità.

In particolare, quanto alla specificità, la giurisprudenza di merito ha costantemente indicato l'esigenza di una tipizzazione dei casi di esclusione mediante l'individuazione di accadimenti definiti e circoscritti (si vedano, come citati dalla sentenza in esame, Trib. Trento, decreto 4.04.2013; Trib. Milano, ordinanza 7.11.2013; Trib. Milano, ordinanza 28.02.2014; Trib. Milano, ordinanza 23.07.2015; Trib. Milano, ordinanza 13.06.2016; si vedano anche Trib. Bologna, sentenza 11.04.2017 e Trib. Napoli, ordinanza 8.02.2020); ciò sarebbe giustificato dall'esigenza di limitare spazi troppo ampi di discrezionalità interpretativa che possano trasformare l'istituto dell'esclusione in uno strumento, generale e generico, di reazione ad un qualsiasi e non predeterminato comportamento del socio, con riflessi negativi sulla quota delle risorse a disposizione dell'attività di impresa e sulle garanzie dei creditori sociali.

Sempre alla luce di tale orientamento, non sarebbe nemmeno possibile procedere ad un'interpretazione correttiva o analogica in applicazione dei principi generali di buona fede e correttezza con riferimento alla risoluzione per inadempimento del contratto *ex* art. 1453 c.c. (cfr. Trib. Roma, sentenza 28.11.2017; Trib. Milano, ordinanza 09.01.2020; tuttavia, si segnala il parere discordante di Sicchiero, *Le ipotesi statutarie di esclusione del socio di s.r.l. sono tassative?*, in *Contratto e impresa*, 2007).

Inoltre, la giurisprudenza, alla quale si associa anche il Tribunale di Bolzano, ha più volte escluso la possibilità di applicare per analogia l'art. 2286 c.c. in tema di società di persone, perché cozzerebbe con il canone della specificità imposto dall'art. 2473 *bis* c.c. (cfr., come citati dalla sentenza in esame, Trib. Milano, ordinanza 07.11.2013; Trib. Milano, ordinanza 28.02.2014; Trib. Milano, sentenza 05.09.2014, n. 10786; Trib. Roma, sentenza 28.11.2017).

Dalle considerazioni svolte deriva, in conclusione, la nullità di una clausola statutaria che non preveda in maniera specifica quale sia la giusta causa di esclusione del socio (conclusioni alle quali si associano pressoché unanimemente anche dottrina e giurisprudenza di legittimità). Restano tuttavia i dubbi legati alla possibilità di correggere un'interpretazione così rigida in ipotesi (tutt'altro che residuali) di gravi inadempimenti e/o comportamenti abnormi attuati da un socio e non 'codificati' nello statuto.

Master di specializzazione
CONSULENZA SOCIETARIA AI TEMPI DEL COVID-19
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Insolvenza transfrontaliera: la Corte di Giustizia affronta il tema del centro degli interessi principali della persona fisica che non esercita attività imprenditoriale o lavoro autonomo e considera prevalente il criterio della residenza abituale

di **Chiara Zamboni**

Corte di Giustizia, 16 luglio 2020, C-253/19

Parole chiave

Insolvenza transfrontaliera – competenza giurisdizionale internazionale – criteri oggettivi – persona fisica – residenza abituale – COMI – bene immobile – interessi economici – rinvio pregiudiziale.

Massima

La Corte di Giustizia UE ha stabilito che la competenza giurisdizionale in caso di procedure transnazionali relative a persone fisiche, ovvero a persone che non esercitano attività professionale o imprenditoriale, spetta al Giudice dello Stato in cui la persona fisica ha la propria residenza abituale. La presunzione che tale Stato corrisponda a quello in cui è collocato il centro degli interessi principali della persona fisica non è superata dal fatto che l'unico bene che può essere posto in liquidazione sia situato in altro Stato membro ove siano state compiute le transazioni ed i contratti che abbiano dato origine allo stato di insolvenza.

Riferimenti normativi

Art. 3 Reg. 848/2015.

CASO

Con la sentenza in esame la Corte di Giustizia UE si è occupata del criterio di giurisdizione, ai sensi del Reg. 848/2015, in ambito di procedure di insolvenza transfrontaliere relative a persone fisiche che non esercitano attività professionale o imprenditoriale.

SOLUZIONE

La Corte di Giustizia ha chiarito che la presunzione secondo la quale il centro degli interessi

principali della persona fisica insolvente coincide con il Paese in cui egli abbia la residenza non è superata dal fatto che l'unico bene che può essere posto in liquidazione sia situato in un diverso Stato membro, anche nel caso in cui in quest'ultimo Paese siano state compiute le transazioni che hanno determinato lo stato di insolvenza.

