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

Edizione di martedì 1 dicembre 2020

Senza categoria

Sanità digitale: un recente caso di data breach sanzionato dall'Autorità Garante

Comunione – Condominio - Locazione

Il deposito cauzionale nei contratti di locazione ad uso commerciale: legittimità della clausola di rinuncia alla restituzione
di **Saverio Luppino**

Procedimenti di cognizione e ADR

La procura alle liti non può essere prodotta in allegato alla nota di deposito della procura medesima
di **Valentina Baroncini**

Esecuzione forzata

La pignorabilità di un credito futuro, condizionato o incerto
di **Fabio del Torchio**

Responsabilità civile

La compensatio lucri cum damno non opera se il vantaggio non è conseguenza diretta e immediata del fatto generatore di responsabilità risarcitoria
di **Paolo Cagliari**

Comunione – Condominio - Locazione

La mediazione in condominio: necessaria l'autorizzazione assembleare per la partecipazione dell'amministratore
di **Saverio Luppino**

Diritto successorio e donazioni

Il disconoscimento dell'interesse ad impugnare il testamento
di **Corrado De Rosa**

Diritto e reati societari

Il diritto di accesso del socio della controllante si estende alla documentazione della controllata
di **Virginie Lopes**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Revocabilità dell'accordo di pegno su quote di S.r.l.: tra principio di consecuzione ex art. 69 bis L.F. ed effetto novativo
di **Giulia Ferrari**

Diritto Bancario

Brevi note sulla clausola floor inserita nei contratti di mutuo
di **Fabio Fiorucci**

Nuove tecnologie e Studio digitale

Comunicare la sostenibilità è intelligente
di **Giulia Maria Picchi - Senior partner Marketude**

Senza categoria

Sanità digitale: un recente caso di data breach sanzionato dall'Autorità Garante

Opportunità e rischi del processo di digitalizzazione in sanità

In diverse occasioni il Garante per la protezione dei dati personali, pur riconoscendo che il processo di digitalizzazione in sanità va senz'altro promosso – in quanto rappresenta un'opportunità non solo per migliorare l'efficacia delle prestazioni di cura, ma anche per garantire una maggiore efficienza del sistema sanitario nazionale – ha evidenziato la necessità che lo stesso sia governato con la massima attenzione in quanto coinvolge categorie particolari di dati personali tra le più delicate, quali sono quelli relativi allo stato di salute.

A questo proposito basti ricordare che nel 2009 l'Autorità Garante, preso atto del sempre più frequente utilizzo da parte delle aziende sanitarie delle tecnologie informatiche e telematiche, ha ritenuto necessario, nelle more di un opportuno e auspicato intervento normativo, individuare un primo quadro di regole, accorgimenti e cautele finalizzate a garantire il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche, adottando le *"Linee guida in tema di Fascicolo sanitario elettronico e di dossier sanitario"*.

Successivamente, come è noto, le regole e le misure di sicurezza contenute nelle predette linee guida sono state recepite nel DPCM 29.09.2015, n. 178 *"Regolamento in materia di fascicolo sanitario elettronico"*, con il quale è stata data attuazione a quanto previsto dall'art. 12 della legge 221/2012.

Per quanto riguarda, in particolare, l'utilizzo del *dossier sanitario,* costituito presso un organismo sanitario in qualità di unico titolare del trattamento, attraverso il quale sono rese accessibili informazioni relative ad eventi clinici presenti e trascorsi, volte a documentare la storia clinica di un individuo, l'Autorità Garante ha effettuato diversi accertamenti ispettivi presso aziende sanitarie pubbliche[1], nell'ambito dei quali sono stati accertati, tra le altre criticità, molti casi di accessi abusivi ai dossier sanitari da parte di soggetti non autorizzati, resi possibili oltre che **dall'inadeguatezza delle misure di sicurezza organizzative e tecniche adottate, anche dalla carente sensibilizzazione e formazione del personale in materia di protezione dei dati personali.**

A seguito delle criticità riscontrate durante i predetti accertamenti e considerato il sempre maggiore utilizzo di strumenti di condivisione informatica di dati e documenti nell'ambito delle attività cliniche delle aziende sanitarie pubbliche e private**, l'Autorità Garante ha ritenuto opportuno adottare, con il provvedimento n. 331 del 04.06.2015, delle nuove linee guida in**

materia di dossier sanitario, al fine di fornire un quadro di riferimento unitario per conformare i trattamenti di dati personali, effettuati tramite i dossier sanitari, ai principi e agli obblighi previsti dalla normativa in materia di protezione dei dati personali, con particolare riferimento **all'informativa, al consenso, ai diritti degli interessati e alle misure di sicurezza organizzative e tecniche**.

Un recente caso di data breach, avvenuto tramite il dossier sanitario, sanzionato dall'Autorità Garante

Nel ricordare che anche successivamente all'adozione delle nuove linee guida in materia di dossier sanitario, l'Autorità Garante ha dovuto intervenire, a seguito di specifiche segnalazioni, presso alcune aziende sanitarie con propri provvedimenti prescrittivi e sanzionatori[2], nel seguito si ritiene opportuno **analizzare il provvedimento del 23. 01. 2020 (doc. web n. 9269629) con il quale è stata sanzionata un'importante azienda sanitaria pubblica per data breach** causati da alcuni accessi a dossier sanitari, non giustificati da necessità di cura dei relativi pazienti.

Nelle premesse del provvedimento viene fatto riferimento al fatto che l'Azienda sanitaria, dopo aver riscontrato che **in tre diversi casi si era verificato un accesso improprio ad alcuni dossier sanitari di pazienti**, che erano al tempo stesso anche dipendenti, ha proceduto, ai sensi dell'art. 33 del GDPR, ad inoltrare la notifica della violazione di dati personali al Garante, dichiarando che gli accessi erano stati effettuati rispettivamente "*con le credenziali di un medico che, durante il turno notturno, ha lasciato incustodita e accessibile la postazione pc in uso, consentendo ad altri di accedere ai dati sanitari di sei pazienti/dipendenti*", "*da un tecnico sanitario di radiologia, al fine di vedere come funzionava l'applicazione*" e per "*per mera curiosità*".

Nelle notifiche all'Autorità Garante, l'Azienda sanitaria dopo aver precisato che aveva portato a conoscenza di tutto il personale, tramite il "Disciplinare tecnico sull'uso delle risorse informatiche aziendali" e le istruzioni presenti negli atti di designazione a incaricati/autorizzati al trattamento (ivi compresi gli specializzandi), specifiche indicazioni in merito ai presupposti di liceità degli accessi al dossier sanitario aziendale, ha confermato l'intenzione di implementare "ulteriori e più sofisticati filtri che permetteranno ai tecnici di radiologia di consultare i soli dati (immagini) necessari allo svolgimento dei propri compiti", informando altresì di aver **avviato un procedimento disciplinare nei confronti dei dipendenti responsabili dei predetti accessi non autorizzati ai dossier sanitari**.

Conclusa l'attività istruttoria e tenuto conto delle memorie difensive presentate dall'Azienda sanitaria, il Garante, pur considerando che gli accessi impropri ai dossier sanitari sono da ascriversi a una "condotta infedele" di alcuni medici e tecnici sanitari di radiologia, ha ritenuto comunque illecito il trattamento, in quanto effettuato in violazione dell'art. 5.1.f del GDPR, decidendo:

- di ingiungere, quale misura correttiva, di completare entro 90 giorni l'implementazione delle misure descritte nelle memorie difensive, volte a migliorare le procedure di

accesso ai dossier sanitari aziendali da parte del personale a ciò autorizzato.
- di ordinare il pagamento della somma di euro 30.000 a titolo di sanzione amministrativa pecuniaria;
- di disporre, ai sensi dell'art. 166, comma 7, del D. Lgs. 196/03, la pubblicazione per intero sul sito web del Garante il provvedimento correttivo e sanzionatorio

Conclusioni

Il caso di data breach sopra analizzato, dimostra quanto sia indispensabile per le aziende sanitarie che intendono utilizzare strumenti di sanità digitale, qual è appunto il dossier sanitario, non solo **effettuare prioritariamente un'approfondita analisi dei rischi** che tale utilizzo può comportare per i diritti e le libertà fondamentali degli interessati e, conseguentemente, **adottare le necessarie misure organizzative e tecniche ritenute adeguate per garantire un livello di sicurezza proporzionato ai rischi**, ma anche dotarsi di una procedura che consenta di testare, verificare e valutare costantemente l'efficacia di tali misure.

Un ulteriore insegnamento che si deve trarre dal caso di data breach appena analizzato, riguarda la **necessità che il processo di digitalizzazione nelle aziende sanitarie venga accompagnato da una costante ed adeguata attività di sensibilizzazione e di formazione del management e di tutti gli operatori sanitari,** sui principi e sugli obblighi di compliance previsti dalla vigente normativa europea e nazionale in materia di protezione dei dati personali.

In conclusione, ciò che emerge dall'analisi del provvedimento del Garante è che **gli accorgimenti e le cautele contenute nelle linee guida in materia di dossier sanitario vanno implementate alla luce delle novità introdotte dal GDPR**, con particolare riferimento al principio di *accountability* e a quello della *privacy by design e by default*. Solo nel rispetto di tali principi, infatti, è possibile che il pur auspicabile utilizzo delle soluzioni di sanità elettronica da parte delle aziende sanitarie, venga effettuato nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali dei pazienti.

[1] Si vedano in particolare i seguenti provvedimenti: "Dossier sanitario e trattamento dei dati personali dei pazienti" del 10.01.2013 (doc. web n. 2284708); "Trattamento di dati tramite il dossier sanitario aziendale" del 03.07.2014 (doc. web n. 3325808); "Dossier sanitario elettronico e privacy dei pazienti" del 23.10.2014 (doc. web n. 3570631); "Illiceità nel trattamento di dati personali e sensibili presso una struttura ospedaliera" del 18.12.2014 (doc. web n. 3725976);

[2] Si vedano, ad esempio, i seguenti provvedimenti: "Ordinanza ingiunzione nei confronti di Azienda Unità Sanitaria Locale di Piacenza" del 06.06.2018 (doc. web 9023253); "Ordinanza ingiunzione nei confronti di Azienda Sanitaria Locale di Alessandria" del 31.01.2019 (doc. web 9099205)

Comunione – Condominio - Locazione

Il deposito cauzionale nei contratti di locazione ad uso commerciale: legittimità della clausola di rinuncia alla restituzione

di **Saverio Luppino**

Cassazione civile, sez. VI, 01 Ottobre 2020, n. 20975. Pres. Adelaide Amendola. Est. Chiara Graziosi.

"Nel contratto di locazione ad uso diverso da abitazione ***è possibile pattuire la rinuncia*** *del conduttore all'eccezione di compensazione* **in riferimento al deposito cauzionale***, clausola, questa, con la quale le parti perseguono lo scopo di impedire un utilizzo del deposito cauzionale non conforme alla sua funzione di garanzia quanto alle condizioni in cui viene restituito l'immobile al momento del rilascio."*

La Suprema Corte di Cassazione con questa recente sentenza in commento torna ad occuparsi riguardo la legittimità della clausola di rinuncia del deposito cauzionale nei contrati di locazione commerciale ex articolo 27 L.392/78. La vicenda trae origine da una vicenda processuale nella quale, presentando ricorso al Tribunale di Reggio Emilia, la società conduttrice N. Alfa si opponeva ad un decreto ingiuntivo di pagamento di Euro 10.022,83, oltre interessi e spese, a favore di Immobiliare Beta somma dovuta in qualità di canoni di locazione e rimborso di imposta di registro relativamente un contratto di sublocazione di un capannone industriale. La ricorrente eccepiva l'estinzione del credito per compensazione con il deposito cauzionale versato da questa in favore della locatrice. Si costituiva l'opposta, insistendo nella sua pretesa e, in subordine, prospettando compensazione in relazione a un credito ulteriore relativo al risarcimento di danni. **Il Tribunale** di prime cure accoglieva l'opposizione e revocava il decreto ingiuntivo, poiché riteneva **nulla la clausola** di cui all'art. 15 del contratto di sublocazione vigente tra le parti, **nella quale si prevedeva la rinuncia alla compensazione,** in quanto generica e priva della specifica indicazione dei diritti a cui si intendeva rinunciare e pertanto preclusiva della consapevole volontà prima della stipula per la parte sottoscrivente. Tuttavia la vicenda aveva seguito in grado d'appello, ove l**a Corte d'appello di Bologna** accoglieva l'appello di Immobiliare Beta, rigettando pertanto l'opposizione e confermando il decreto ingiuntivo, **poiché riteneva differentemente dal giudice di prime cure, valida la clausola di cui sopra e quindi l'avvenuta rinuncia della conduttrice alla compensazione**, in quanto la interpretava come consequenziale ad altre clausole che prevedevano l'obbligo del subconduttore di versare il deposito cauzionale ed il diritto della sublocatrice di trattenere tutte le somme versate.