QUESTIONI

La Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi a seguito di una domanda di pronuncia pregiudiziale vertente sul Reg. 848/2015 relativo alle procedure di insolvenza transnazionali.

I coniugi Tizio e Caia, residenti in uno Stato membro, hanno richiesto l'apertura di una procedura di insolvenza nei loro confronti in un diverso Stato membro in cui ritenevano fosse situato il loro centro di interessi principali.

Il giudice di primo grado adito ha negato la propria competenza ritenendo, ai sensi dell'art. 3, par. 1, co. 4 Reg. 848/2015 che il centro degli interessi principali dei ricorrenti fosse situato nel diverso Stato in cui essi avevano la residenza abituale e, quale conseguenza, i giudici di quest'ultimo Stato fossero competenti ad aprire la procedura di insolvenza.

I coniugi hanno impugnato la sentenza di primo grado per supposta erronea interpretazione delle norme del Reg. 848/2015 ritenendo che il centro degli interessi principali corrispondesse allo Stato in cui si trovava l'unico bene immobile di loro proprietà, sottoponibile a liquidazione. Inoltre, hanno evidenziato che in detto Stato erano state eseguite le transazioni e conclusi i contratti che avevano determinato il loro stato di insolvenza.

Il giudice del rinvio si è interrogato sulla corretta interpretazione del Reg. 848/2015, ritenendo possibile, in virtù di quanto al considerando n. 30 del Regolamento, per le persone fisiche che non esercitano attività imprenditoriale o di lavoro autonomo, rovesciare la presunzione di coincidenza del centro di interessi principali con il luogo di residenza abituale.

La Corte d'Appello ha così sospeso il giudizio e sottoposto alla Corte di Giustizia la seguente **questione pregiudiziale**:

"Se, nell'ambito del regolamento [2015/848], l'organo giurisdizionale di uno Stato membro sia competente a procedere all'apertura di una procedura principale d'insolvenza di un cittadino che possiede il suo unico bene immobile nel territorio di tale Stato, sebbene egli, insieme al proprio nucleo familiare, sia residente in altro Stato membro, dove svolge attività di lavoratore dipendente".

La Corte di Giustizia ha rilevato, preliminarmente, che l'art. 3, par. 1, co. 1 Reg. 848/2015 individua il **centro degli interessi principali** del debitore, c.d. **COMI**, quale criterio generale di collegamento per stabilire la competenza internazionale ai fini dell'apertura di una procedura di insolvenza che presenti elementi di estraneità rispetto alle procedure nazionali.

Secondo costate giurisprudenza comunitaria, la nozione di centro degli interessi principali deve essere **interpretata in maniera autonoma** e uniforme, essendo contenuta in una disposizione del diritto dell'Unione senza espresso riferimento al diritto degli Stati membri.

Inoltre, la Corte ha evidenziato che il centro degli interessi principali deve essere inteso come il luogo in cui il debitore esercita in maniera abituale e riconoscibile dai terzi la gestione dei suoi interessi. Il ricorso a **criteri oggettivi**, verificabili dai terzi, è fondamentale per garantire la certezza del diritto e la prevedibilità dell'individuazione del giudice competente ad aprire la procedura di insolvenza. In linea, l'Avvocato Generale aveva sottolineato che le norme sulla competenza internazionale del Reg. 848/2015 fungono da deterrente per il trasferimento di beni o procedimenti giudiziari da uno Stato membro ad un altro Stato in cui vi sia un trattamento più favorevole in danno della massa dei creditori.

Le considerazioni formulate dalla Corte si applicano, per sua stessa manifestazione, a qualsiasi tipo di debitore, comprese le persone fisiche che non esercitano attività imprenditoriale o professionale autonoma.

Secondo gli eurogiudici, al fine di determinare il centro degli interessi principali di una persona fisica che non esercita attività imprenditoriale o professionale autonoma bisogna avere riguardo alla situazione patrimoniale ed economica, che corrisponde al luogo in cui egli **gestisce i suoi interessi economici** e dove sono percepiti e spesi la maggior parte dei redditi o al luogo in cui si trova la maggior parte dei suoi beni. Quale conseguenza, fino a prova contraria si presume che la gestione abituale degli interessi avvenga nel luogo della **residenza abituale**, dal momento che è più probabile che corrisponda al centro degli interessi economici principali.

Ciò posto, la Corte si è interrogata sulla portata della prova contraria in grado di superare la **presunzione** menzionata. Ai sensi del considerando 30 del Reg. 848/2015, la presunzione è superabile se la maggior parte dei beni del debitore è localizzata al di fuori dello Stato membro di residenza abituale o se può essere dimostrato che il principale motivo di spostamento era quello di aprire la procedura in uno Stato in cui si comprometterebbero gravemente gli interessi dei creditori i cui rapporti col debitore risalivano a prima dello spostamento. Tuttavia, la presunzione può essere vinta solo a seguito di una **valutazione globale** dell'insieme dei criteri oggettivi da parte del giudice adito, non è detto che la presenza di un criterio sia di per sé idonea a superare la presunzione.

Alla luce di quanto esposto, la Corte di Giustizia ha chiarito che il fatto che l'unico **bene immobile** di **proprietà** del debitore sia situato in uno Stato membro diverso da quello della residenza non è sufficiente a superare la presunzione di corrispondenza tra il centro di interessi principale ed il luogo di residenza abituale.

Master di specializzazione
RUOLO DELL'AVVOCATO NELLA CRISI D'IMPRESA DOPO IL LOCKDOWN
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

Diritto Bancario

Promemoria interessi, usura e mutui secondo la Cassazione

di **Fabio Fiorucci**

Di seguito una essenziale rassegna di decisioni della giurisprudenza di legittimità in tema di interessi, usura e contratto di mutuo.

Anche gli interessi di mora sono assoggettati alla normativa antiusura (Cass., Sez. Un., n. 19597/2020).

La mancata indicazione dell'interesse di mora nell'ambito del TEGM non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali, i quali contengano comunque la rilevazione del tasso medio praticato dagli operatori professionali, statisticamente rilevato in modo del pari oggettivo ed unitario, essendo questo idoneo a palesare che una clausola sugli interessi moratori sia usuraria, perché 'fuori mercato' (Cass., Sez. Un., n. 19597/2020).

Ove l'interesse corrispettivo sia lecito, e solo il calcolo degli interessi moratori applicati comporti il superamento della soglia usuraria, ne deriva che solo questi ultimi sono illeciti e preclusi; ma resta l'applicazione dell'art. 1224 c.c., comma 1, con la conseguente applicazione degli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente pattuiti (Cass., Sez. Un., n. 19597/2020).

Anche in corso di rapporto sussiste l'interesse ad agire del finanziato per la declaratoria di usurarietà degli interessi pattuiti, tenuto conto del tasso-soglia del momento dell'accordo; una volta verificatosi l'inadempimento ed il presupposto per l'applicazione degli interessi di mora, la valutazione di usurarietà attiene all'interesse in concreto applicato dopo l'inadempimento(Cass., Sez. Un., n. 19597/2020).

Nei rapporti bancari, gli interessi corrispettivi e quelli moratori contrattualmente previsti vengono percepiti ricorrendo presupposti diversi ed antitetici, giacché i primi costituiscono la controprestazione del mutuante e i secondi hanno natura di clausola penale, in quanto costituiscono una determinazione convenzionale preventiva del danno da inadempimento. Essi, pertanto, non si possono fra loro cumulare a fini della determinazione del tasso usurario (Cass. n. 17447/2019; Cass. n. 26286/2019).

Usura 'sopravvenuta': allorché il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuatario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura come determinata in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge, o della clausola stipulata successivamente per un

tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula (Cass., Sez. Un., n. 19 ottobre 2017, n. 24675, ribadita da Cass. n. 2311/2018 e Cass. n. 9762/2018);

La polizza assicurativa sottoscritta contestualmente al contratto di finanziamento (collegamento temporale) e ad esso funzionalmente riconducibile (collegamento negoziale) concorre alla determinazione del tasso usurario (Cass. n. 8805/2017; Cass. n. 9298/2018 e Cass. n. 22458/2018; Cass. n. 17466/2020).

Nuove tecnologie e Studio digitale

A tutto podcast: anche gli avvocati scoprono il valore dell'audio

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

La pandemia e la rivoluzione delle abitudini che ha portato con sé hanno accelerato un processo di digitalizzazione già in atto anche nel mondo legal. Il marketing e la comunicazione sul web hanno così preso piede a tutti i livelli organizzativi del mondo legale: dagli studi di piccole dimensioni (le c.d. boutique del diritto) agli studi di ampie dimensioni (le c.d. law firm) si sono dotati di sito Internet, presenza sui social e attività di business development.