Come sovente accade nella materia locatizia, la vicenda perveniva all'attenzione della

Suprema Corte, chiamata a dirimere la questione sulla legittimità della clausola di rinuncia al deposito cauzionale, in quanto N. Alfa proponeva ricorso per cassazione, basato su un unico motivo relativo alla violazione o falsa applicazione delle norme civilistiche sull'interpretazione del contratto, in riferimento all'art. 15 (clausola contenente la rinuncia) del contratto di locazione in vigore tra le parti ed agli artt. 1341 e 1342 c.c.

La Suprema Corte affrontava *in primis* il motivo di ricorso riferito alla normativa ermeneutica e lo reputava inammissibile in quanto non correttamente espletato, poiché la ricorrente si limitava a tentare di ricondurre l'interpretazione della clausola contrattuale in esame a quella fornita dal giudice di prime cure, ad ella favorevole, senza individuare alcuna reale violazione dei canoni interpretativi di cui agli artt. 1362-1371 c.c. Dichiarava questa Corte altrettanto inammissibile il motivo di ricorso che chiedeva la nullità ex art. 1341 c.c. della clausola di cui all'art. 15, per mancata espressa approvazione per iscritto della clausola onerosa o vessatoria, poiché si trattava di questione nuova mai menzionata nel *thema deicidendum* fino ad allora. **Infine, riconosceva la legittimità della clausola di rinuncia** in quanto espressione dell'equilibrio sinallagmatico tra le parti del contratto di locazione, dove – per giurisprudenza costante della medesima corte – non si ritiene vi sia una parte "debole" meritevole di particolari tutele, mentre il rapporto negoziale resta soggetto alla piena libertà contrattuale, entro i limiti normativi.

La natura del deposito cauzionale

Chi scrive si è già occupato diffusamente delle problematiche locatizie inerenti la validità delle clausole in deroga alla disciplina vincolistica e dalla legge.[1]

Il deposito cauzionale, quando e se previsto in contratto di locazione, non costituisce più – specie per la destinazione di pegno irregolare, con cui si qualifica – **l'unico strumento** a tutela dei correlati impegni ed obblighi primari del conduttore, essendo finalizzato, com'è noto, quale specifica garanzia sui danni arrecati all'immobile e non genericamente sull'adempimento delle altre obbligazioni contrattuali ed atteso che la fideiussione assolve più propriamente a tale ultimo aspetto.

Relativamente al consueto strumento del deposito cauzionale, ossia la somma che al momento della sottoscrizione del contratto il conduttore trasferisce al locatore a garanzia dei danni sull'immobile, l'art. 11, legge 392/1978, norma non abrogata dalla legge 431/1998, ma valida ed astrattamente applicabile ad entrambe le fattispecie contrattuali abitative e non abitative, ne prevede la misura **massima di tre mensilità**, limite non derogabile, ed impone – in quanto obbligazione pecuniaria – l'obbligo di corresponsione di interessi, da corrispondersi al conduttore alla fine di ogni anno.

A più riprese la giurisprudenza di legittimità ha chiarito come, nel vigore della legge 392/1978, la norma risultasse di carattere imperativo, dettata a presidio della finalità di ordine generale e protezione del conduttore, parte debole del rapporto impedendo che la cauzione, mediante i frutti percepibili dal locatore, potesse tradursi in un surrettizio incremento del

corrispettivo della locazione e, conseguentemente, prevedendo la nullità delle clausole contrattuali che stabilissero una disciplina della restituzione difforme da quella contenuta in detta norma.

L'abrogazione dell'articolo 79 legge 392/1978 per gli usi abitativi, sembra non avere previsto l'analogo rigido meccanismo della legge precedente, in quanto ora, sotto il vigore della legge 431/1998, la nullità di un'eventuale clausola di esonero dalla corresponsione degli interessi non sembra poter discendere, in ragione di un indiretto incremento del canone, dal comma 4 dell'art. 13, legge 431/1998, perché questo fa riferimento al "canone contrattualmente pattuito" e non più a quello legale, potendosi prevedere un deposito cauzionale infruttifero, per tali fattispecie contrattuali ad uso abitativo.

In ragione dell'esame dei principali indirizzi della giurisprudenza di merito e legittimità formatasi sull'argomento possono trarsi alcuni postulati:

– *"l'obbligo posto a carico del locatore di corrispondere annualmente al conduttore gli interessi maturati sul deposito cauzionale trae origine dall'esigenza di evitare che venga altrimenti riconosciuto al locatore un supplemento di canone surrettizio, con la conseguenza che detti interessi, in particolare, devono essere corrisposti anche in difetto di richiesta del conduttore"* .[2]

– La regola dettata dall'art. 11, legge 392/1978 sul deposito cauzionale, non prevede affatto una scadenza di anno in anno degli interessi sul deposito cauzionale, consentendo al locatore di corrispondere l'intera somma, costituita da capitale e interessi, alla scadenza contrattuale definitiva".[3]

– *Il principio di inderogabilità della disciplina normativa dettata in materia di deposito cauzionale contenuta nell'art. 11, legge 392/1978 non opera con riferimento ai contratti di locazione stipulati sotto la vigenza della novella normativa di cui alla legge 431/1998, poiché deve ritenersi che – secondo la nuova disciplina locatizia – le parti possano legittimamente prevedere che il deposito cauzionale non sia produttivo di interessi"*[4].

– *"In sede di stipula di* ***un contratto di locazione ad uso commerciale*** *le parti possono derogare a quanto previsto dall'art.11 della legge 392/1978, convenendo la natura infruttifera del deposito cauzionale"* [5].

Emerge un chiaro contrasto tra il vigore della disciplina precedentemente formatasi nel corso dei venti anni e sotto la legge 392/1978, con i presidi e garanzie che la norma offriva alla parte più debole del contratto ed i più recenti orientamenti della giurisprudenza di merito, che sganciandosi dalla consolidata giurisprudenza di legittimità mirano oggi a differenti approdi, a salvaguardia di una concreta parità delle posizioni dei contraenti.

La legittimità della pattuizione contrattuale con cui il conduttore rinuncia all'eccezione di compensazione in riferimento alla restituzione del deposito cauzionale.

La Suprema Corte di Cassazione, nella sentenza in esame, ha sostenuto quanto segue: nel prevedere in via pattizia la rinuncia del conduttore a far valere i diritti di ritenzione e compensazione che dovessero eventualmente competergli, intendendo quindi nel caso di specie la rinuncia ad eccepire l'avvenuta compensazione del debito di pagamento dei canoni con il credito derivante dal deposito cauzionale, le parti del contratto *"non sono entrate in una posizione di discrasia rispetto ai principi normativi attinenti al tipo di contratto, bensì li hanno potenziati e specificati, esercitando la loro autonomia negoziale"*.[6]

Ciò che le parti hanno infatti inteso perseguire con la suddetta clausola è stata la finalità di **assicurare il deposito cauzionale alla sua funzione di garanzia per gli eventuali danni** che potrebbe riportare l'immobile al momento del rilascio. Ed è stata la stessa giurisprudenza di legittimità a riconoscere espressamente e più volte l'importanza della funzione di garanzia del deposito in relazione all'eventuale insorgenza di un'obbligazione risarcitoria in capo al cauzionante, ragion per cui l'assetto predisposto dalle parti volto a preservare questa garanzia si pone in piena conformità con la *ratio* della disciplina locatizia.[7]

Più in generale, il giudice di legittimità mette in luce, nella pronuncia *de qua*, come in riferimento ai **contratti di locazione ad uso diverso da quello abitativo** sia ormai un principio consolidato che non possa rinvenirsi in essi un rapporto squilibrato tra le parti, paragonabile a quello in cui il debitore si trovi nella posizione di mero aderente ad un regolamento contrattuale interamente predisposto dal creditore, a cui il primo possa solo soggiacere, rapporti questi ultimi per i quali la disciplina codicistica detta norme di tutela (art. 1341 e 1342 c.c.).

Conseguentemente, non risulta possibile rinvenire in questa tipologia contrattuale una parte "debole" a cui attribuire, in via normativa o giudiziale, accentuate garanzie e tutele. Anzi, proprio perché è stato appurato l'equilibrio sinallagmatico che informa la causa del contratto di locazione, non potrebbe accordarsi una peculiare salvaguardia ad una parte a discapito dell'altra, per non alterare quanto negozialmente pattuito e quanto è frutto della libertà ed autonomia contrattuale dei contraenti.[8]

Si sottolinea inoltre, per avvalorare quanto fin ora esposto, che dottrina e giurisprudenza costanti hanno affermato la vigenza nel contratto di locazione ad uso non abitativo del principio di libertà di determinazione del canone, in forza del quale non vengono posti limiti all'autonomia negoziale nemmeno con riguardo alla scelta di uno degli elementi essenziali del contratto, purché sia rispettato l'equilibrio sinallagmatico tra prestazione e controprestazione.[9]

Ed è stato lo stesso Legislatore ad aver sancito la più ampia libertà negoziale delle parti nel contratto di locazione ad uso non abitativo, con la riforma dell'art. 79 della legge n. 392/1978, ad opera dell'art. 18 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito in legge 11 novembre 2014, n. 164, il quale ha inserito un terzo comma nel testo dell'articolo in cui si prevede la possibilità per le parti di contratti di locazione ad uso diverso da quello abitativo di prevedere in via convenzionale termini e condizioni contrattuali derogatori rispetto alle

disposizioni della presente legge, per le c.d. "grandi locazioni commerciali", aprendo ampi spiragli e prefigurando una tanto reclamata quanto imminente riforma degli articoli sulle locazioni ad uso non abitativo.[10]

In conclusione, non si può ritenere una clausola onerosa o vessatoria quella apposta ad un contratto di locazione ad uso non abitativo in cui si pattuisca in via preventiva la rinuncia alla ripetizione del deposito cauzionale, in quanto non si è in presenza di un contratto predisposto secondo moduli o formulai, né tantomeno di un contratto il cui regolamento è stabilito unilateralmente da una sola parte, bensì si è difronte **ad un contratto sinallagmatico**, informato dal principio di libertà negoziale. Dunque, tale clausola è da considerarsi pienamente valida ed efficace, in quanto espressione dell'autonomia contrattuale e conforme alle norme di legge, e a maggior ragione giustificata dalla ratio di tutela dell'eventuale obbligazione risarcitoria in caso di danni al bene immobile oggetto di locazione.

[1] Luppino, Locazioni Immobiliari: redazione e impugnazione del contratto, Maggioli 2019

[2] Ex multis Cass. civ. 19.8.2003 n.12117

[3] Cass. civ. 27.11.2006 n.25136

[4] Trib. Modena 23.7.2004

[5] Trib. Roma, 7.7.2011 n.15443

[6] Cass. sez. 3, 1 ottobre 2020 n. 20975

[7] Cass. sez. 3, 21 aprile 2010 n. 9442; Cass. sez. 3, 5 luglio 2019 n. 18069

Fra i tanti contributi, sia consentito rinviare anche a F. Machina Grifeo "Locazioni commerciali, legittima rinuncia a compensare la cauzione" *Norme&Tributi Plus Diritto*, 2 ottobre 2020.

[8] Cass. sez. 3, 26 settembre 2019 n. 23896

[9] Tribunale Foggia, Sez II Civile, Sentenza 16 aprile 2013 n. 577

[10] Art. 79, comma 3, della L. 27 luglio 1978, n. 392 rubricato "Patti contrari alla legge"

Procedimenti di cognizione e ADR

La procura alle liti non può essere prodotta in allegato alla nota di deposito della procura medesima

di **Valentina Baroncini**

Cass., sez. III, 4 novembre 2020, n. 24472, Pres. Armano – Est. Iannello

[1] Parti e difensori – Difensori – Patrocinio – Procura alle liti – Validità (artt. 83, 125 c.p.c.)

Non è tassativa l'elencazione degli atti processuali, sui quali può essere apposta la procura speciale alle liti, contenuta nell'art. 83, comma 3, c.p.c., purché l'atto sia depositato al momento della costituzione in giudizio (v. l'art. 125 c.p.c.) e la controparte non abbia sollevato specifiche contestazioni sulla regolarità del mandato. Occorre, però, che si tratti pur sempre di "atto processuale", sia pure nella nozione lata, riferita cioè a qualunque elemento del processo di realizzazione della tutela giurisdizionale (fattispecie in cui la nuova procura era stata prodotta in allegato a nota di deposito della stessa).

CASO

[1] Un istituto di credito proponeva azione revocatoria ordinaria per la dichiarazione d'inefficacia di vari atti di conferimento di alcuni cespiti di proprietà esclusiva del presidente del consiglio di amministrazione di una società e a favore della società medesima.

Nel corso del giudizio di primo grado, le parti convenute eccepivano la nullità *ex* art. 77 c.p.c. della procura alle liti conferita al difensore da due procuratori speciali dell'istituto di credito, ritenuti privi del relativo potere; l'adito Tribunale di Livorno concedeva, così, termine per rinnovare la procura.

La nuova procura alle liti veniva depositata telematicamente in allegato alla nota di deposito della procura medesima (e di nessun altro atto processuale), ma veniva ritenuta invalida dal Tribunale per difetto del potere del difensore di autenticare la firma del conferente in ipotesi diverse da quelle tassativamente previste dall'art. 83, terzo comma, c.p.c.

In totale riforma della sentenza di primo grado, la Corte d'Appello di Firenze, chiarito che la nuova procura dovesse ritenersi ritualmente prodotta in allegato alla nota di deposito della stessa, e che l'elencazione degli atti di cui al menzionato art. 83, terzo comma, c.p.c., non dovesse ritenersi tassativa, affermava la validità della seconda procura, accogliendo l'azione revocatoria promossa.

Avverso tale decisione, le parti convenute proponevano ricorso per cassazione di cui, per quanto di interesse nella presente sede, verrà esaminato il solo terzo motivo. Tramite il medesimo, i ricorrenti denunciavano, ai sensi dell'art. 360, n. 3), c.p.c., violazione e falsa applicazione delle norme di diritto sulla affermata validità della seconda procura rilasciata, in relazione agli artt. 83, 84, 125 c.p.c. e 2703 c.c.: in particolare, censuravano l'intero impianto argomentativo proposto dalla Corte d'Appello e rilevavano come la nota di deposito non rappresentasse un atto processuale (di ingresso nel processo) idoneo a veicolare la procura, ma fosse soltanto un mezzo telematico attraverso cui era stata effettuata la produzione della procura medesima.

SOLUZIONE

[1] La Suprema Corte accoglie tale motivo di ricorso, dopo averlo riqualificato *ex officio* nei termini di *error in procedendo ex* art. 360, n. 4), c.p.c.

Nel dettaglio, i giudici di legittimità ammettono che l'elencazione degli atti idonei a contenere la procura alle liti, racchiusa nell'art. 83, terzo comma, c.p.c., non sia tassativa, ma al contempo escludono che la nota di deposito della procura medesima (e di nessun altro atto) possa essere qualificata quale atto processuale idoneo a veicolare, per l'appunto, il mandato alle liti.

In accoglimento di tale motivo, la Suprema Corte cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito ai sensi dell'art. 384 c.p.c., dichiara l'inammissibilità della domanda proposta dall'istituto di credito in primo grado.

QUESTIONI

[1] La Corte di cassazione ha affrontato la questione inerente alla validità della procura alle liti, che sia stata prodotta in allegato alla nota di deposito della procura medesima (e di nessun altro atto processuale). Prima di procedere nell'analisi, è senz'altro opportuno evidenziare la novità della questione trattata: aspetto, questo, che ha condotto i giudici a disporre la compensazione delle spese del giudizio.

Il ragionamento condotto dalla Suprema Corte muove dall'analisi degli atti idonei a contenere la procura alle liti allo scopo di verificare se l'*iter* seguito nel caso sottoposto al suo esame possa o meno definirsi rituale.

Il punto di partenza è naturalmente rappresentato dal dato normativo, ossia dal più volte richiamato art. 83, terzo comma, c.p.c., nella versione modificata dalla l. 18 giugno 2009, n. 69 (applicabile, *ratione temporis*, al caso in esame), il quale dispone che «la procura speciale può essere anche apposta in calce o a margine della citazione, del ricorso, del controricorso, della comparsa di risposta o d'intervento, del precetto o della domanda d'intervento nell'esecuzione ovvero della memoria di nomina del nuovo difensore, in aggiunta o in sostituzione del difensore originariamente designato».

Con riguardo a tale elencazione, la giurisprudenza di legittimità propende ormai per la non tassatività degli atti ivi indicati (Cass., 16 marzo 2009, n. 6404; Cass., 3 aprile 2007, n. 8237), a condizione *a*) che l'atto, diverso da quelli espressamente menzionati dall'art. 83, terzo comma, c.p.c., sia un atto processuale (Cass., 17 settembre 2013, n. 21154), dotato di forma scritta e depositato al momento della costituzione in giudizio della parte (Cass., 8 agosto 1997, n. 7397); *b*) e che la controparte non abbia sollevato contestazioni circa la regolarità della procura (Cass., 10 maggio 2005, n. 9719; Cass., 23 giugno 1988, n. 4279; per ulteriori riferimenti, sia consentito il rinvio a P. Nappi, *sub* art. 83, in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, I, Milano, 2018, 922 ss.).

Da tale previsione, la pronuncia ha arguito che l'elemento determinante dell'atto, ai fini dell'apponibilità in calce o a margine della procura alle liti, sia la funzionalità del medesimo all'ingresso della parte nel giudizio e la connessa attitudine a rivelare l'inerenza del mandato conferito a quello specifico processo.

Tutto ciò chiarito, la Suprema Corte osserva come, nel caso di specie, l'atto al quale la (seconda) procura alle liti conferita risultava congiunta fosse una mera nota di deposito della procura medesima (e di nessun altro atto del processo), nota che, di per sé, non può considerarsi un atto processuale o, quantomeno, un atto idoneo a provocare l'ingresso della parte nel giudizio.

Dall'inidoneità della nota di deposito a fungere da veicolo della procura alle liti, discende la mancanza di poteri in capo al difensore nominato per il giudizio di primo grado da parte dell'istituto di credito attore in revocatoria, onde, conseguentemente, la pronuncia di inammissibilità della domanda nell'occasione formulata: conclusione sulla quale ben si può convenire.

Esecuzione forzata

La pignorabilità di un credito futuro, condizionato o incerto

di **Fabio del Torchio**

Ordinanza 24/11/2020, Sez. Esecuzioni Mobiliari, Tribunale di Latina, Dott.ssa Concetta Serino

Esecuzioni presso terzi (Cod. civ. artt. 2740 e Cod. proc. civ. artt. 543, 547, 615 e 618 c.p.c.)

L'espropriazione presso terzi può avere ad oggetto anche crediti illiquidi o condizionati ma suscettibili di una capacità satisfattiva futura (per via di assegnazione o di vendita e successiva aggiudicazione) concretamente prospettabile nel momento dell'assegnazione.

CASO

Con atto di pignoramento presso terzi, la creditrice Alfa intimava a Beta e a Gamma di non disporre, senza espresso ordine del Giudice, delle somme dovute alla debitrice esecutata e promittente venditrice Delta, in forza di due contratti preliminari di compravendita immobiliare, regolarmente registrati.

Nella procedura esecutiva iscritta innanzi al Tribunale di Latina, la debitrice esecutata proponeva opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615, comma 2, c.p.c., con apposita istanza di sospensione ex art. 624 c.p.c., eccependo l'impignorabilità dei crediti, in quanto derivanti da preliminari di compravendita immobiliare.

A detta dell'esecutata, infatti, il credito derivante da un contratto preliminare di compravendita non sarebbe assoggettabile a pignoramento presso terzi, poiché, l'effetto del preliminare sarebbe esclusivamente l'insorgere dell'obbligo a concludere il definitivo e non la prestazione, costituita dal pagamento del prezzo.

L'esecutato pertanto, sostenendo l'inesistenza del credito oggetto di pignoramento presso terzi, chiedeva la sospensione della procedura esecutiva.

Si costituiva nella fase sommaria dell'opposizione la terza pignorata Beta, aderendo alle tesi dell'opponente e sostenendo l'impossibilità di pignorare il credito derivante dal preliminare di compravendita in quanto superato dalla successiva stipula del contratto definitivo.

Il creditore procedente, nel costituirsi nella fase necessaria dell'opposizione, ribadiva la fondatezza dell'esecuzione avente ad oggetto crediti non esigibili e illiquidi, purché dotati di capacità satisfattiva, anche futura, concretamente e realisticamente prospettabile al momento dell'assegnazione forzata.

SOLUZIONE

Celebrata l'udienza in camera di consiglio *ex* art. 185 disp. att. c.p.c., in forma cartolare, il Giudice dell'Esecuzione rigettava l'istanza di sospensione promossa dall'opponente, assegnava il termine per l'introduzione dell'eventuale giudizio di merito e condannava l'opponente e la terza Beta, in via solidale, al pagamento delle spese della fase necessaria dell'opposizione.

Nel dettaglio, il Giudice dell'esecuzione, a seguito di un esame sommario, ma puntuale, della questione controversa, concludeva per l'infondatezza dell'istanza di sospensione proposta, precisando come, al contrario di quanto sostenuto dalla parte opponente, "*l'espropriazione presso terzi, in difetto di espressa deroga, può configurarsi anche con riguardo a crediti illiquidi o condizionati ma suscettibili di una capacità satisfattiva futura, concretamente prospettabile nel momento della assegnazione*".

QUESTIONI

La responsabilità patrimoniale del debitore poggia sulla previsione dell'art. 2740 del codice civile, a tenore del quale il debitore risponde delle sue obbligazioni con tutti i suoi beni, presenti e futuri.

L'ordinanza in commento presenta profili di interesse relativamente al problema giuridico di fondo, che concerne la pignorabilità dei crediti futuri, condizionati e/o incerti.

Da tempo, infatti, la giurisprudenza ritiene che "*l'espropriazione presso terzi può configurarsi anche con riguardo a crediti illiquidi o condizionati ma suscettibili di una capacità satisfattiva futura (per via di assegnazione o di vendita e successiva aggiudicazione) concretamente prospettabile nel momento dell'assegnazione*" (Cass. 15 marzo 2004, n. 5235 e, tra le altre, già Cass. 4 dicembre 1987, n. 9027) purchè, ovviamente, si tratti di crediti non derivanti da un rapporto meramente eventuale (Cass., sez. lav., 10 settembre 2009, n. 19501).

La Corte di cassazione ha avuto modo di chiarire che il credito eventuale e futuro deve essere "*... legato ad un già esistente rapporto giuridico di base, che ne costituisca l'origine e che già attualmente ne permetta l'identificazione degli estremi soggettivi ed oggettivi*" (Cass., 26.10.2002, n. 15141).

Sono invece impignorabili soltanto i crediti eventuali e sperati, e perciò privi, siccome aleatori, di attitudine satisfattiva.

Pertanto, ben può essere assegnato un credito "ora per allora", quando un rapporto già esista e sia tale da creare la concreta aspettativa che la somma, dovuta per le relative prestazioni, diverrà esigibile, una volta verificatesi le condizioni previste dal rapporto giuridico sostanziale da cui nasce il credito del debitore esecutato verso il terzo pignorato.

Ebbene, alla luce della citata giurisprudenza di legittimità, deve quindi ritenersi pignorabile il

credito del promittente venditore al conseguimento del prezzo dovuto dal promissario acquirente; credito che, pur condizionato, non è meramente eventuale in quanto derivante da un rapporto identificato e già esistente.

Nel caso di specie, infatti, l'azione esecutiva oggetto di opposizione aveva ad oggetto crediti riferibili a rapporti giuridici del debitore esecutato ben identificati e sicuramente già esistenti al momento della notifica del pignoramento, in quanto individuati nei due contratti preliminari di compravendita.

L'eccezione del terzo pignorato Beta di impignorabilità del credito derivante dal preliminare di compravendita in quanto superato dalla successiva stipula del contratto di compravendita definitivo, conferma addirittura la tesi prospettata.

Il Tribunale di Latina, infatti, dopo aver confermato che "*l'espropriazione presso terzi può configurarsi anche con riguardo a crediti illiquidi o condizionati ma suscettibili di una capacità satisfattiva futura (per via di assegnazione o di vendita e successiva aggiudicazione) concretamente prospettabile nel momento dell'assegnazione*", rileva che "*nel caso di specie, tale requisito sussisteva al momento della notifica del pignoramento, tant'è che, nelle more, la parte ha concluso con Beta il contratto definitivo di compravendita*".

Nel caso di specie, infatti, non solo vi è la concreta maturazione del credito, ma lo stesso si è già concretizzato, in quanto il debitore e il promittente acquirente Beta hanno già stipulato il contratto definitivo di compravendita, prevedendo il pagamento dell'importo residuo.

Il credito, già futuro, incerto e condizionato al momento della notifica dell'atto di pignoramento presso terzi, pertanto, è divenuto certo, liquido e peraltro esigibile per effetto del contratto definitivo di compravendita, e potrà essere assegnato alla procedente, nella misura degli importi ancora da versare.

Con l'ordinanza in esame, pertanto, il Tribunale di Latina, confermando il costante orientamento della Suprema Corte (Cassazione civile sez. lav., 10/09/2009, n. 19501; Cassazione civile sez. III, 15/03/2004, n. 5235; Cassazione civile sez. III, 04/12/1987, n. 9027), ribadisce che l'espropriazione presso terzi può avere ad oggetto crediti illiquidi o condizionati ma suscettibili di una capacità satisfattiva futura (per via di assegnazione o di vendita e successiva aggiudicazione) concretamente prospettabile nel momento dell'assegnazione.

Di conseguenza, l'azione espropriativa opposta è, in ogni caso, pienamente ammissibile e non andrà sospesa, ma sarà oggetto di accertamento ai sensi dell'art. 549 c.p.c. da parte del giudice dell'esecuzione.

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

Responsabilità civile

La compensatio lucri cum damno non opera se il vantaggio non è conseguenza diretta e immediata del fatto generatore di responsabilità risarcitoria

di **Paolo Cagliari**

Cass. civ., sez. I, 5 agosto 2020, n. 16702 – Pres. Genovese – Rel. Mercolino

Parole chiave: Risarcimento del danno – Pluralità di inadempimenti imputabili a soggetti diversi – Diversità dei rapporti ai quali sono riferibili gli inadempimenti – *Compensatio lucri cum damno* – Applicazione – Esclusione

[1] Massima: *L'applicazione del principio della compensatio lucri cum damno richiede che il vantaggio conseguito dal danneggiato rientri nella serie causale dell'illecito, da ricostruirsi secondo un criterio adeguato di causalità, dovendosene quindi escludere l'applicazione allorché il vantaggio si presenti come il frutto di scelte autonome e del sacrificio del danneggiato, o come l'effetto di un evento che si sarebbe in ogni caso prodotto, indipendentemente dal momento in cui si è verificato l'illecito, o comunque nell'ipotesi in cui il beneficio trovi altrove la sua fonte e nell'illecito solo un coefficiente causale.*

Disposizioni applicate: cod. civ., artt. 1218, 1223, 1224, 1241, 1242, 1243

CASO

Il promissario acquirente di un immobile, cui il promittente venditore aveva comunicato la volontà di recedere dal preliminare, dopo avere appreso che il bene era stato venduto a un terzo soggetto, promuoveva un procedimento arbitrale per fare accertare l'illegittimità del recesso e ottenere il pagamento del doppio della caparra o, in via subordinata, il risarcimento del danno.

Il collegio arbitrale, tuttavia, accertava che il preliminare si era risolto perché il contratto definitivo non era stato concluso entro il termine essenziale all'uopo previsto per inadempimento del promissario acquirente; pertanto, dichiarava l'illegittimità del recesso (in quanto intervenuto in relazione a contratto già risoltosi di diritto) e condannava, da una parte, il promittente venditore a restituire la caparra versatagli e, dall'altra parte, il promissario acquirente a risarcire i danni, con parziale compensazione dei due crediti e conseguente obbligo per il promissario acquirente di pagare la differenza residua.

Il lodo veniva impugnato avanti alla Corte di Appello di Venezia, la quale, in particolare,

disattendeva la censura con cui il promissario acquirente aveva lamentato la mancata applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno*, ovvero l'omessa considerazione, da parte degli arbitri, delle utilità economiche che erano derivate al promittente venditore dalla conservazione della proprietà e della disponibilità dell'immobile nel periodo compreso tra la scadenza del termine essenziale per la stipula del contratto definitivo e la vendita effettiva del bene; secondo il promissario acquirente, peraltro, tale circostanza assumeva rilevanza anche sotto il profilo del diritto del promittente venditore di ottenere il risarcimento del danno da occupazione *sine titulo* dalla società che, nonostante la scadenza del comodato concluso contestualmente alla sottoscrizione del preliminare, aveva continuato a detenere l'immobile promesso in vendita.

A seguito del rigetto dell'impugnazione, il promissario acquirente proponeva ricorso per cassazione, sostenendo che, nel caso di specie, i vantaggi derivati al promittente venditore dalla conservazione della proprietà dell'immobile promesso in vendita andavano detratti dal pregiudizio connesso al ritardo nella riscossione del prezzo della compravendita, trattandosi di conseguenze ricollegabili tutte all'inosservanza del termine fissato per la stipula del contratto definitivo.

SOLUZIONE

[1] La Corte di Cassazione ha respinto il ricorso, affermando che nella sentenza impugnata era stata fatta corretta applicazione del principio in base al quale l'istituto della *compensatio lucri cum damno* opera solo nel caso in cui il pregiudizio da risarcire e il beneficio ottenuto dal danneggiato costituiscano entrambi conseguenza diretta e immediata del fatto generatore della responsabilità risarcitoria, circostanza non predicabile nella fattispecie concretamente esaminata, nella quale gli inadempimenti riguardavano distinti rapporti negoziali ed erano imputabili a soggetti diversi.

QUESTIONI

La problematica affrontata nella sentenza che si annota riguardava l'entità del danno risarcibile al promittente venditore a fronte dell'inadempimento dell'obbligo di stipulare il contratto definitivo di compravendita da parte del promissario acquirente.

Quest'ultimo, infatti, sosteneva che andavano considerate – in detrazione rispetto a quanto liquidato a titolo risarcitorio – le utilità ritratte dal proprietario dell'immobile dalla persistente disponibilità del bene oltre il termine essenziale fissato per la stipula del contratto definitivo e, in particolare, le somme che lo stesso aveva diritto di pretendere dalla società con la quale, contestualmente alla sottoscrizione del preliminare di compravendita, era stato concluso un comodato e che aveva continuato a occupare l'immobile anche dopo la sua scadenza.

Secondo il ricorrente, assumeva peculiare rilevanza, a tale proposito, la coincidenza tra, da un lato, il periodo di tempo in cui, dopo la scadenza del comodato, si era protratta l'occupazione illegittima dell'immobile e, dall'altro lato, quello intercorso tra la scadenza fissata per la

stipula del contratto definitivo di compravendita e l'effettivo trasferimento della proprietà dell'immobile a un terzo acquirente, in considerazione del fatto che il danno in favore del promittente venditore era stato liquidato in misura corrispondente agli interessi legali maturati sulla somma incassata a titolo di corrispettivo della compravendita assumendo come riferimento temporale proprio tale periodo.

In altre parole, il fatto che le due vicende si fossero estrinsecate e intersecate – quantomeno in parte – nel medesimo arco temporale, giustificava, secondo il ricorrente, la compensazione parziale tra i danni riconducibili ai due inadempimenti.

I giudici di legittimità, invece, hanno escluso che un simile parallelismo potesse esplicare effetto ai fini della quantificazione del danno da riconoscere al promittente venditore, in virtù dei principi affermati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in materia di *compensatio lucri cum damno*, istituto che, pur non essendo previsto da alcuna norma positiva, trova il proprio fondamento nella necessità di valutare globalmente gli effetti prodotti dall'atto dannoso, affinché non diventi fonte di lucro per il danneggiato, sicché, come si evince dall'art. 1223 c.c., la misura del risarcimento non deve superare quella dell'interesse leso o condurre a un arricchimento ingiustificato.

Il riferimento è alle quattro pronunce del 22 maggio 2018 (n. 12564, n. 12565, n. 12566 e n. 12567), con le quali è stato stabilito che, ai fini della determinazione del risarcimento del danno, se accanto alle poste negative si presentino nel patrimonio del danneggiato, successivamente al fatto generatore della responsabilità risarcitoria, poste positive riconducibili a un rapporto intercorrente con un soggetto terzo (tenuto per legge o per contratto a erogare un beneficio collaterale), che si affianca a quello tra il medesimo danneggiato e il responsabile del danno, l'attribuzione patrimoniale avente titolo in tale secondo rapporto ma pur sempre occasionata dall'illecito o dall'inadempimento può essere detratta dall'ammontare del risarcimento dovuto dal responsabile se e nella misura in cui trovi giustificazione causale nella finalità di rimuovere l'effetto dannoso dell'illecito o dell'inadempimento e se il terzo obbligato possa avvalersi di un meccanismo che gli consenta di surrogarsi al danneggiato nei confronti del responsabile, ovvero di agire in rivalsa nei suoi confronti, in modo tale, da un lato, da non rimanere esposto in prima persona in relazione a un pregiudizio che non ha concorso a provocare e, dall'altro lato, da non sollevare il vero responsabile dalle conseguenze della propria condotta, arrecandogli, così, un inaspettato quanto ingiustificato vantaggio.

In altre parole, l'incremento patrimoniale realizzatosi in connessione con l'evento dannoso per effetto del beneficio collaterale avente un proprio titolo autonomo e una relazione causale con un soggetto (diverso dal responsabile del danno) tenuto per legge o per contratto a erogare quella provvidenza dev'essere portato in detrazione dall'ammontare del risarcimento liquidabile o – al contrario – può cumularsi con il ristoro del danno a seconda che, rispettivamente, sia diretto oppure no a rimuovere le medesime conseguenze prodottesi nel patrimonio del danneggiato per effetto dell'illecito e, nel primo caso, rientri nella serie causale di quest'ultimo, sulla base di un criterio di causalità adeguata, ovvero, nel secondo caso, trovi

altrove la sua fonte.

Calando questi principi nel caso di specie, la Corte di Cassazione ha osservato che, in modo condivisibile e coerente con tali principi, la corte di appello aveva ravvisato la riconducibilità del vantaggio che, secondo il ricorrente, il promittente venditore avrebbe potuto ricavare per effetto dell'occupazione senza titolo dell'immobile promesso in vendita da parte della comodataria (peraltro non ancora effettivamente concretizzatosi, visto che non si era concluso l'autonomo procedimento arbitrale volto a determinare l'entità di tale posta risarcitoria ovvero indennitaria) a un rapporto negoziale che non aveva alcuna attinenza con il preliminare di compravendita e con il suo inadempimento, di modo che non lo si poteva fare rientrare nella serie causale di quest'ultimo.

La *compensatio lucri cum damno*, quindi, non poteva operare perché il risarcimento dovuto dal promissario acquirente era volto a ristorare un danno (la ritardata percezione del corrispettivo della compravendita, quale conseguenza della mancata stipula del contratto definitivo nel termine essenziale pattuito) diverso da quello spettante al promittente venditore per l'occupazione *sine titulo* dell'immobile promesso in vendita.

Da questo punto di vista, nemmeno la parziale coincidenza temporale tra i due distinti inadempienti poteva assumere rilevanza ai fini dell'applicabilità della *compensatio lucri cum damno*, trattandosi semplicemente di una conseguenza di carattere accidentale e riconducibile alla tecnica di liquidazione adottata dal collegio arbitrale (che, come detto, aveva quantificato il danno in misura pari agli interessi maturati sul corrispettivo della compravendita dalla scadenza del termine per la stipula del contratto definitivo fino al momento in cui l'immobile era stato effettivamente venduto a un terzo), stante l'indubitabile diversità degli inadempimenti e dei pregiudizi che ne sono derivati, nonché l'insussistenza di alcun nesso causale, sia pure mediato o indiretto, tra le due attribuzioni patrimoniali spettanti al danneggiato.

D'altro canto, anche l'assenza di un meccanismo di surroga o di rivalsa a favore della società comodataria nei confronti del promissario acquirente, che consentisse alla prima di riversare sul secondo l'onere economico derivante dal pagamento da effettuare a titolo risarcitorio in favore del proprietario dell'immobile, escludeva la sussistenza dell'ulteriore requisito necessario per applicare la *compensatio lucri cum damno* e, in definitiva, la prova della carenza dei presupposti per poterne invocare l'operatività, che era stata, quindi, correttamente esclusa.

Comunione – Condominio - Locazione

La mediazione in condominio: necessaria l'autorizzazione assembleare per la partecipazione dell'amministratore

di **Saverio Luppino**

Corte di Cassazione, Sezione 6^-2, civile, ordinanza 8 giugno 2020 n. 10846 (presidente P. D'Ascola, relatore A. Scarpa)

Condominio – Dilazione di pagamento degli oneri condominiali – Attribuzione dell'amministratore – Mediazione obbligatoria ex art. 71 quater disp- att. c.c. – Autorizzazione dell'amministratore alla mediazione – Improcedibilità.

"Ai sensi del comma 3 dell'art. 71 quater disp. att. c.c. l'amministratore di condominio è legittimato a partecipare alla procedura di mediazione obbligatoria solo previa delibera assembleare di autorizzazione, non rientrando tra le sue attribuzioni, in assenza di apposito mandato, il potere di disporre dei diritti sostanziali rimessi alla mediazione. Ne consegue che la condizione di procedibilità delle "controversie in materia di condominio" non può dirsi realizzata qualora l'amministratore partecipi all'incontro davanti al mediatore sprovvisto (come nella specie) della previa delibera assembleare, da assumersi con la maggioranza di cui all'art. 1136, comma 2, c.c., non essendo in tal caso possibile iniziare la procedura di mediazione e procedere al relativo svolgimento, come suppone il comma 1 dell'art. 8 del d.lgs. n. 28 del 2010."

"Non rientra tra le attribuzioni dell'amministratore il potere di pattuire con i condomini morosi dilazioni di pagamento o accordi transattivi, spettando all'assemblea il potere di approvare una transazione riguardante spese d'interesse comune, ovvero di delegare l'amministratore a transigere, fissando gli eventuali limiti dell'attività dispositiva negoziale affidatagli."

CASO

Il condominio Alfa, rimasto soccombente tanto in primo grado – avanti al Giudice di Pace, quanto in secondo grado, avanti al Tribunale di Roma, ricorreva in Cassazione, avverso i provvedimenti dei giudici di prime cure, i quali, entrambi, avevano dichiarato improcedibile la domanda del Condominio, volta alla condanna di una condomina al pagamento di una somma insoluta e determinata dalla deliberazione assembleare di approvazione del bilancio consuntivo. In entrambe le pronunce l'improcedibilità della domanda discendeva dalla mancata attivazione da parte del Condominio della procedura di mediazione obbligatoria, la quale, seppure sollecitata dal giudice, restava senza esito in virtù della mancata adozione, da parte dell'assemblea condominiale, della delibera di autorizzazione all'amministratore di parteciparvi.

Il Tribunale, quale giudice d'appello, distingueva il profilo della autonoma legittimazione processuale dell'amministratore ad agire in giudizio per la riscossione dei contributi, come riconosciuto per legge ex art.63 disp att cc e senza autorizzazione dell'assemblea, dalla legittimazione dello stesso a partecipare alla procedura di mediazione, spiegandosi nel secondo caso **l'imprescindibilità della delibera dell'assemblea** in base all'esigenza di conferire, a chi interviene in mediazione, la possibilità di disporre della lite; ovverossia di negoziare sulla res controversa, salva poi la ratifica da parte dell'assemblea della proposta di mediazione.

Avverso quest'ultima pronuncia del Tribunale, il Condominio Alfa proponeva ricorso per Cassazione con atto affidato ad unico motivo.

SOLUZIONE

La Suprema Corte di Cassazione rigettava il ricorso per le motivazioni che seguono e, condannava il Condominio ricorrente a rimborsare alla controricorrente condomina le spese sostenute nel giudizio di cassazione.

QUESTIONI

Mediante l'unico motivo di ricorso, il Condominio lamentava l'"omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio" ed evidenziava come la mediaconciliazione doveva ritenersi ritualmente introdotta e comunque attuata, anche se poi chiusa senza il raggiungimento dell'accordo ed in assenza dell'autorizzazione dell'assemblea dei condomini alla partecipazione dell'amministratore, senza in tal modo comportare alcun riflesso sulla procedibilità della domanda.

In ordine alla sentenza impugnata, il Tribunale, quale giudice di appello della sentenza di primo grado, osservava come il mancato svolgimento della mediazione fosse da addebitare al Condominio attore, essendo rimasto insoddisfatto **l'obbligo di attivare la procedura di mediazione**. Quest'ultimo onere, difatti, comporta non soltanto **l'introduzione dello stesso procedimento, ma altresì l'obbligo dell'amministratore di presenziarvi "munito dei necessari poteri, essendo questi necessari per il buon esito del procedimento".**

La Corte di Cassazione, evidenziando che il Tribunale di Roma aveva correttamente applicato la norma di cui all'art. 71 quater disp. att. c.c. (inserito dalla L. 11 dicembre 2012, n. 220); forniva della medesima disposizione un'attenta disamina. In primo luogo, gli Ermellini ribadivano che la domanda avanzata dal condominio ricorrente rientrava tra quelle indicate al comma 1 dell'anzidetto art. 71; il quale, indicando quali siano le "controversie in materia di condominio", ne prescrive la condizione di procedibilità dell'esperimento della procedura di mediazione.

In ordine alla **legittimazione dell'amministratore**, il comma 3 della medesima disposizione stabilisce che a questi è consentito partecipare al tentativo di mediazione, "**previa delibera assembleare** da assumere con la maggioranza di cui all'articolo 1136 c.c., comma 2?.

Il comma 4, invece, contempla la possibilità di una **proroga del termine di comparizione** dell'amministratore in mediazione, nelle more della autorizzazione assembleare, alla quale, da ultimo, il comma 5 rimette l'approvazione della proposta di mediazione, da votare con la medesima maggioranza necessaria per la partecipazione dell'amministratore alla procedura.

In questo quadro normativo, dunque, la Suprema Corte concludeva che la condizione di procedibilità di cui all'art. 71, non può ritenersi soddisfatta allorquando dinanzi al mediatore partecipi un amministratore di condominio sprovvisto di autorizzazione dell'assemblea, atteso che in tal caso non è possibile dare avvio alla mediazione secondo la prescrizione dell'art. 8, comma 1, D.lgs. 28/2010.

Oltre a quanto detto, il Supremo Collegio forniva un ulteriore acuta osservazione chiarendo che la circostanza che la controversia del caso oggetto di rassegna, rientri nell'ambito delle attribuzioni dell'amministratore, in forza dell'art. 1130 c.c. – in ordine alle quali l'amministratore possiede la c.d. legittimazione processuale ex. Art. 1131 c.c. – non consente aprioristicamente di eludere la necessaria autorizzazione, secondo le forme dell'art. 1136 c.c., dell'amministratore a partecipare al procedimento di ADR.

Ciò in quanto, seppure egli goda della c.d. rappresentanza istituzionale, **l'amministratore non può partecipare alle attività di mediazione in assenza di autorizzazione, atteso che in tal caso sarebbe sprovvisto del mandato necessario al fine di disporre dei diritti sostanziali rimessi alla mediazione e, dunque, nei fatti privo del potere occorrente per la soluzione della controversia[1].**

Il caso di specie, dunque, precisavano gli Ermellini, non rientra nelle ipotesi previste all'art. 5, comma 4 bis del D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, il quale dispone che "***quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo***", atteso che, ancor prima che mancato, **qui l'accordo amichevole di definizione della controversia "è privo di giuridica possibilità".**

Di fatti, **approvare una transazione riguardante spese d'interesse comune, ovvero delegare l'amministratore a transigere, fissando gli eventuali limiti dell'attività dispositiva negoziale affidatagli, è facoltà ineludibile ed esclusiva dell'organo assembleare**[2]. (cfr. Cass. Sez. 2, 16/01/2014, n. 821; Cass. Sez. 2, 25/03/1980, n. 1994).

Parimenti, ai lumi dell'art. 1229 comma 9 c.c., l'amministratore è obbligato ad agire per la riscossione forzosa delle somme dovute dagli obbligati entro sei mesi dalla chiusura dell'esercizio nel quale sia compreso il credito esigibile, a meno che non sia stato espressamente dispensato dall'assemblea; da ciò, consegue che **non rientra tra le attribuzioni dell'amministratore il potere di pattuire con i condomini morosi dilazioni di pagamento o accordi transattivi senza apposita autorizzazione dell'assemblea.**

Per tutte le ragioni già indicate, la Suprema Corte di Cassazione rigettava il ricorso presentato

dal condominio con condanna alle spese ed al versamento di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso, ravvisando i presupposti processuali ex art. 13, comma 1-bis D.P.R. n. 115 del 2002.

[1] Cass., Sez. 3, civ., sent. del 27/03/2019, n. 8473.

[2] Cass., sez. 2, civ., sent. del 16 gennaio 2014 n. 821; Cass., sez. 2, civ., sent. del 25 marzo 1980 n. 1994.

Diritto successorio e donazioni

Il disconoscimento dell'interesse ad impugnare il testamento

di **Corrado De Rosa**

Cass. Civ., Sez. VI, Ord. 9 novembre 2020, n. 25077 – LOMBARDO – Presidente, TEDESCO – Relatore

Testamento olografo – Successione di altri parenti

(C.c., art. 602- 572)

"L'interesse del successibile ex lege a impugnare il testamento non può essere negato in forza della considerazione, teorica e astratta, che potrebbero esistere altri successibili. L'interesse del successibile potrebbe essere disconosciuto solo in presenza di un chiamato "noto" che lo preceda nell'ordine successorio."

CASO

Nel giudizio di primo grado, il Tribunale di Trieste, decidendo la causa promossa da B.G. contro il Comune di Trieste, aveva negato che l'attrice avesse interesse all'impugnazione del testamento olografo di P.A., con la quale sosteneva l'invalidità della scheda testamentaria per mancanza di data. In particolare, la Corte d'appello, riconfermando la sentenza del giudice di merito, ha rilevato che l'appellante, pur avendo dimostrato la propria qualità di successibile *ex lege* del testatore per la linea materna, non aveva, tuttavia, dato prova certa e documentale della mancanza di successibili di grado poziore per la linea paterna. Per questo motivo, secondo la Corte d'Appello, l'omessa prova costituiva una mancanza di interesse, concreto e attuale, all'impugnazione del testamento da parte della successibile. Per questi motivi, B.G. ha proposto ricorso per la cassazione della sentenza.

SOLUZIONE

La Corte d'Appello, condividendo la tesi del giudice di primo grado, ha riconosciuto la qualità di chiamata all'eredità dell'attrice, a fronte del comprovato rapporto di parentela con il *de cuius* per linea materna, negando, tuttavia, l'interesse della stessa ad impugnare il testamento, a causa della mancata prova dell'inesistenza in vita di altri eredi legittimi, per linea paterna, di grado poziore. Come riporta la pronuncia in esame, la Corte d'Appello ha affermato come sebbene l'appellante abbia ricostruito, mediante documentazione, il legame di parentela che la univa al testatore ed avendo, altresì, dimostrato l'assenza in vita di ulteriori parenti di quest'ultimo in linea materna, l'onere probatorio non risultava adeguatamente soddisfatto con riferimento agli eventuali parenti del *de cuius* dal lato paterno. Infatti, la ricerca avviata presso

il Comune di nascita del *de cuius* e del di lui padre, non era stata affiancata da un ulteriore tentativo da parte dell'attrice stessa, ad esempio, secondo i giudici di secondo grado, presso gli archivi parrocchiali del luogo di nascita degli stessi. Laddove la ricerca avesse dato notizie di altri parenti, in linea paterna, la presenza di altri cugini ancora in vita del *de cuius* avrebbe portato l'attrice ad essere esclusa dalla successione *ab intestato* a norma dell'art. 572 c.c., considerato, inoltre, che per i discendenti dei collaterali degli ascendenti del *de cuius* non opera l'istituto della rappresentazione. In altre parole, la Corte d'Appello ha affermato il disinteresse dell'attrice ad impugnare il testamento olografo a causa della mancanza di una prova documentale, oggettiva e certa, circa l'inesistenza di chiamati di grado pozione sulla linea paterna.

La Corte di Cassazione, discostandosi dalla tesi precedente, ha condiviso l'orientamento secondo cui la prova della qualità di erede, da parte di colui che si affermi successibile e*x lege* ai sensi dell'art. 572 c.c., implichi sia la prova positiva del rapporto di parentela rilevante sul piano successorio, ossia il grado di parentela effettivamente esistente tra colui che si afferma successibile e il *de cuius*, sia la prova negativa dell'inesistenza di chiamati di grado poziore. Tuttavia, quest'ultima prova, di tipo negativo, può essere data anche attraverso presunzioni dalle quali sia desumibile l'inesistenza di chiamati in grado poziore, essendo sufficiente, dunque, la probabilità dell'inesistenza.

Infine, i giudici di merito avevano erroneamente valutato la certezza dello *status* di erede quale presupposto per il riconoscimento dell'interesse ad esperire un'azione di annullabilità del testamento, seppure l'azione di impugnare un testamento, non competa al solo erede, ma a chiunque vi abbia interesse. Da tale pronuncia si evince il principio per cui "*l'interesse del successibile ex lege a impugnare il testamento non può essere negato in forza della considerazione, teorica e astratta, che potrebbero esistere altri successibili. L'interesse del successibile potrebbe essere disconosciuto solo in presenza di un chiamato "noto" che lo preceda nell'ordine successorio*".

La causa è stata, di conseguenza, rinviata alla Corte d'appello di Trieste in diversa composizione.

QUESTIONI

L'ordinanza qualifica l'appellante come chiamata all'eredità, in virtù della probabile inesistenza di successibili *ex lege* di grado poziore che, in caso contrario, l'avrebbero certamente esclusa dalla successione *ab instestatio*. Ricordiamo che in forza dell'art. 460 c.c. il chiamato all'eredità, prima dell'accettazione, ha alcuni limitati poteri diretti alla conservazione dei beni e alla loro tutela contro i terzi. Il termine chiamato è spesso utilizzato (anche dal legislatore, per il vero) in maniera generica, riferendosi tanto ai primi chiamati quanto ai c.d. chiamati ulteriori, e cioè a coloro che potrebbero divenire eredi solo una volta che i chiamati di primo ordine non potessero o non volessero accettare l'eredità stessa.

Occorre dunque una precisazione terminologica: autorevole dottrina *(G. Capozzi, Successioni e donazioni, Milano, Giuffrè, p. 100)* suole differenziare il chiamato all'eredità in genere – c.d.

"vocato" – dal chiamato in primo ordine, c.d. "delato". In particolare, per "vocazione" si indica l'aspetto soggettivo del fenomeno successorio, ossia la designazione di coloro che potrebbero succedere al *de cuius*; in questa categoria rientrano, come detto, sia i primi chiamati che i chiamati ulteriori. Al contrario, per "delazione" si intende l'elemento oggettivo del fenomeno successorio, e si indica quindi il complesso di diritti, doveri e situazioni giuridiche che, con la morte del *de cuius*, vengono preservate e imputate ad un altro soggetto il quale può decidere di accettare o rifiutare. In altri termini, il delato è il soggetto al quale l'ordinamento (per legge o in forza del testamento) rivolge l'offerta di accettare l'eredità, e quindi solo i delati hanno facoltà di accettare l'eredità. Si tratta dunque, come già chiarito, dei chiamati in primo ordine.

Nella maggior parte dei casi, vocazione e delazione si verificano nello stesso momento, all'apertura della successione, ma può anche accadere che "l'offerta" dell'eredità (i.e. la delazione) si realizzi in un secondo momento, in quanto la fattispecie successoria non sempre comporta un effetto devolutivo immediato – si pensi al caso di disposizione testamentaria sottoposta a condizione sospensiva *(M. Bianca, Le successioni, Milano, Giuffrè, p.62)*.

In caso di successione legittima, dapprima sono chiamati i parenti di grado più prossimo e successivamente, nel caso in cui questi non vogliano accettare o non possano, sono chiamati i parenti di grado ulteriore.

Nel caso in esame la ricorrente si affermava successibile *ex lege,* ai sensi dell'art. 572 c.c., ossia nell'ultimo ordine di successibili, i quali sono chiamati a succedere in mancanza di successibili di grado antecedente. In mancanza, dunque, del coniuge, dei discendenti, degli ascendenti, dei fratelli e delle sorelle, l'eredità si devolve ai parenti di grado più vicino, con esclusione di quelli di grado ulteriore. A contrario, i parenti verranno esclusi nell'ipotesi in cui operi l'istituto della rappresentazione a favore dei discendenti dei fratelli e sorelle del defunto, sebbene di grado parentale uguale o più lontano, e sono esclusi dal coniuge (*M. Bianca, Le successioni, Milano, Giuffrè, p.247; L. Mengoni, Successioni per causa di morte. Successione legittima, 6ª ed., in Tratt. Cicu, Messineo, Milano, 1999, p. 104*). La successione dei parenti viene regolata dal principio del grado, ossia il parente più prossimo esclude tutti gli altri, mentre nell'ipotesi di parità di grado l'eredità si divide per capi. La giurisprudenza è chiara nell'affermare che, qualora siano chiamati alla successione tutti i parenti in quarto grado del *de cuius*, sia quelli della linea paterna sia quelli della linea materna, l'eredità è devoluta in favore di tutti i chiamati in parti eguali, mentre sembra discutibile che 1'eredità venga devoluta per metà ai parenti del ramo paterno e per metà ai parenti del ramo materno *(Trib. Messina 6.9.2016)*.

Venendo al thema decidendum, non si può non osservare come attraverso la riforma dello stato unico di filiazione, con la legge n. 219/2012 e il d.lgs. n. 154/2013, la norma abbia subito una conseguente modifica in quanto la parentela, ormai, sorge anche in caso di filiazione avvenuta al di fuori del matrimonio – al pari della filiazione in circostanza di matrimonio- sia in caso di adozione, con esclusione dell'adozione dei maggiorenni (*M. Bellomo, La parentela: l'evoluzione della nozione nel tempo e gli interventi della giurisprudenza, Diritto di famiglia e delle persone, III, fasc.3, 1 settembre 2020, p. 1181*). Per questo motivo, nell'individuare coloro che possono chiamati all'eredità sarà necessario tener conto del nuovo ambito di applicazione

della nozione di parentela.

Nel caso in esame, alla successibile era stata riconosciuta la qualità di chiamata, in ragione del suo comprovato di parentela con il *de cuius* per linea materna, ma le era stato negato altresì l'interesse a impugnare il testamento per l'asserita mancata prova della non esistenza in vita di altri eredi legittimi, per linea paterna di grado poziore. Come osservato dalla Corte di Cassazione, l'impugnazione del testamento non necessita di alcuna una prova che dia certezza, in termini assoluti, dell'inesistenza di successibili in grado poziore essendo sufficiente ricorrere a presunzioni per dimostrarne la sola probabilità. Dunque, per dimostrare il suo grado di parentela, si osserva solo per la linea materna, l'attrice aveva fatto uso di uno dei principali mezzi di prova ossia la prova documentale. Dall'altro lato, le presunzioni, ex art. 2727 c.c., non indicano un mezzo di prova in senso stretto ma sono le conseguenze o il risultato del procedimento logico- deduttivo utilizzato dal giudice, per risalire, partendo da un fatto noto, ad un fatto ignorato. La giurisprudenza ha precisato come "*per la configurazione di una presunzione giuridicamente valida non occorre che l'esistenza del fatto ignoto rappresenti l'unica conseguenza possibile di quello noto, ma è sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull' "id quod plerumque accidit" sicché il giudice può trarre il suo libero convincimento dall'apprezzamento discrezionale degli elementi indiziari prescelti*" (*Cass. sez. lav., n. 2632/2014; Cass. civile sez. II, n. 22656/2011; Cass. sez. III, n.12802/2006)*

Pertanto tra il fatto noto e quello ignoto non è necessario alcun legame di assoluta ed esclusiva necessità causale ma è sufficiente che il fatto da provare sia conseguenza ragionevolmente possibile del fatto noto, secondo un criterio di normalità *(Cass., n. 22656/2011; Cass. sez. Unite, n. 9961/1996)*. In sostanza, sembra che i giudici di primo grado avrebbero dovuto effettuare un giudizio di probabilità, basato *sull'id quod plerumque accidit,* per desumere l'inesistenza di ulteriori chiamati all'eredità per il ramo paterno.

Inoltre, l'errore commesso dal Tribunale e dalla Corte d'Appello è stato quello di qualificare lo status di chiamato all'eredità come presupposto necessario per impugnare il testamento. Come osservato dai giudici di legittimità "*l'azione diretta a conseguire la nullità del testamento può essere proposta da chiunque abbia un interesse meritevole di tutela, e prescinde dalla qualità di erede dell'attore si distingue nettamente dall'azione di petizione dell'eredità, di cui all'art. 533 c.c., la quale ha come oggetto il riconoscimento, a favore dell'istante, della sua qualità di erede al fine di ottenere la restituzione dei beni ereditari da parte di chi possieda questi a titolo di erede o senza titolo alcuno*" (Cass. n. 16/1985). Tuttavia, sembra rilevante osservare come la giurisprudenza ritenga inammissibile per difetto di interesse "*l'impugnazione del testamento per incapacità del testatore proposta, ex art. 591 c.c., da eredi legittimi (nella specie, cugini del de cuius) esclusi dall'ordine della successione legittima in conseguenza delle esistenza in vita di altri eredi legittimi di grado poziore (nella specie, le sorelle del testatore) che non abbiano, invece, impugnato la scheda testamentaria, poiché nessun concreto vantaggio potrebbe loro derivare dall'eventuale accoglimento dell'azione così proposta, essendo l'eredità destinata a devolversi, in tal caso, ai detti eredi di grado poziore*" *(Cass. sez. II, n.12291/1998)*. In sintesi, la Corte ritiene che, come per la pronuncia da ultimo citata, nel caso in cui siano ancora in vita successibili

"noti", individuati, di grado poziore non può esservi un concreto interesse ad impugnare il testamento da parte di un parente di grado inferiore in quanto dall'azione non vi trarrebbe alcun vantaggio. A contrario, secondo quanto osservato dalla Corte di Cassazione, non può negarsi l'interesse se colui che impugna il testamento sia successibile *ex lege* e vi sia una presunzione sull'inesistenza di successibili di grado poziore.

Diritto e reati societari

Il diritto di accesso del socio della controllante si estende alla documentazione della controllata

di **Virginie Lopes**

Tribunale di Venezia, Sez. Impresa., ordinanza del 19 settembre 2020

Parole chiave: Società – Società di capitali – Rapporto tra controllante e controllata – Direzione e coordinamento – Diritto del socio della controllante di consultare la documentazione della controllata – Estensione

Massima: *Nessuna disposizione prevede che il socio di una società che ne controlli un'altra, o che eserciti su questa l'attività di direzione e coordinamento, possa, solo per effetto della sussistenza di un tale rapporto di controllo o di direzione e coordinamento tra le due società, accedere anche alla documentazione della controllata o diretta/coordinata. L'accesso alla documentazione di una s.r.l. ha carattere tipico e attiene esclusivamente alla documentazione amministrativa e sociale. Tuttavia poiché il diritto di accesso ex art. 2476, comma 2, c.c. si riferisce a tutto ciò che attiene all'amministrazione della società, ci rientrerà altresì la documentazione attinente alla, o propria della controllata, oppure attinente ai rapporti fra le due società, che si trovi presso la società controllante o che sia nella sua disponibilità, dovendosi presumere, per effetto di tale presenza o disponibilità presso la controllante, che tale documentazione sia essenziale alla gestione dei rapporti della prima con la seconda, e di conseguenza alla gestione della s.r.l. stessa.*

Disposizioni applicate: art. 2476, comma 2, c.c., art. 2497 *sexies*, c.c.

Nel caso in esame, il Tribunale di Venezia è stato chiamato a pronunciarsi in merito al diritto di due socie non amministratrici di una società a responsabilità limitata ad accedere alla documentazione della società controllata (nella specie, una società per azioni, maggioritariamente controllata dalla s.r.l.) e di estrarne copia, riconoscendo loro un tale diritto seppure con alcune precise limitazioni.

Come noto, l'art. 2476, comma 2, c.c. prevede che "*i soci che non partecipano all'amministrazione hanno diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche per il tramite di professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione*". Orbene, come osservato dal Tribunale di Venezia, **non esiste alcuna norma che consenta al socio di una società, che eserciti il controllo o l'attività di direzione e coordinamento su un'altra, di accedere, a fronte della sussistenza di tali rapporti, anche alla documentazione della società controllata**, a maggior ragione se quest'ultima è una s.p.a., la cui disciplina attribuisce ai soci unicamente il diritto di ispezione di alcuni libri sociali,

ma nessun potere di controllo, giacché, nella s.p.a., l'attività di controllo è di competenza di organi interni a ciò deputati, quale, in particolare, il collegio sindacale.

In altri due casi, la giurisprudenza di merito si è occupata del difficile tema dell'estensione dei poteri di controllo del socio non amministratore di s.r.l. sulla documentazione delle società controllate (*cfr.* Tribunale Milano, Sez. spec. in materia di impresa, ord., 27 settembre 2017; Tribunale Torino, Sez. spec. in materia di impresa, ord., 20 febbraio 2019), **riconoscendo ai soci della società controllante il diritto di visionare ed estrarre copia della documentazione della società controllata**; quanto precede sulla scorta del fatto che, nelle ipotesi previste dall'art. 2476, comma 2, c.c., rientra il diritto di consultazione della documentazione attinente al rapporto fra la società controllante e la sua controllata, ma anche della documentazione propria della società controllata o propria della società controllata che si trovi presso la controllante o sia nella sua disponibilità. In entrambi i precedenti giurisprudenziali, i giudici hanno ritenuto che un tale **diritto fosse funzionale a verificare le scelte amministrative della società controllante**, così da consentire al socio non amministratore di poterle, all'occorrenza, contestare per tutelare i propri interessi.

Tuttavia, diversamente dalle fattispecie di cui ai due precedenti giurisprudenziali sopraccitati che riguardavano casi in cui la società controllata era integralmente partecipata dalla controllante, nel caso in esame, **la società controllata era partecipata maggioritariamente, ma non totalitariamente dalla controllante**, il che ha costretto il Tribunale di Venezia ad effettuare alcune ulteriori precisazioni, al fine di limitare la portata del diritto di accesso da parte del socio alla documentazione della controllata.

Alla luce di quanto precede, il Tribunale di Venezia si è interrogato sulla **correttezza del riconoscimento ai soci della controllante di un tale diritto di accesso allorquando abbia come unica finalità quella di conoscere il valore della partecipazione della controllante nella controllata**, concludendo che, proprio perché **non sussiste nella s.p.a. un diritto di informazione così ampio, concederlo ai soci della s.r.l. controllante assicurerebbe loro un ingiustificato vantaggio**, a discapito dei soci della controllata.

Stando così le cose, il Tribunale di Venezia, da un lato, ha **riconosciuto alle due socie della società controllante il diritto di accesso alla documentazione della controllata**, in quanto funzionale alla verifica delle scelte amministrative della controllante e perché potessero condividerle o contestarle a tutela dei propri interessi, ma, dall'altro, ha rifiutato di riconoscere loro degli strumenti che abbiano come unico fine e utilità la conoscenza da parte loro del valore della partecipazione della controllante nella controllata, ulteriori rispetto a quelli disponibili alla controllante, proprio perché **l'interesse a determinare il valore della partecipazione della s.r.l. nella controllata non risulta idoneo a fare infrangere i limiti di accesso propri del tipo societario della controllata**.

Allo stato, a parere di chi scrive, rimane un ulteriore punto che le pronunce sopraindicate, pur tentandoci, non hanno ancora chiarito ed è quello della documentazione di cui gli amministratori, nel quadro della loro attività gestoria, debbano avere conoscenza e debbano,

pertanto, trasferire al socio richiedente.

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Revocabilità dell'accordo di pegno su quote di S.r.l.: tra principio di consecuzione ex art. 69 bis L.F. ed effetto novativo

di **Giulia Ferrari**

Cass. Civ., sez. I, Ord. 28.02.2020 n. 5619 – Pres. Di Virgilio – Rel. Dolmetta

Parole chiave: Fallimento, revocatoria fallimentare, decadenza dall'azione revocatoria, consecuzione, concordato preventivo, domanda di concordato, concordato in bianco, domanda prenotativa, novazione, pegno su quote, privilegio pignoratizio, partecipazioni, società a responsabilità limitata.

Massime: Nel caso di deposito da parte di una società di una domanda di concordato in bianco ex art. 161 sesto comma L.F. a cui è succeduta, *omisso medio*, la dichiarazione di fallimento, in applicazione al principio della consecuzione ex art. 69 *bis* L.F., il *dies a quo* per il calcolo dei termini di decadenza dell'azione revocatoria va retrodatato alla data di iscrizione nel registro delle imprese della domanda di concordato prenotativa.

L'eventuale sussistenza di un accordo novativo non porta la fattispecie concreta fuori dall'arco dell'operatività della revocatoria fallimentare.

Disposizioni applicate: R.D. 16 marzo 1942, n. 267: art. 67 comma 1, n. 2 e n. 4, art. 69 bis, art. 161 comma 6.

CASO

La società Alfa ha presentato domanda di insinuazione al passivo del fallimento della società Beta del proprio credito relativo al corrispettivo per alcune forniture, in via di privilegio pignoratizio, in quanto il rimborso era garantito dal diritto di pegno che la società poi fallita aveva concesso sulle partecipazioni di propria titolarità in alcune società a responsabilità limitata. Il fallimento era conseguito, *omisso medio*, al deposito di una domanda di concordato in bianco ex art. 161 sesto comma L.F. senza che venisse presentata né una proposta di concordato piena, né un piano, né la relativa documentazione e senza che venisse formulata, da parte della società Beta, la scelta di optare tra la domanda di concordato preventivo e quella di omologazione di un accordo *ex* art. 182*bis*.

Il Giudice delegato ha ammesso il credito al chirografo, con esclusione della prelazione pignoratizia, rilevando l'inefficacia della garanzia ai sensi delle disposizioni ex art. 67 n. 4 e 69*bis* L.F. La società Alfa ha quindi proposto opposizione ex art. 98 L.F., opposizione che è

stata respinta dalla Corte territoriale competente sulla base delle medesime considerazioni. La società Alfa ha quindi proposto ricorso per Cassazione affidandosi a 4 motivi, in particolare sottolineando, da un lato, che non fosse applicabile l'art. 69 *bis* comma 2 L.F. e, quindi, la regola della consecuzione e, dall'atro, che l'accordo di pegno, avendo natura novativa, integrasse una garanzia per crediti "contestuali" e non scaduti, come richiesto dall'art. 67 comma 1 n. 4 e pertanto non fosse revocabile.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione, richiamandosi ad alcuni recenti arresti, ha rigettato il ricorso della società Alfa affermando, da un lato, l'applicabilità del principio della consecuzione e, dall'altro, che la sussistenza di un accordo novativo (peraltro non rinvenibile nel caso oggetto di commento) non porta la fattispecie concreta fuori dall'arco dell'operatività della revocatoria fallimentare e neppure di quella ordinaria. L'accordo novativo, hanno affermato i Giudici di legittimità, può essere infatti considerato un mezzo anomalo di pagamento della *prior obbligatio* ai sensi dell'art. 67 comma 1, n. 2.

QUESTIONI

La sentenza in commento ci permette di esaminare, in particolare, due questioni interessati e complesse: la prima riguarda i confini temporali dei termini decadenziali applicabili all'azione revocatoria, attraverso un approfondimento dell'interpretazione dell'art. 69 *bis* comma 2 L.F. e quindi del principio di consecuzione; la seconda inerisce la valenza di un accordo novativo ai fini della revocatoria fallimentare.

Con riferimento alle modalità di computo dei termini ai fini della decadenza dall'azione revocatoria fallimentare, l'art. 69 *bis* L.F., come noto, sancisce al primo comma che tale azione non può essere promossa decorsi tre anni dalla dichiarazione di fallimento e, comunque, decorsi cinque anni dal compimento dell'atto.

Per completezza e per comprendere appieno la portata della norma, pare necessario, ancorché tale profilo non sia stato esaminato nel dettaglio dalla sentenza in commento, individuare il momento in cui l'atto, nel nostro caso l'atto di costituzione del diritto di pegno su quote di s.r.l., possa considerarsi compiuto e quindi perfezionato. Il tema, solo *prima facie* di semplice soluzione, è stato oggetto di dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza, soprattutto in ragione dell'assenza di una norma specifica che disciplini la fattispecie del pegno di quote di s.r.l. Non potendo in questa sede dilungarsi sulla ricostruzione della *querelle,* sul punto ci si limita a richiamare il principio di diritto sancito dalla Suprema Corte nella recente pronuncia Cass. Civ. 31051/2019 secondo il quale "*la costituzione in pegno delle quote di società a responsabilità limitata è soggetta al disposto della norma dell'art. 2806 c.c., sicché il diritto di pegno risulta costituito con l'iscrizione del relativo atto nel registro delle imprese*".

Il comma 2 del medesimo articolo 69 *bis* L.F. prevede il c.d. "principio di consecuzione" ossia il principio secondo il quale, nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la

dichiarazione di fallimento, i termini di decadenza dell'azione revocatoria decorrano, non dalla dichiarazione di fallimento, ma dal termine antecedente dell'iscrizione della domanda di concordato al registro delle imprese.

Il ricorrente, nel caso in esame, lamentava il fatto che avendo provveduto la società poi fallita al solo deposito della domanda di concordato "in bianco" e non al deposito della domanda "piena", a cui è succeduta *omisso medio*, la dichiarazione di fallimento, il termine di decadenza dovesse decorre dalla data della sentenza di fallimento e non andasse retrodatato alla data di iscrizione della domanda di concordato in bianco nel registro delle imprese. I Giudici di legittimità, richiamandosi anche a propri precedenti (in particolare Cass. Civ. 31051/2019 che richiama a sua volta Cass. Civ. 8970/2019), non hanno accolto l'argomento del ricorrente, affermando che la regola della consecuzione attiene all'esistenza di una procedura concorsuale poi sfociata, anche in modo diretto, ma comunque nel contesto di un'unica crisi imprenditoriale, nella dichiarazione di fallimento dell'impresa, non già alla compiuta formulazione di una domanda ad hoc. Tale interpretazione, segue l'argomentare degli Ermellini, è sostenuta anche dal dettato dell'art. 168 L. F., ai sensi del quale gli effetti propri della domanda di concordato si producono già dall'iscrizione della domanda di concordato "in bianco" nel registro delle imprese. Al di là del richiamo al dettato letterale del 168, la pronuncia in commento sottende il convincimento che il principio di consecuzione rappresenti un valore sistemico in quanto risponde alla esigenza di salvaguardia dell'attuazione in concreto della *par condicio creditorum*; per citare Cass. Civ. 6045/2016, il principio della consecuzione *"intercetta l'interesse del ceto creditorio alla neutralità del previo ricorso del debitore a procedure concordatarie, con l'obbiettivo di congelare il valore del patrimonio presente al momento anteriore onde poterlo assoggettare, poi eventualmente alla liquidazione concorsuale*".

I Giudici di legittimità in conclusione hanno ritenuto che la dichiarazione di fallimento che segue un concordato, anche formulato nella modalità della domanda prenotativa, integri non un semplice fenomeno di "successione cronologica", ma di "consecuzione di procedimenti" che anche se formalmente distinti, sono fortemente collegati sul piano funzionale in quanto ispirati alla regola fondante della *par condicio creditorum* ed avendo entrambe le procedure quale presupposto un "analogo fenomeno economico".

La società Alfa ha inoltre contestato il fatto che il Tribunale di prime cure abbia errato nel ritenere revocabile l'atto di costituzione di pegno su quote di s.r.l. ai sensi dell'art. 67 comma 1, n. 4 L.F. in quanto, ad avviso del ricorrente, l'atto di pegno avrebbe garantito debiti "contestuali" e non debiti "scaduti" come richiesto dalla norma. Tali affermazioni venivano fondate sulla ritenuta natura novativa dell'atto di pegno rispetto all'atto in cui trovava titolo il credito, dimostrata, ad avviso del medesimo ricorrente, dai suoi contenuti letterali. L'atto di pegno, in particolare, conteneva una clausola del seguente tenore "*il presente accordo, che subordinatamente agli obblighi in esso previsti supera per quanto occorre possa qualunque altro documento e accordo raggiunto, ha ad oggetto la definizione della pretesa creditoria vantata nei confronti della società Beta dalla società Alfa la quale non avrà, in caso di pieno e puntuale adempimento di Beta alle obbligazioni qui convenute, null'altro a che pretendere nei confronti di quest'ultima in relazione ai rapporti di cui in premessa*" e prevedeva la riduzione dell'importo del

debito e l'indicazione di nuove scadenze di pagamento.

I Giudici di legittimità, con riferimento a tali osservazioni, hanno in prima battuta precisato che le caratteristiche dell'atto di pegno evidenziate dal ricorrente non erano tali da qualificare l'atto quale novativo. Affinché, infatti, si producano gli effetti estintivi-sostitutivi degli articoli 1230 e 1234 c.c. è infatti necessaria, oltre al mutamento dell'oggetto o del titolo della prestazione, che ricorrano gli elementi dell'*animus* e della *causa novandi* non rinvenibili dai contenuti dell'atto di pegno che di fatto prevede una riduzione e un riscadenzamento del debito.

La Suprema Corte va però oltre evidenziando che, anche qualora l'accordo avesse avuto effetto novativo dell'obbligazione, tale circostanza non avrebbe comunque portato la fattispecie concreta fuori dall'ambito di operatività della revocatoria. L'accordo novativo può, infatti, integrare un mezzo di non normale di pagamento della obbligazione preesistente e pertanto essere suscettibile di revocatoria *ex* art. 67 comma 1, n. 2 L.F. L'istituto della novazione in questi casi rappresenterebbe uno schema logico-contrattuale – simile a quello del nuovo mutuo ipotecario la cui provvista viene utilizzata per rimborsare un precedente credito chirografario – che consente la sostituzione della precedente obbligazione (generalmente non garantita) con una nuova obbligazione assistita da garanzia; in questo caso, come nel più noto citato relativo alla sostituzione di un mutuo chirografario con un mutuo ipotecario, la fattispecie potrebbe, qualora ne sussistano i presupposti, integrare gli estremi di un pagamento con mezzi anormali di un'obbligazione pregressa e ricadere nella previsione di cui all'art. 67 comma 1, numero 2.

Diritto Bancario

Brevi note sulla clausola floor inserita nei contratti di mutuo

di **Fabio Fiorucci**

La clausola *floor*, talora apposta ai contratti di mutuo a tasso variabile, è un meccanismo di redditività minima scollegato dalla variabilità dell'interesse corrispettivo; configura un limite percentuale al di sotto del quale gli interessi dovuti dal mutuatario non possono scendere, anche in presenza di una sensibile riduzione dei tassi di interesse di periodo.

Tale clausola ha una evidente funzione di salvaguardia della banca mutuante, in quanto garantisce all'istituto bancario interessi almeno pari al valore percentuale individuato dalla clausola stessa, anche laddove il tasso di interesse (variabile e di regola parametrato all'Euribor) fosse inferiore al valore del tasso assunto dalla clausola *floor*. In sostanza, il mutuatario non potrà mai beneficiare a pieno di un calo dei tassi d'interesse, poiché si impegna a pagare interessi almeno pari al limite fissato nella clausola *floor*.

Un potenziale contrappeso alla clausola *floor* è rappresentato dalla clausola *cap*. Questa pattuizione prevede un limite percentuale al di sopra del quale gli interessi dovuti dal mutuatario non possono salire. La clausola *cap* garantisce, infatti, che gli interessi corrispettivi non superino il valore percentuale individuato dalla clausola stessa, anche laddove il parametro di calcolo degli interessi fosse maggiore del valore del tasso assunto dalla clausola *cap*.

In altri termini, tali clausole stabiliscono un limite massimo (clausola *cap*, a favore del cliente) e minimo (clausola *floor*, a favore della banca) al di sopra e al di sotto del quale i tassi di interesse del mutuo non possono salire o scendere.

Le clausole *floor* – che come detto impediscono che il mutuatario possa beneficiare di riduzioni dei tassi vantaggiose per il debitore ma non per l'istituto di credito – sono oggetto di contestazione da parte della clientela bancaria.

L'elaborazione giurisprudenziale e i responsi dell'ABF hanno sostanzialmente avvalorato la legittimità della clausola *floor* – se è rispettato, da parte della banca, il dovere di '*clare loqui*' –, escludendo al contempo che il "tasso pavimento" configuri una opzione, e quindi un derivato implicito, con applicazione della disciplina, in tema di obblighi contrattuali e informativi, prevista dal Testo unico della finanza, D.Lgs. n. 58/1998, c.d. TUF.

In dottrina (Gentili, *Le clausole di determinazione del tasso tra tub e tuf: finanziarizzazione della trasparenza bancaria?*, in *Rivista di diritto bancario*, 7/2018, in *dirittobancario.it)* è rilevato che « come è rimesso all'autonomia privata, attraverso la scelta dell'indicizzazione, aprire ad una

disciplina dei contratti e degli interessi esposta a rovesciare la normalità del tasso positivo e della remunerazione del mutuante, così è rimesso all'autonomia privata limitare o correggere questi possibili effetti dell'indicizzazione, attraverso clausole apposite. È certamente legittimo il ricorso a clausole *floor* nei contratti di investimento e di finanziamento, ma con due limiti: uno certo, la trasparenza, l'altro possibile, l'equilibrio ».

Un obbligo di trasparenza, al riguardo, è raccomandato anche dalla Corte di Giustizia europea (Decisione del 9.7.2020, causa C?452/18), secondo cui « al momento della conclusione di un contratto di mutuo ipotecario a tasso variabile, che prevede una clausola "di interesse minimo", il consumatore deve essere posto in grado di comprendere le conseguenze economiche che derivano nei suoi confronti dal meccanismo indotto da tale clausola "di interesse minimo", in particolare, grazie alla messa a disposizione di informazioni relative all'evoluzione, nel passato, dell'indice in base al quale viene calcolato il tasso di interesse ».

Nuove tecnologie e Studio digitale

Comunicare la sostenibilità è intelligente

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

Che le aziende di grandi dimensioni si siano orientate verso la sostenibilità è ormai un fatto assodato.

Che molte vengano per questo premiate è un fatto altrettanto consolidato.

Che quelle di medie e minori dimensioni si stiano progressivamente avvicinando è una questione -al di là degli auspicabili intendimenti di principio- di mera convenienza: la spinta a dare risposte chiare rispetto alla posizione che le aziende prendono nei confronti dei temi posti dalla sostenibilità arriva chiara e forte direttamente dal mercato. **Lo evidenziano le ricerche: l'impegno nei confronti della sostenibilità dimostrato dalle imprese è sempre più dirimente quando i consumatori si trovano a decidere quale prodotto/servizio acquistare e premiante anche dal punto di vista dei ricavi**, considerato che **sono sempre più numerose le persone disposte a pagare di più per un brand responsabile e prodotti rispettosi dell'ambiente**[1].

Se questo è lo scenario in cui le aziende si stanno muovendo, mi pare evidente che **anche le realtà professionali debbano occuparsi di sostenibilità quanto prima**, sia per essere tra quelle considerate all'avanguardia, sia per poter utilmente parlare "la stessa lingua del cliente".

Di conseguenza e con i dovuti avvertimenti sui rischi derivanti dal greenwashing -ossia da quelle pratiche scorrette di comunicazione volte a enfatizzare attività che non vengono affatto svolte solo per dare di sé un'immagine ingannevolmente positiva- **comunicare il proprio impegno nei confronti della sostenibilità diventa imprescindibile.**

Le ragioni sono molteplici e prima di tutto squisitamente interne visto che per poterlo fare è necessario avviare una riflessione sulla vera identità dello studio e sulla coerenza dei propri processi interni, magari cogliendo l'occasione per innovarli e ripensare a tutto tondo a come usare in modo efficiente le proprie risorse.

In secondo luogo, perchè le iniziative portate avanti da uno studio -come da qualsiasi altra organizzazione- con riferimento alla sostenibilità sono il frutto dell'ascolto attento di tutti gli attori della catena del valore: **occuparsi di sostenibilità implica necessariamente avviare un dialogo con tutti gli stakeholder**, nell'ottica di un confronto positivo e di sicuro interesse per tutte le parti coinvolte in quanto indirizzato a individuare aree di miglioramento o di valorizzazione in una logica di assoluta collaborazione.

Ultimo e non certo ultimo, **comunicare il proprio impegno nei confronti della sostenibilità è intelligente perchè si traguarda l'(abusato)obiettivo di informare per abbracciare quello del costituire un esempio positivo trainante per altre organizzazioni ed essere dei veri agenti del cambiamento** in una società che spinge nella stessa direzione.

Quali informazioni vanno comunicate? Non solo quelle finanziarie ma piuttosto quelle che descrivono le strategie di business dello studio, ovviamente sempre con un respiro di lungo periodo, in modo trasparente e dimostrabile.

CONTINUA A LEGGERE

[1] Ricerca Nielsen "**Global survey of corporate social responsibility and sustainability**"