BUSINESS DEVELOPMENT

Il passaparola non finirà, ma diventerà residuale e non reggerà più l'approvvigionamento di nuova clientela per lo studio, anche questo è oramai noto a tutti. La conseguenza è che più o meno tutti gli studi legali oggi si stanno dotando di strumenti di marketing soprattutto per il mondo web, consci che lì risiede la principale risorsa da utilizzare per il futuro. Gli studi che prima avevano tergiversato per realizzare il proprio sito Internet hanno trovato il tempo e la voglia di metterci mano e così anche per la presenza sui social. Una volta presenti, tuttavia, non si è certo arrivati a compimento del progetto di business development, perché la macchina va fatta funzionare e necessita di carburante per girare e produrre risultati. Il carburante del marketing per professionisti e del legal marketing in particolare è rappresentato dai contenuti, giuridici o paralegali, ma è dai contenuti che passa la promozione di sé stessi e del proprio studio.

Quali sono per un legale i contenuti e quali gli strumenti dunque?

CONTENT MARKETING

Concettualmente fare marketing oggi non è molto distante dalle abitudini del passato, nel senso che alcuni (pochi) professionisti già in epoche pregresse avevano capito che avere la cattedra universitaria, scrivere libri, fare interviste, stringere mani e partecipare a convegni e tavole rotonde rappresentava un utile biglietto da visita per costruire il proprio nome e farlo girare. Quel nome oggi si chiama brand e il luogo dove farlo girare non sono più le piazze e i circoli, ma il web. Inoltre, i libri da scrivere non sono più soltanto cartacei, ma anche digitali, così come gli articoli, le interviste e le tavole rotonde e la formazione. La sostanza non è molto cambiata per i professionisti, quanto sono cambiati gli strumenti, i canali e le occasioni.

Anche oggi, come in passato, il nostro nome si costruisce con i contenuti, dimostrando bravura, aggiornamento, qualità e professionalità. Come in passato, il cliente poco gradisce la

pubblicità diretta, quali pagine di giornali, cartelloni pubblicitari, banner o simili. Gradisce, invece, leggere contenuti smart, vedere il proprio consulente tra i relatori di un convegno, oppure tra gli autori di una pubblicazione, sintomo di professionalità e autorevolezza.

Se un tempo erano le università e gli editori a fare da terzi garanti della propria professionalità, ospitando gli scritti del professionista, oggi è Google e i social a rendere giustizia (o così dovrebbe essere) della notorietà e autorevolezza del professionista, restituendo scritti, interviste, immagini e commenti che dimostrano la popolarità dello stesso. I like e i followers dovrebbero poi completare il tutto dando il senso della visibilità del professionista sulla nuova comunità del web, da cui tutto oramai passa.

QUALI CONTENUTI

Se il content marketing resta dunque la modalità professionale per eccellenza per comunicare la propria professionalità al pubblico, dobbiamo chiederci quali contenuti e quali strumenti realizzano in concreto questa opzione.

Ebbene, accanto al classico scritto, quali articoli, commenti, note a sentenza, abbiamo altri strumenti più "moderni" che sono anche più fruibili e incisivi per il pubblico. Parliamo dei video e dei podcast. I video sono sicuramente i più seguiti dal pubblico del web, perché attraggono maggiormente l'attenzione. Il punto è che ciò vale per settori diversi da quello giuridico, dove il video presenta musiche, scene dinamiche e quindi è piacevole da vedere, più che leggere un testo. In ambito legale, tuttavia, i video sono generalmente pesanti, noiosi e statici. Vediamo così relatori dietro una cattedra, piuttosto che speaker ingessati dietro una telecamera a declamare mono-tono norme e regole poco appetibili per un pubblico di destinatari spesso non tecnici. Detto in altro modo, il video va bene se è bello da vedere, altrimenti diventa pesante e poco attrattivo.

Esiste quindi una alternativa al video e allo scritto? Certo che sì: si chiama podcast.

IL NUOVO ORIZZONTE LEGAL: I PODCAST

Eccoci giunti al nuovo trend che dal mondo della musica, poi della radio e infine dei talk show sta coinvolgendo settori finora estranei, come il mondo delle professioni. Parliamo dei podcast, audio mp3, facilmente gestibili sia in fase di produzione, che di ascolto.

Produrre un podcast è concettualmente molto semplice, basta avere un microfono, un luogo silenzioso dove registrare e un software per la post produzione. Vediamo i singoli strumenti di cui dotarci per un risultato professionale.

CONTINUA A LEGGERE

Master di specializzazione
PCT: SOLUZIONI OPERATIVE E ASPETTI DEONTOLOGICI
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >