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

Edizione di martedì 4 maggio 2021

Obbligazioni e contratti

Fondo patrimoniale e "tutela familiare"
di **Antonio Morello, Avvocato**

Procedimenti di cognizione e ADR

Ancora sulla distinzione tra legittimazione ad agire e titolarità del diritto sostanziale dedotto in giudizio
di **Valentina Baroncini, Avvocato**

Esecuzione forzata

Opposizione a decreto ingiuntivo per contributi condominiali e vizi della delibera: la nullità è rilevabile su eccezione di parte o anche d'ufficio; l'annullabilità va fatta valere mediante domanda riconvenzionale
di **Stefania Volonterio, Avvocato**

Responsabilità civile

Il rapporto tra diritto di cronaca e il diritto all'immagine
di **Martina Mazzei, Avvocato**

Proprietà e diritti reali

Possesso ad usucapionem in condominio: l'amministratore può esercitare l'azione giudiziale solo in virtù di un mandato speciale rilasciato da ciascun condomino
di **Saverio Luppino, Avvocato**

Diritto e procedimento di famiglia

Senza validi motivi di dissenso le spese per la scuola privata e le visite mediche per i figli

vanno rimborsate al genitore che le ha anticipate
di **Giuseppina Vassallo, Avvocato**

Diritto e reati societari

Se la società è cancellata dal registro delle imprese, l'impugnazione della sentenza va notificata ai soci
di **Virginie Lopes, Avvocato**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

L'operazione di "ripianamento" di debito quale "semplice modifica accessoria di un'obbligazione", originata da un "pactum de non petendo ad tempus"
di **Federico Callegaro, Cultore di Diritto Commerciale presso l' Università degli Studi di Verona**

Diritto Bancario

Valutazione anti usura preventiva o a consuntivo
di **Fabrizio Cacciafesta - Professore ordinario di Matematica Finanziaria**

Obbligazioni e contratti

Fondo patrimoniale e "tutela familiare"

di **Antonio Morello, Avvocato**

L'art. 167 cod. civ. assegna ai coniugi la possibilità di costituire un fondo patrimoniale composto da beni che, una volta conferiti nel fondo, risultano uniti da un vincolo di destinazione che ne condiziona, come vedremo, anche la pignorabilità: i beni confluenti nel fondo patrimoniale vengono cioè posti ad esclusivo servizio della famiglia perché servono – come recita la norma – per "*far fronte ai bisogni della famiglia*".

La scelta di conferire un bene – spesso immobile – in un fondo patrimoniale può essere dettata da molteplici ragioni nel merito delle quali si sceglie, visti gli scopi di questo breve contributo, di non entrare: interessante è invece chiedersi fino a che punto quell'atto di conferimento "ponga al riparo" il bene dall'aggressione di un creditore del soggetto conferente.

Si tratta di una delle questioni più delicate e rilevanti dell'istituto in esame in quanto ove l'esecuzione sui beni conferiti nel fondo patrimoniale potesse "liberamente" avere luogo perderebbe di ogni effettività la "protezione" o l'effetto di "segregazione" che è alla base della costituzione del fondo patrimoniale.

Come noto, la costituzione di un fondo patrimoniale può essere colpita da revocatoria ordinaria (art. 2901 cod. civ.) che il creditore esperisce al fine di ottenere una dichiarazione di inefficacia nei propri confronti dell'atto di conferimento e dunque, in ultima istanza, di costituzione del fondo: atto di cui, collocandosi dalla angolazione degli creditori, non possono tacersi gli impatti negativi sulla garanzia patrimoniale generica (art. 2740 cod. civ.) atteso che – per l'art. 170 cod. civ. – "*l'esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può avere luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia*".

Com'è facile intuire il punto cruciale ma anche quello maggiormente dibattuto riguarda la "prova dello scopo" per cui è stato contratto il credito che viene azionato sui beni del fondo: risulta cioè problematico accertare se il coniuge ha contratto il finanziamento, acquisto il bene, concluso il contratto, etc. per soddisfare i bisogni della famiglia e dunque nell'ambito della consueta "gestione familiare" ovvero per ragioni inerenti la propria attività imprenditoriale o professionale.

Il fondo patrimoniale del socio fidejussore.

Un caso

Della questione, come è facile intuire, si è occupata più volte la giurisprudenza e da ultimo

anche la Suprema Corte ha avuto occasione di operare alcune importanti puntualizzazioni: si tratta dell'ordinanza Cass. 8 febbraio 2021, n. 2904.

Accade che una banca promuove una procedura esecutiva nei confronti di un socio a fronte della fidejussione da questi prestata nell'interesse della propria società: l'esecuzione viene avviata in particolare su un compendio immobiliare che il socio aveva precedentemente conferito ad un fondo patrimoniale; il socio spiega opposizione all'esecuzione essenzialmente contestando l'inerenza del debito fidejussorio rispetto ai bisogni della famiglia, inerenza che invece tanto il Tribunale quanto, in sede di reclamo, la Corte d'Appello avevano ritenuto sussistente così ponendo le premesse per l'azione esecutiva della banca sui beni confluiti nel fondo patrimoniale.

Gli esiti del giudizio vengono ribaltati dalla Suprema Corte che, con il provvedimento in esame, censura l'automatismo – se così è permesso esprimersi – con cui il giudice territoriale ha inferito la natura "familiare" del debito dal fatto di essere l'attività del socio-coniuge la principale fonte di sostentamento della famiglia.

Prima però di vedere le basi di ragionamento su cui riposta questa (decisamente persuasiva) conclusione della Suprema Corte, è indicato ricordare in via del tutto preliminare che al fine di stabilire se un creditore possa o meno soddisfarsi sul fondo patrimoniale non è decisiva la natura contrattuale o extracontrattuale (responsabilità civile) dell'obbligazione ma – ed unicamente – il fatto di essere il debito contratto per soddisfare i bisogni della famiglia: ciò che invece va stabilito è se la fonte e la ragione del rapporto obbligatorio abbia inerenza diretta ed immediata con quei bisogni e detta inerenza trovi oggettivo riscontro nei fatti.

A questo proposito si impone una interpretazione lata del concetto di "bisogno" perché si deve considerare "inerente" alla famiglia il debito contratto non solo per fare fronte ad esigenze per così dire essenziali o basilari ma anche per l'armonico sviluppo della famiglia, il benessere familiare, o il potenziamento della sua capacità lavorativa.

Ci si colloca invece al di fuori dei "bisogni della famiglia" – con conseguente impossibilità per il creditore di agire esecutivamente sui beni del fondo – quando il debito risponde ad esigenze voluttuarie o caratterizzate da intenti meramente speculativi del coniuge o comunque quando il debito viene a dipendere dallo svolgimento dell'attività professionale o imprenditoriale del coniuge: ed è proprio su questo punto e precisamente sulla prova della inerenza del debito ai bisogni della famiglia che la nostra Ordinanza offre interessanti spunti di riflessione.

Mezzi di sostentamento e bisogni della famiglia.

L'art. 170 cod. civ. stabilisce le condizioni, sussistendo le quali, i beni che confluiscono nel fondo risultano impignorabili e cioè: una volta che il fondo viene costituto regolarmente (osservanza delle regole formali), l'atto di conferimento è capace di sottrare i beni che ne sono oggetto all'aggressione del creditore procedente a patto che – come più volte ricordato – il debito è sorto per scopi estranei ai bisogni della famiglia ed il creditore era consapevole di

tale estraneità quando è sorta l'obbligazione e dunque quando è stato acceso il finanziamento, è stata rilasciata la fidejussione, etc.

Al riguardo, la Cassazione chiarisce che è sufficiente "*che lo scopo dell'obbligazione [appaia] al momento della relativa assunzione come estraneo ai bisogni della famiglia*": su queste basi la Cassazione censura il ragionamento articolato dal giudice territoriale allorquando quest'ultimo ha ritenuto di "presumere" l'inerenza rispetto ai bisogni della famiglia dal fatto che i mezzi di sostentamento del nucleo familiare derivavano da quella stessa attività di impresa nell'ambito della quale il coniuge ha rilasciato la fidejussione; in sostanza – volendo altrimenti esprimere il concetto – non si può far rientrare l'obbligazione fidejussoria nell'alveo delle obbligazioni assunte nell'interesse della famiglia solo perché la fidejussione è stata prestata dal coniuge nel contesto della propria attività lavorativa-imprenditoriale: anche quando si presumere che questa attività assurga a principale fonte di sostentamento della famiglia.

A volere vedere una certa relazione tra le obbligazioni contratte nell'esercizio di detta attività ed i bisogni familiari la Cassazione ammette soltanto una inerenza "indiretta e mediata": ma – qui il punto cruciale – questo non basta a ritenere dette obbligazioni contratte per soddisfare i "bisogni della famiglia" per come l'art. 170 cod. civ. intende questa locuzione.

Procedimenti di cognizione e ADR

Ancora sulla distinzione tra legittimazione ad agire e titolarità del diritto sostanziale dedotto in giudizio

di **Valentina Baroncini, Avvocato**

Cass., sez. VI, 22 aprile 2021, n. 10640, Pres. Doronzo – Est. Ponterio

[1] Processo civile – Legittimazione ad agire – Titolarità del diritto sostanziale dedotto – Differenze (art. 81 c.p.c.)

La titolarità della posizione soggettiva, attiva o passiva, vantata in giudizio è un elemento costitutivo della domanda e attiene al merito della decisione, sicché spetta all'attore allegarla e provarla, salvo il riconoscimento, o lo svolgimento di difese incompatibili con la negazione da parte del convenuto. Contestazioni, da parte del convenuto, della titolarità del rapporto controverso dedotto dall'attore hanno natura di mere difese, proponibili in ogni fase del giudizio, senza che l'eventuale contumacia o tardiva costituzione assuma valore di non contestazione o alteri la ripartizione degli oneri probatori (nella specie, relativa al pagamento delle differenze retributive e della tredicesime mensilità a una collaboratrice domestica, gravava sulla lavoratrice, ricorrente in primo grado, l'onere di dimostrare la titolarità passiva del rapporto di lavoro in capo al presunto datore; quest'ultimo aveva ritualmente contestato la propria legittimazione passiva, sia pure nella memoria di costituzione tardiva in primo grado, senza tuttavia che da tale tardività potesse derivare alcuna preclusione dato il carattere di mera difesa della suddetta contestazione).

CASO

[1] Una lavoratrice domestica proponeva domanda di condanna del proprio datore di lavoro al pagamento del TFR e delle differenze retributive e tredicesima mensilità, dallo stesso non versati.

Il Tribunale accoglieva la domanda limitatamente al pagamento del TFR, ritenendo non applicabile il contratto collettivo di settore.

In parziale riforma della sentenza di primo grado, la Corte d'Appello di Napoli condannava il datore di lavoro al pagamento delle predette differenze retributive e tredicesima mensilità ritenendo all'opposto applicabile, quale parametro di retribuzione proporzionata e sufficiente, il contratto collettivo sul lavoro domestico. Nel corpo della motivazione, la pronuncia di seconde cure dava atto del fatto che "la sussistenza del rapporto [di lavoro] tra le parti in causa risulta[sse] accertata nella sentenza di primo grado e al riguardo non risulta[sse] proposto appello incidentale".

Avverso tale sentenza, il datore di lavoro proponeva ricorso per cassazione, di cui verrà esaminato il primo motivo. Per suo tramite, il ricorrente denunciava, *ex* art. 360, n. 5), c.p.c., il fatto che nessuna statuizione era stata adottata, nella sentenza di secondo grado, sulla sua eccezione (sollevata sia in primo grado che nella memoria di costituzione in appello) circa il proprio difetto di legittimazione passiva (*rectius*: di titolarità passiva del rapporto di lavoro); sottolineava, inoltre, come tale doglianza costituisca una mera difesa, che la parte può sollevare in ogni stato e grado del giudizio e senza necessità di proporre appello incidentale; evidenziava, infine, che l'attore non avesse allegato e dimostrato l'elemento costitutivo della domanda concernente la titolarità passiva del rapporto di lavoro in capo al convenuto.

SOLUZIONE

[1] La Suprema Corte ha rigettato, ritenendolo infondato, il motivo di ricorso proposto, dopo averlo riqualificato ai sensi dell'art. 360, n. 4), c.p.c.

In prima battuta – e in ciò chiarendo una sovrapposizione concettuale in cui spesso s'incappa, nel gergo forense -, la Cassazione ha chiarito come, nel caso di specie, fosse in contestazione non la sussistenza della legittimazione (passiva) ad agire in capo al convenuto, bensì la titolarità passiva del rapporto di lavoro in capo allo stesso.

Il provvedimento prosegue chiarendo come, in effetti, la titolarità, attiva e passiva, della posizione soggettiva dedotta in giudizio rappresenti un elemento costitutivo della domanda, attinente al merito della decisione, il cui onere dimostrativo grava in capo all'attore, e che le relative contestazioni da parte del convenuto hanno la natura di mere difese, in quanto tali svincolate da termini preclusivi.

Tuttavia, nel caso di specie, doveva ritenersi formato il giudicato interno sul punto, essendo presente, nella sentenza di primo grado, l'accertamento espresso relativo alla titolarità del rapporto di lavoro subordinato in capo al convenuto: conseguentemente, al fine di dolersi di tale statuizione, il convenuto non poteva limitarsi a sollevare una mera difesa nell'ambito della sua memoria di costituzione in appello, ma avrebbe dovuto proporre appello incidentale. In mancanza, la formazione del giudicato interno sul punto della titolarità del rapporto sostanziale dedotto in giudizio non può formare oggetto di ulteriore contestazione di parte o rilievo d'ufficio.

Di conseguenza, la Suprema Corte rigetta il ricorso per cassazione proposto.

QUESTIONI

[1] La questione affrontata dalla Cassazione attiene, in definitiva, alle modalità di censura delle questioni attinenti alla titolarità, attiva o passiva, del rapporto sostanziale dedotto in giudizio.

Preliminare all'analisi della stessa, peraltro, il provvedimento opportunamente chiarisce la

distinzione tra titolarità del rapporto controverso e legittimazione ad agire: concetti sui quali, come noto, spesso si assiste a una certa confusione nel mondo forense e in cui, nel caso di specie, lo stesso convenuto in primo grado è incorso.

La legittimazione ad agire rappresenta una condizione dell'azione la cui definizione, tradizionalmente ricavata dal testo dell'art. 81 c.p.c. («Sostituzione processuale»), può essere compendiata nella titolarità affermata della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio: la sussistenza della legittimazione ad agire, dunque, è riscontrabile sulla base del mero criterio dell'affermazione, secondo cui è sufficiente che, all'interno della domanda, l'attore e il convenuto siano rispettivamente *affermati* titolari del diritto e dell'obbligo dedotti in giudizio, mentre non è rilevante che ne siano *effettivamente* titolari, essendo questa una questione attinente al merito della causa. Tale distinzione spiega perché, in caso di difetto di legittimazione ad agire, il processo si chiuda con una pronuncia di rigetto in rito, mentre in caso di accertata mancanza di titolarità della situazione giuridica dedotta in giudizio la domanda dev'essere rigettata nel merito (sul punto, E. Merlin, *Elementi di diritto processuale civile*, Pisa, 2017, 56 ss.).

La distinzione è stata recentemente chiarita anche dal massimo organo di nomofilachia (Cass., sez. un., 16 febbraio 2016, n. 2951, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 234 ss., con nota di M.F. Ghirga, *Sulla titolarità attiva e passiva del rapporto giuridico dedotto in giudizio*, richiamata dal provvedimento in commento), dove, in primo luogo, si è precisato che: *a*) la legittimazione ad agire attiene al diritto di azione, che spetta a chiunque faccia valere in giudizio un diritto assumendo di esserne titolare; mentre *b*) la titolarità della posizione soggettiva vantata in giudizio attiene al merito della causa.

Sulla scorta di tale distinzione, le Sezioni Unite hanno poi affermato che «la titolarità della posizione soggettiva, attiva o passiva, vantata in giudizio è un elemento costitutivo della domanda e attiene al merito della decisione, sicché spetta all'attore allegarla e provarla, salvo il riconoscimento, o lo svolgimento di difese incompatibili con la negazione, da parte del convenuto».

Con riguardo al regime giuridico delle contestazioni che il convenuto può sollevare in ordine alla sussistenza della titolarità del rapporto controverso dedotto dall'attore, le Sezioni Unite le qualificano quali mere difese, con la conseguenza per cui le stesse sono proponibili in ogni fase del giudizio, senza peraltro che la contumacia o la tardiva costituzione della parte possano assumere valore di non contestazione o alterare gli ordinari oneri probatori.

Applicando tali principi al caso di specie, è dunque indubbio come gravasse sulla lavoratrice attrice l'onere di dimostrare la titolarità (in particolare passiva) del rapporto di lavoro in capo al datore, il quale la aveva ritualmente contestata nella memoria di costituzione in primo grado, pur se tardivamente depositata: trattandosi di mere difese, come detto, la tardività del deposito della memoria non incide sulla ritualità di tale attività assertiva.

Come si è anticipato, tuttavia, la soluzione della controversia è stata determinata dai vigenti

principi in materia di giudicato interno: sulla sussistenza della titolarità del rapporto di lavoro si era infatti espressamente pronunciata la sentenza di primo grado – che, evidentemente, aveva ritenuto assolto il relativo onere della prova gravante in capo alla lavoratrice attrice -, ingenerando un onere, in capo al datore di lavoro tuttora interessato a contestarla, di proporre gravame sul punto, non potendo più ritenersi sufficiente la proposizione di una mera difesa. E in mancanza di appello incidentale, la formazione del giudicato interno su detta questione ne ha impedito l'ulteriore rilievo in sede di legittimità.

Esecuzione forzata

Opposizione a decreto ingiuntivo per contributi condominiali e vizi della delibera: la nullità è rilevabile su eccezione di parte o anche d'ufficio; l'annullabilità va fatta valere mediante domanda riconvenzionale

di **Stefania Volonterio, Avvocato**

Cassazione civile, Sezioni Unite, sent. 11 aprile 2021, n. 9839, Pres. Curzio, Est. Lombardo

Opposizione a decreto ingiuntivo – impugnazione della delibera condominiale – domanda riconvenzionale – necessità (Cod. Proc. Civ., artt. 645, 167; Cod. Civ., artt. 1226, 1337, 63 disp. att.)

[I] *Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo emesso per la riscossione di contributi condominiali, il giudice può sindacare sia la nullità, dedotta dalla parte o rilevata d'ufficio, della deliberazione assembleare posta a fondamento dell'ingiunzione, sia l'annullabilità di tale deliberazione, a condizione che quest'ultima sia dedotta in via di azione – mediante apposita domanda riconvenzionale di annullamento contenuta nell'atto di citazione in opposizione – ai sensi dell'art. 1137, comma 2, c.c., nel termine perentorio ivi previsto, e non in via di eccezione.*

[II] *Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo emesso per la riscossione di contributi condominiali, l'eccezione con la quale l'opponente deduca l'annullabilità della deliberazione assembleare posta a fondamento dell'ingiunzione, senza chiedere una pronuncia di annullamento di tale deliberazione, è inammissibile e tale inammissibilità va rilevata e dichiarata d'ufficio dal giudice*

CASO

Due condomini, destinatari di decreti ingiuntivi ottenuti dal condominio per il pagamento di spese deliberate in assemblea, proponevano distinte opposizioni ex art. 645 c.p.c. che, riunite dal tribunale per connessione oggettiva, venivano rigettate in quanto, in estrema sintesi, il giudice di primo grado riteneva, contrariamente a quanto sostenuto dagli opponenti, che nelle delibera assembleare posta a base del decreto ingiuntivo fossero stati rispettati i criteri di riparto delle spese di cui all'art. 1226 c.c..

Gli opponenti impugnavano la sentenza di primo grado, che veniva però confermata dalla corte di appello, la quale precisava, in motivazione, che la delibera assembleare *de qua* non era stata tempestivamente impugnata, sicché la sua validità non poteva essere oggetto dell'esame

del giudice dell'opposizione.

I condòmini opponenti adivano quindi la Suprema Corte per una serie di motivi, tra i quali, per quanto qui rileva, la lamentata violazione degli artt. 1117, 1123 e 1126 c.c., in relazione agli artt. 633 c.c. e 63 disp. att c.c., per avere la corte di appello "*ritenuto che la dedotta invalidità della deliberazione di ripartizione delle spese, per violazione dei criteri prescritti dalla legge, non potesse essere delibata nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo – … – trattandosi di questione che avrebbe dovuto essere oggetto di separata impugnativa avverso la deliberazione assembleare*".

Il ricorso veniva assegnato alla Seconda Sezione Civile della Suprema Corte, la quale, nell'esaminare la doglianza poc'anzi riportata (oggetto del terzo e del quarto motivo di impugnazione), rilevava l'esistenza di alcune questioni "di massima di particolare importanza" meritevoli di un esame delle Sezioni Unite volto a comporre il contrasto sulle stesse creatosi dinanzi alle Sezioni semplici.

Secondo la Sezione remittente, infatti, esisteva un contrasto sulle seguenti questioni:

- se una delibera condominiale, che ripartisce le spese in violazione degli artt. 1223 ss. c.c. o di apposita convenzione, sia sempre affetta da nullità oppure se lo sia solo laddove con tale delibera l'assemblea abbia inteso modificare i criteri legali di riparto in modo stabile, dovendosi invece ritenere tale delibera, in caso diverso, solo annullabile;
- se in un procedimento di opposizione al decreto ingiuntivo ottenuto dal condominio per il recupero delle spese deliberate dall'assemblea il giudice possa sindacare sulla dedotta nullità della delibera oppure se tale valutazione sia di esclusiva competenza del giudice dinanzi al quale tale delibera è stata (o avrebbe dovuto essere) impugnata ex art. 1137 c.c.;
- infine, se il rigetto dell'opposizione a decreto ingiuntivo sia idoneo a dar vita ad un giudicato implicito sull'assenza di cause di nullità della delibera assembleare.

SOLUZIONE

Le Sezioni Unite prendono preliminarmente atto dell'esistenza di un contrasto tra le Sezioni che hanno ritenuto preclusa al giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo, in un caso come quello in esame, ogni indagine sulla validità della delibera assembleare posta a base del decreto ingiuntivo (potendo il giudice dell'opposizione, al più, verificare che tale delibera sia ancora esistente ed efficace perché, ad esempio, non revocata o impugnata vittoriosamente in altra autonoma sede); e le Sezioni che, al contrario, hanno ritenuto che la nullità della delibera assembleare sia invece sempre rilevabile anche d'ufficio, implicando essa la possibile inesistenza di un elemento costitutivo della domanda di ingiunzione.

Le Sezioni Unite compongono il contrasto aderendo al secondo orientamento e riconoscendo "*al giudice dell'opposizione il potere di sindacare non solo l'eventuale nullità di tale deliberazione, ma anche la sua annullabilità, ove dedotta nelle forme e nei tempi prescritti dalla legge*".

Ritiene il Supremo Collegio che, anche per evitare una moltiplicazione di giudizi contraria a ragioni di economia processuale, non è possibile sostenere che un decreto ingiuntivo possa essere confermato, e quindi rigettata la relativa opposizione, senza che il giudice possa verificare la validità del titolo che ne rappresenta il necessario fondamento, e ciò ove tale accertamento sia "*richiesto o dovuto*".

Prosegue infatti la Corte precisando che, mentre la nullità della delibera assembleare può essere anche rilevata d'ufficio (attenendo, come detto sopra, all'esistenza di un elemento costitutivo della pretesa condominiale), la sua annullabilità, per la quale la legge non prevede alcuna riserva a favore di un apposito ed autonomo giudizio, deve essere dedotta dall'opponente mediante domanda riconvenzionale che tuttavia, precisa ulteriormente la Corte, può essere proposta "*sempreché il termine per l'esercizio dell'azione di annullamento non sia perento*" e solo, appunto, in via di azione e non di mera eccezione, poiché l'accertamento dell'annullabilità deve avere efficacia nei confronti di tutti i condomini e non solo nei confronti del singolo condomino eccipiente.

Ancora, la Corte precisa, da un lato, che la domanda di annullamento della delibera deve allora essere proposta, a pena di decadenza rilevabile d'ufficio, con l'atto di citazione in opposizione al decreto ingiuntivo, e che, dall'altro lato, l'opponente non deve essere incorso nella decadenza dall'impugnazione per decorso del termine perentorio di cui all'art. 1137 c.c., decadenza, questa seconda, che non può però essere rilevata d'ufficio ma può essere solo oggetto di tempestava eccezione di parte.

Per completezza, infine, si dà brevemente conto del fatto che la Suprema Corte, nel prosieguo della motivazione, compone anche il contrasto esistente sulla questione "*se le delibere assembleari che ripartiscono le spese condominiali in violazione dei criteri stabiliti dalla legge o dal regolamento contrattuale configurino o meno una delle ipotesi di nullità*" classificate dalla stessa Suprema Corte, stabilendo che queste delibere "*sono nulle per 'impossibilità giuridica' dell'oggetto ove l'assemblea, esulando dalle proprie attribuzioni, modifichi i criteri di ripartizione delle spese stabiliti dalla legge o in via convenzionale da tutti i condomini, da valere – oltre che per il caso oggetto della delibera – anche per il futuro; mentre sono semplicemente annullabili nel caso in cui i suddetti criteri vengano soltanto violati o disattesi nel singolo caso deliberato*".

In esito, tornando al caso concreto portato all'attenzione della Suprema Corte, il ricorso viene rigettato perché, alla luce dei sopra esposti principi, pur lamentando gli opponenti un vizio riconducibile all'annullabilità e non alla nullità della delibera assembleare, la relativa impugnazione non è stata proposta nelle forme corrette (azione e non eccezione) e nei tempi previsti dall'art. 1137 c.c.

QUESTIONI

La vicenda sottoposta all'attenzione delle Sezioni Unite fa emergere importanti principi processuali in una materia ad alto tasso di litigiosità come quella relativa alla ripartizione delle spese condominiali e al contrasto alle relative ingiunzioni ottenute ex art. 63 disp. att.

c.c.

È noto che l'opponente a decreto ingiuntivo può proporre con l'opposizione, rivestendo la sostanziale posizione di convenuto, una domanda riconvenzionale, peraltro anche deducendo un titolo non strettamente connesso a quello posto dalla controparte alla base della richiesta di ingiunzione. Questa domanda, tuttavia, dovrà essere necessariamente proposta con l'atto introduttivo dell'opposizione, che assume la funzione di primo atto difensivo del convenuto, al pari della comparsa di costituzione e risposta ex art. 167 c.p.c.

Che, in caso di opposizione al decreto ingiuntivo ottenuto dal condominio per le spese deliberate in assemblea, oggetto di tale domanda riconvenzionale non potesse essere l'accertamento della invalidità della delibera era frutto di un orientamento giurisprudenziale che onerava irragionevolmente il condomino a instaurare due distinti giudizi, uno per l'impugnazione della delibera e uno per l'opposizione al decreto ingiuntivo. E ciò, come oggi rilevato dalle Sezioni Unite, dando così vita ad uno "ius singulare *per la materia condominiale"* in assenza di una previsione normativa e senza che dall'art. 1137 c.c. potesse e possa desumersi, anche solo in via interpretativa, una "riserva" a favore di un tale giudizio autonomo di impugnazione.

Questa conclusione viene poi coordinata dalla Suprema Corte con il fatto che la materia condominiale, ed in particolare quella della impugnazione delle delibere, uno *ius singulare* comunque ce l'ha, sicché alla valutazione di tempestività nella proposizione dell'impugnazione in forma di domanda riconvenzionale con l'atto di citazione in opposizione e non con un atto successivo dello stesso procedimento (il che potrà essere oggetto di rilievo d'ufficio), dovrà aggiungersi la valutazione della tempestività di questa forma di impugnazione rispetto al termine perentorio di trenta giorni fissato dall'art. 1137 c.c. (che potrà invece essere oggetto solo di eccezione di parte).

Non solo. La Corte, nel rilevare che il citato art. 1137 c.c. "*costituisce 'norma speciale di ordine pubblico' posta a tutela dell'interesse pubblico al funzionamento della collettività condominiale*", onera la parte opponente a far valere i vizi della delibera mediante la proposizione di una vera e propria domanda (in forma riconvenzionale), perché solo in via di azione si può ottenere una pronuncia efficace nei confronti tutti i condomini, come efficace nei confronti di tutti i condomini è la delibera assembleare che viene impugnata, mentre con una mera eccezione la delibera perderebbe validità ed efficacia solo nei confronti del condomino impugnante, e ciò "*in contrasto con le esigenze di funzionamento del condominio, fatte proprie dal legislatore"*.

Il Supremo Collegio opera quindi un condivisibile bilanciamento tra principi generali e speciali, anche se non ci si può non chiedere, in ultimo, quali e quante applicazioni pratiche avranno questi principi: al di fuori dell'ipotesi del condomino assente dall'assemblea e al quale non è mai stata comunicata la delibera, saranno davvero rari i casi nei quali il condomino potrà attendere di essere raggiunto dall'ingiunzione per il pagamento delle spese condominiali prima di poter impugnare tempestivamente la delibera, visto che, nel ridottissimo termine dell'art. 1137 c.c., si dubita possa maturare una morosità da giustificare la

richiesta di un decreto ingiuntivo (che, peraltro, ha a sua volta dei tempi spesso non brevi per essere ottenuto).

Responsabilità civile

Il rapporto tra diritto di cronaca e il diritto all'immagine

di **Martina Mazzei, Avvocato**

Cass. civ. Sez. I, 7 febbraio 2021, n. 4477 – Pres. Valitutti – Rel. Campese

[1] **Diritto all'immagine – Consenso delle persone ritratte – Interesse pubblico alla diffusione della notizia – Diritto di cronaca – Condizioni legittimanti l'esercizio del diritto di cronaca – Pubblicazione e diffusione delle immagini – Tutela della riservatezza**

(Cod. civ. art. 10; L. n. 633/1941 artt. 96 e 97; D.Lgs. 196/2003 art. 137)

[1] *"L'interesse pubblico alla diffusione di una notizia, in presenza delle condizioni legittimanti l'esercizio del diritto di cronaca, deve essere tenuto distinto da quello, affatto diverso ed al primo non sovrapponibile, riguardante la legittimità della pubblicazione o diffusione anche dell'immagine delle persone coinvolte, la cui liceità postula, giusta la disciplina complessivamente desumibile dall'art. 10 A.B., L. n. 633 del 1941, artt. 96 e 97, D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 137 ed art. 8 del codice deontologico dei giornalisti, il concreto accertamento di uno specifico ed autonomo interesse pubblico alla conoscenza delle fattezze dei protagonisti della vicenda narrata ai fini della completezza e correttezza della divulgazione della notizia, oppure il consenso delle persone ritratte, o l'esistenza delle altre condizioni eccezionali giustificative previste dall'ordinamento."*

CASO

[1] La vicenda origina dalla sentenza con cui la Corte d'appello di Napoli, confermando le statuizioni del giudice di prime cure, aveva respinto la domanda di risarcimento del danno subito da una minore in stato vegetativo che, in occasione di un articolo pubblicato su talune testate giornalistiche, era apparsa ritratta insieme ad un noto calciatore recatosi in ospedale per farle visita.

SOLUZIONE

[1] La Corte di Cassazione, con l'ordinanza in epigrafe, ha accolto il ricorso fornendo delle importanti precisazioni in tema di rapporto tra diritto di cronaca e diritto all'immagine. La pronuncia, in particolare, conferma l'evoluzione del diritto vivente nel senso di una progressiva estensione dell'ambito del divieto di pubblicazione dell'immagine della persona in virtù della prevalenza dell'interesse in esso tutelato rispetto ad altri interessi e valori di rango costituzionale e specialmente quando viene in rilievo l'esigenza di tutela della riservatezza.

QUESTIONI

[1] La controversia oggetto di scrutinio investe lo specifico problema dei **limiti all'utilizzazione dell'immagine di una persona**.

In via preliminare, occorre rammentare che il **diritto all'immagine** non è espressamente contemplato dalla nostra Costituzione, anche se l'art. 2 Cost., dopo aver affermato la centralità della tutela della persona nell'ordinamento giuridico nazionale, amplia il novero dei diritti della personalità a quelle situazioni giuridiche soggettive che consentono un pieno ed integrale sviluppo della persona. L'immagine di una persona, invece, è esplicitamente tutelata dall'**art. 10 c.c.** e dagli **artt. 96 e 97** della legge sul diritto d'autore ossia la **L. n. 633 del 1941** (in dottrina si veda A. DE CUPIS, *Immagine (diritto alla)*, in Enc. giur. Treccani, XV, 1; A. DE VITA, *Commentario del codice civile*, Scialoja – Branca, a cura di F. Galgano, Delle persone e della famiglia, Bologna, 1988, 505; A. ANSALDO, *Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Le persone fisiche, Milano, 1996, 311; A. MASCIA, *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, Famiglia e persone, I, I diritti della personalità, Torino, 2008, 223).

Dal combinato disposto di tali norme si desume che (cfr. in tal senso Cass. n. 8880 del 2020):

- il ritratto di una persona non può essere esposto, riprodotto o pubblicato quando non vi è il consenso della persona ritratta, nè almeno una delle esimenti (o cause di giustificazione) previste dall'art. 97 della L. n. 633/1941;
- è lecito utilizzare il ritratto di una persona quando questa abbia prestato il proprio consenso a tale utilizzazione;
- è lecito riprodurre o diffondere il ritratto di una persona quando, pur in assenza del consenso della persona medesima, vi sia almeno una delle esimenti previste dal citato art. 97;
- in assenza del consenso dell'effigiato, il ritratto non può comunque essere esposto o pubblicato da altri in pregiudizio all'onore, alla reputazione o al decoro dell'effigiato stesso (cfr. Cass. n. 17211 del 2015);
- l'uso non autorizzato dell'immagine di una persona è illecito se ha, come unico fine, un fine di pubblicità commerciale (cfr. Cass. n. 1748 del 2016): in altri termini, la lecita divulgazione dell'immagine di una persona necessita sempre del consenso della persona ritratta quando la divulgazione mira soltanto a fini puramente pubblicitari, commerciali, o comunque di lucro.

Per quanto riguarda, invece, il **consenso tacito**, una classica ipotesi si pone nel caso in cui una persona, volontariamente o almeno consapevolmente, si ponga in condizione di apparire accanto a personaggi noti, o di chi si sia, comunque, collocato tra personaggi pubblici, così dimostrando gradimento oppure, quantomeno, consapevolezza o indifferenza alla eventualità di essere ripreso accanto al personaggio noto. Diversamente, non può ritenersi esistente tale forma di consenso, laddove un soggetto si sia trovato in una data situazione del tutto casualmente o essendo stato ritratto in una foto destinata alla pubblicazione perchè posto accidentalmente alle spalle di un personaggio noto. La sussistenza di un consenso tacito, inoltre, può desumersi anche dalle caratteristiche della riproduzione nonché dalle circostanze

in presenza delle quali il soggetto si è fatto ritrarre. Resta salva, ovviamente, la possibilità per il soggetto ritratto di dimostrare la sua preventiva opposizione in ordine alla divulgazione, in quanto il suo assenso era limitato alla mera riproduzione delle sue fattezze per un utilizzo strettamente privato. Per verificare l'esistenza di un consenso tacito, pertanto, è necessario esaminare attentamente le circostanze del caso concreto, in cui venne effettuata la riproduzione dell'immagine, al fine di individuare quegli elementi che possono apparire indicativi di una volontà del soggetto ritratto in ordine alla divulgazione del proprio ritratto.

Nel caso sottoposto all'attenzione della Cassazione, considerato che la vicenda coinvolgeva una minore, per di più in una condizione patologica gravissima (stato vegetativo semi-comatoso), la Corte richiama la disposizione di cui all'**art. 16 della Convenzione sui diritti del fanciullo approvata a New York il 20 novembre 1989** (e ratificata dallo Stato italiano con la L. 27 maggio 1991, n. 176), alla stregua della quale è sancito che *nessun fanciullo può essere oggetto di interferenze arbitrarie o illegali nella sua vita privata, nella sua famiglia, nel suo domicilio o nella sua corrispondenza, e neppure di affronti illegali al suo onore ed alla sua reputazione*, con il riconoscimento del suo diritto alla protezione della legge contro tali interferenze od affronti e la correlata previsione contenuta nell'art. 3 della stessa Convenzione, secondo la quale in tutte le decisioni relative ai fanciulli emanate (anche) dall'autorità giudiziaria "*l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente*".

Ne deriva, conseguentemente, che **il diritto alla riservatezza del minore deve essere, nel bilanciamento degli opposti valori costituzionali** (diritto di cronaca e diritto alla "privacy") **considerato assolutamente preminente**, **laddove si riscontri che non ricorra l'utilità sociale della notizia e, quindi, con l'unico limite del pubblico interesse della notizia stessa** (cfr. Cass. n. 19069 del 2006).

In tale prospettiva, del resto, si pone anche la sentenza n. 15360 del 2015 (con nota di PAGLIETTI M. C., *Il diritto all'immagine nel dialogo tra Corte di Cassazione e Corte di Strasburgo*, in Nuova Giur. Civ., 2016, 1, 10089), in cui si è affermato che «*la presenza delle condizioni legittimanti l'esercizio del diritto di cronaca non implica, di per sè, la legittimità della pubblicazione o diffusione anche dell'immagine delle persone coinvolte, la cui liceità è subordinata, oltre che al rispetto delle prescrizioni contenute nell'art. 10 c.c. L. n. 633 del 1941, artt. 96 e 97, nonché del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 137 e dell'art. 8 del codice deontologico dei giornalisti, anche alla verifica, in concreto, della sussistenza di uno specifico ed autonomo interesse pubblico alla conoscenza delle fattezze dei protagonisti della vicenda narrata, nell'ottica della essenzialità di tale divulgazione ai fini della completezza e correttezza della informazione fornita*». Ed, infatti, nel caso in cui la pubblicazione dell'immagine di un minore sia avvenuta in scene di manifestazioni pubbliche (o anche private, ma di rilevanza sociale) o di altre iniziative collettive non pregiudizievoli, in assenza di consenso al trattamento validamente prestato, la giurisprudenza ritiene legittima la pubblicazione solo qualora l'immagine che ritrae il minore sia del tutto casuale ed in nessun caso mirata a polarizzare l'attenzione sull'identità del medesimo e sulla sua riconoscibilità (cfr. Cass. n. 8880 del 2020).

A tal riguardo la giurisprudenza ha da tempo individuato le condizioni necessarie per la configurabilità di un legittimo esercizio del diritto di cronaca nella **verità oggettiva** (o, in taluni casi, anche solo putativa) della notizia e nel rispetto dei principi di **pertinenza** e **continenza** dell'informazione, i quali esigono la sussistenza di un oggettivo interesse pubblico alla conoscenza dei fatti riferiti e l'adozione di modalità espressive adeguate allo scopo informativo (cfr. Cass. n. 690 del 2010; Cass. n. 22190 del 2009; Cass. n. 17172 del 2007). Tali **presupposti**, in presenza dei quali il bilanciamento tra l'interesse individuale alla tutela di diritti della personalità quali l'onore, la reputazione e la riservatezza, e quello, costituzionalmente protetto, alla libera manifestazione del pensiero deve risolversi in favore di quest'ultimo, avuto riguardo al prevalente diritto dell'opinione pubblica ad essere informata ed a formarsi un convincimento in ordine a vicende di rilevante interesse collettivo, possono risultare idonei a giustificare la propalazione di informazioni in contrasto con i predetti diritti, ma **non sono sufficienti a legittimare, *sic et simpliciter*, anche la diffusione della immagine della persona interessata, la quale trova un'autonoma e più rigorosa regolamentazione nell'art. 10 c.c. e della L. n. 633 del 1941, art. 97**.

Si tratta di una disciplina che costituisce espressione di un **principio fondamentale**, il quale non può subire restrizioni se non in casi eccezionali, tassativamente previsti dalla legge secondo cui **le sembianze di una persona non possono essere esposte, riprodotte o messe in commercio contro la sua volontà**. Esso trova giustificazione nella natura stessa dell'immagine, che, in quanto rappresentazione delle sembianze individuali, attiene ad uno dei modi di essere della persona, configurandosi come una proiezione concreta della personalità nei rapporti con l'esterno. Il relativo **diritto**, concretandosi nella **facoltà di apparire se e quando si voglia, costituisce una manifestazione della libertà individuale, che si traduce nella possibilità di mostrarsi agli altri solo quando si abbia interesse a farlo o non si abbia interesse a non farlo, ed è tutelato dalla legge anche nel caso in cui la riproduzione o la diffusione non arrechino pregiudizio all'onore o alla reputazione dell'interessato**. Sotto quest'ultimo profilo, esso è accostabile alla riservatezza, dalla quale si distingue, però, per la circostanza di non avere ad oggetto le vicende private del soggetto, normalmente destinate a rimanere sottratte all'apprezzamento del pubblico, ma un dato attinente all'identità personale, la cui fruibilità da parte dei terzi, ordinariamente libera, può cessare in qualsiasi momento per scelta dell'interessato.

Ciò giustifica il particolare rigore con cui devono essere applicate le limitazioni previste dalla L. n. 633 del 1941, art. 97, le quali, avendo carattere eccezionale, vanno interpretate in senso restrittivo, tenendo conto che *il diritto all'immagine può essere sacrificato solo se ed in quanto ricorrano effettivamente ed attualmente le esigenze di carattere pubblico e sociale che la legge ritiene prevalenti rispetto all'interesse del singolo, e che comunque tale sacrificio non può eccedere la misura strettamente necessaria per la realizzazione dell'interesse pubblico*. In quest'ottica, la mera circostanza che l'immagine pubblicata appartenga ad un soggetto cui è riferibile una vicenda rispetto alla quale sia configurabile un interesse alla conoscenza da parte del pubblico non può considerarsi sufficiente a legittimarne la riproduzione e la diffusione, occorrendo a tal fine un *quid pluris*, consistente nella necessità che tale divulgazione risulti essenziale per la completezza e la correttezza dell'informazione fornita.

In tal senso depone, d'altronde, anche l'art. 137 (nel testo, applicabile *ratione temporis* alla vicenda scrutinata dalla Corte di Cassazione, anteriore alle modifiche apportategli dal D.Lgs. n. 101 del 2018) del Codice in materia di protezione dei dati personali approvato con D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, il quale, nel sottrarre al consenso dell'interessato il trattamento di dati personali effettuato nell'esercizio della professione di giornalista e per l'esclusivo perseguimento delle relative finalità (comma 2), prevede che, **in caso di diffusione e comunicazione dei dati, restano fermi i limiti del diritto di cronaca a tutela dei diritti di cui all'art. 2, tra i quali è compreso il diritto all'identità personale**, e, in particolare, il limite non già del mero interesse pubblico, ma quello dell'essenzialità dell'informazione riguardo a fatti di interesse pubblico (comma 3).

Tali limiti devono essere integrati con quelli previsti dal **Codice deontologico dei giornalisti, approvato dal Consiglio Nazionale dell'Ordine nelle sedute del 26 e 27 marzo 1998**, al quale la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto valore di fonte normativa, in quanto richiamato dal D.Lgs. n. 196/2003 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, e dal cui rispetto gli iscritti all'Ordine non possono quindi prescindere, perchè la relativa violazione non solo li esporrebbe all'applicazione di sanzioni disciplinari da parte del Consiglio dell'Ordine competente, ma potrebbe essere anche fonte di responsabilità civile sia per l'autore che per la sua testata (cfr. Cass. n. 17408 del 2012; Cass. n. 16145 del 2008).

In tema di tutela della dignità della persona, **l'art. 8 del Codice deontologico** dedica una particolare attenzione alla **pubblicazione dell'immagine delle persone** subordinando proprio alla *essenzialità dell'informazione la pubblicazione di immagini o fotografie di soggetti coinvolti in fatti di cronaca lesive della dignità della persona* e condizionando alla sussistenza di *rilevanti motivi di interesse pubblico o comprovati fini di giustizia e polizia* la ripresa e la produzione d'immagini e foto di persone in stato di detenzione senza il consenso dell'interessato.

L'**art. 7** del medesimo Codice, inoltre, si riferisce alla **tutela del minore**, sancendo che:

- al fine di tutelarne la personalità, il giornalista non pubblica i nomi dei minori coinvolti in fatti di cronaca, nè fornisce particolari in grado di condurre alla loro identificazione;
- la tutela della personalità del minore si estende, tenuto conto della qualità della notizia e delle sue componenti, ai fatti che non siano specificamente reati;

- il diritto del minore alla riservatezza deve essere sempre considerato come primario rispetto al diritto di critica e di cronaca;
- qualora tuttavia per motivi di rilevante interesse pubblico e fermo restando i limiti di legge, il giornalista decida di diffondere notizie o immagini riguardanti minori, dovrà farsi carico della responsabilità di valutare se la pubblicazione sia davvero nell'interesse oggettivo del minore, secondo i principi e i limiti stabiliti dalla "Carta di Treviso".

La giurisprudenza di legittimità, sul punto, ha già avuto modo di affermare che **l'accertamento della legittimità della pubblicazione dell'immagine di una persona senza o contro il consenso**

dell'interessato è un'indagine che va condotta caso per caso, nel rispetto sia dei parametri del diritto di cronaca e dell'essenzialità della diffusione della notizia, sia dei parametri specifici fissati dall'art. 8 a presidio della tutela della dignità umana oltre che a quello di cui al precedente art. 7 nel caso di tutela dei minori.

La più accentuata potenzialità lesiva e la maggiore diffusività dell'immagine comportano che la relativa valutazione debba essere compiuta con maggior rigore rispetto a quella concernente la semplice pubblicazione della notizia, occorrendo verificare se la pubblicazione delle immagini fosse essenziale ai fini dell'informazione e inoltre considerare se tali immagini, per le loro caratteristiche intrinseche, fossero da considerare lesive della dignità della persona, in considerazione della particolare potenzialità offensiva connessa all'enfatizzazione tipica dello stesso strumento visivo (ed all'idoneità dell'immagine, una volta pubblicata, ad essere riprodotta anche a distanza di tempo sui più svariati mezzi di comunicazione, scissa dall'articolo di cronaca che ne poteva giustificare in origine la pubblicazione e sottratta al controllo del soggetto ritratto), il cui uso nell'attività giornalistica è per questo circondato da particolari cautele (cfr. Cass. n. 12834 del 2014).

Alla luce di tutte le considerazioni riportate, la Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 4477 del 7 febbraio 2021 ha accolto il ricorso, cassando con rinvio la sentenza impugnata, pronunciando il principio di diritto riportato in epigrafe.

Proprietà e diritti reali

Possesso ad usucapionem in condominio: l'amministratore può esercitare l'azione giudiziale solo in virtù di un mandato speciale rilasciato da ciascun condomino

di **Saverio Luppino, Avvocato**

Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Ordinanza 9 novembre 2020 n. 25014 (Presidente Dott. L. G. Lombardo, Relatore Dott. U. Bellini)

Condominio negli edifici – Rappresentanza giudiziale del condominio – Legittimazione dell'amministratore – Domanda di usucapione nell'interesse del condominio – Legittimazione attiva dell'amministratore – Sussistenza – Condizioni – Mandato speciale di ciascun condomino

"In tema di condominio negli edifici, la proposizione di una domanda diretta alla estensione della proprietà comune mediante declaratoria di appartenenza al condominio di un'area adiacente al fabbricato condominiale, siccome acquistata per usucapione, implicando non solo l'accrescimento del diritto di comproprietà, ma anche la proporzionale assunzione degli obblighi e degli oneri ad esso correlati, esorbita dai poteri deliberativi dell'assemblea e dai poteri di rappresentanza dell'amministratore, il quale può esercitare la relativa azione solo in virtù di un mandato speciale rilasciato da ciascun condomino."

CASO

L'amministratore di condominio ed alcuni condomini citavano in giudizio la società Alfa, dinanzi al Tribunale di Milano, per ivi accertarsi l'acquisto per usucapione abbreviata ex art. 1159 c.c., ovvero ordinaria ex art. 1158 c.c., ovvero la sussistenza di un diritto di servitù di un'area cortiliva attigua allo stabile condominiale.

Si costituiva la società Alfa chiedendo il rigetto della domanda attorea asserendo di essere proprietaria del cortile oggetto di contesa, riconoscendo altresì la sussistenza di una servitù di passaggio a favore di vari mappali, su uno dei quali insistevano gli immobili degli attori.

Eccepiva altresì il difetto di legittimazione attiva del Condominio, atteso che la delibera dell'assise condominiale non aveva concesso alcuna autorizzazione ad agire in giudizio a tutela dei diritti reali dei singoli condomini e poiché la predetta delibera non era stata assunta all'unanimità.

Chiedeva la condanna solidale degli attori al risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 2043 c.c., ovverosia danno costituito dal mancato utilizzo del corrispettivo che sarebbe stato

ricavato dalla vendita del complesso immobiliare, sfumata a causa dell'azione giudiziaria promossa dagli attori, nonché la condanna degli stessi per lite temeraria ai sensi dell'art. 96 c.p.c., per l'uso "disinvolto" dell'azione. Parimenti, chiedeva di essere autorizzata a chiamare in causa il proprio dante causa, la Beta s.p.a., al fine di essere da questa garantita dall'eventuale evizione della porzione immobiliare oggetto di causa, ai sensi dell'art. 1485 c.c., con condanna alla restituzione del prezzo relativo alla porzione del terreno in oggetto e al risarcimento del danno di cui agli artt. 1480 e 1484 c.c..

Autorizzata la chiamata in causa, si costituiva la Beta s.p.a. contestando il fondamento di tutte le domande proposte nei suoi confronti, chiedendone il pedissequo il rigetto. Eccepiva il difetto di legittimazione attiva del Condominio sulla base delle medesime considerazioni svolte dalla Alfa s.r.l.. e, contestava l'esistenza dei presupposti per l'operatività della garanzia per evizione parziale sull'assunto che l'usucapione vantatasi sarebbe perfezionata successivamente alla vendita dell'immobile.

Con la sentenza il Tribunale di Milano, non definitivamente pronunciando, dichiarava il difetto di legittimazione attiva del Condominio; rigettava la domanda di accertamento dell'usucapione abbreviata; rigettava la domanda di risarcimento dei danni proposta da Alfa s.r.l.; accertava e dichiarava il diritto di Alfa s.r.l. alla riduzione del prezzo della compravendita stipulata con Beta s.p.a. rigettandone, però, la domanda di risarcimento dei danni; disponeva la prosecuzione del processo, al fine di determinare, con apposita CTU, il valore di mercato del bene usucapito con riferimento all'epoca della vendita.

In esito a pronuncia di sentenza definitiva, la società Alfa s.r.l. impugnava la sentenza del giudice di primo grado chiedendone la riforma nella parte in cui, quest'ultimo, aveva accertato l'intervenuta usucapione ordinaria e aveva rigettato le domande di risarcimento dei danni proposte sia nei confronti dei condomini che della terza chiamata.

La Corte d'Appello di Milano accoglieva l'appello principale e quello incidentale della Beta s.p.a. e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, respingeva la domanda di usucapione ordinaria azionata dagli attori; dichiarava priva di interesse quella di accertamento di una servitù convenzionale di passaggio pedonale e carraio e assorbite dal rigetto delle pretese degli attori le domande di garanzia e risarcimento dei danni proposte dalla convenuta Alfa nei confronti della Beta; confermava nel resto la sentenza impugnata.

Avverso detta ultima sentenza proponevano ricorso per cassazione il condominio ed i condomini sulla base di sei motivi, illustrati da memoria. Resistevano le due società con rispettivi controricorsi.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione dichiarava inammissibile il ricorso; condannava i ricorrenti al pagamento in favore delle due società controricorrenti delle spese del giudizio di legittimità ovvero al versamento di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello

previsto per il ricorso principale, ai sensi del D.P.R. 115/2002, art. 13, comma 1 quater, sussistendone i presupposti.

QUESTIONI

Precidendo dalla disamina dei singoli motivi di ricorso, giacché inferenti rispetto all'oggetto della presente trattazione, la Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimazione dell'amministratore di condominio nel caso di proposizione di domanda giudiziaria esorbitante la difesa della proprietà comune.

Prendendo le mosse dal presupposto che il condominio è privo di personalità giuridica, in quanto unicamente ente di gestione delle cose comuni e che l'amministratore può agire in virtù della sola delibera assembleare, anche non totalitaria, a tutela della gestione delle stesse, è possibile individuare il fondamento normativo del potere di rappresentanza ed i suoi limiti facendo riferimento agli artt. 1130 e 1131 c.c.. Dette norme, rispettivamente, disciplinano, la prima, le attribuzioni dell'amministratore e la seconda, in forma specifica, la rappresentanza del condominio da parte dell'amministratore. Per effetto dell'art. 1131 c.c., il potere di rappresentanza dell'amministratore è contenuto nei limiti delle attribuzioni previste dall'art. 1130 c.c., ossia si riferisce alle parti e servizi comuni, nonché alle controversie riguardanti i beni comuni[1].

Il sistema che si delinea consiste, pertanto, nel separare le situazioni di carattere condominiale da quelle di carattere individuale del singolo condomino e soltanto in ordine alle prime l'amministratore è legittimato ad esercitare le funzioni di rappresentanza.

Da ciò si desume che **la rappresentanza, non esclusivamente processuale, dell'amministratore del condominio è circoscritta alle attribuzioni, ai compiti ed ai poteri, stabiliti dall'articolo 1130 c.c..**

Ove si tratti invece di azioni a tutela dei diritti esclusivi dei singoli condomini, tale legittimazione può trovare fondamento soltanto nel mandato conferito all'amministratore da ciascuno dei partecipanti alla comunione, e non nel meccanismo deliberativo dell'assemblea condominiale, ad eccezione dell'equivalente ipotesi di una unanime, positiva deliberazione di tutti i condomini[2].

Invero il potere di estendere il dominio, acquisito mediante usucapione e in via subordinata di servitù, dell'area cortiliva rivendicata, è un potere estraneo al meccanismo deliberativo dell'assemblea condominiale e può essere conferito all'amministratore solo in virtù di un mandato speciale rilasciato da ciascuno dei condomini interessati, ciò in quanto, l'azione giudiziale esula dall'ambito della mera tutela di una già acquisita proprietà comune, e termina per incidere nella sfera dei diritti dominicali e degli interessi individuali.

Orbene, a ben vedere dei giudici della nomofilachia, la questione riguardante la legittimazione attiva del condominio era stata correttamente ritenuta assorbita dal rigetto della domanda di

merito, laddove comunque la Corte distrettuale ne ha evidenziato la insussistenza in relazione all'azionato acquisto di diritti reali, in mancanza di una espressa totalitaria autorizzazione ad agire da parte dei condomini.

Trattasi, dunque, di affermazione del tutto coerente con i fermi principi enunciati dalla medesima Corte di legittimità, secondo cui, in tema di condominio negli edifici, la proposizione di una domanda diretta non alla difesa della proprietà comune, ma alla sua estensione mediante declaratoria di appartenenza al condominio di un'area adiacente al fabbricato condominiale, siccome acquistata per usucapione, implicando non solo l'accrescimento del diritto di comproprietà, ma anche la proporzionale assunzione degli obblighi e degli oneri ad esso correlati, esorbita dai poteri deliberativi dell'assemblea e dai poteri di rappresentanza dell'amministratore, il quale può esercitare la relativa azione solo in virtù di un mandato speciale rilasciato, come suddetto, da ciascun condomino[3].

Per questi motivi, la Corte di Cassazione dichiarava inammissibile il ricorso.

[1] Cass. 5 marzo 2015 n. 4503; Cass. 29 novembre 2013 n. 26849; Cass. 25 luglio 2011 n. 16230; Cass. 24 settembre 1997 n. 9378.

[2] cfr. Cass. 3 marzo 1984 n. 4623; Cass. 29 febbraio 1988 n. 2129; Cass. 11 marzo 1988 n. 2401

[3] Cass. n. 21826 del 2013; Cass. n. 5147 del 2003.

Diritto e procedimento di famiglia

Senza validi motivi di dissenso le spese per la scuola privata e le visite mediche per i figli vanno rimborsate al genitore che le ha anticipate

di **Giuseppina Vassallo, Avvocato**

Cassazione civile sez. I, ordinanza del 24/02/2021, n. 5059

Mantenimento figli – Spese straordinarie – rimborso genitore non affidatario

(artt. 147 e 337-ter c.c.)

Nel caso in cui non sia previsto il preventivo accordo per l'effettuazione di una spesa "straordinaria" per i figli e se l'altro genitore rifiuti di provvedere al rimborso della quota di sua spettanza, la valutazione dell'esistenza in concreto di giustificati motivi di dissenso spetta al giudice di merito, il quale è tenuto a verificare la rispondenza delle spese all'interesse dei minori, compiendo una valutazione sulla loro entità in relazione all'utilità per il figlio e alla capacità economica dei genitori.

CASO

Nel giudizio per la separazione personale dei coniugi, in sede di provvedimenti presidenziali, il giudice poneva a carico del padre l'obbligo di versare alla moglie per il mantenimento di due figli minori, la somma di 440 euro "oltre spese d'iscrizione scolastica e spese mediche nella misura del 50%.

La moglie depositava un ricorso per ingiunzione con il quale chiedeva il rimborso della metà delle suddette spese già sostenute pari a circa 7.000 euro, relative all'iscrizione alla scuola privata e alle visite mediche specialistiche eseguite privatamente.

In seguito all'opposizione della donna, sia il tribunale che la Corte d'Appello respingevano l'opposizione, confermando l'obbligo del rimborso.

L'uomo ricorre in Cassazione sostenendo che nel giudizio di opposizione la moglie avrebbe avuto l'onere di dimostrare che le spese d'istruzione e di assistenza medica privata, in mancanza di accordo tra i genitori, dovessero rivestire il carattere dell'urgenza e della necessità ai fini del rimborso.

SOLUZIONE E PERCORSO ARGOMENTATIVO SEGUITO DALLA CASSAZIONE

La Cassazione ha respinto il ricorso. Il credito azionato dalla moglie in via monitoria si fondava su un provvedimento giurisdizionale che, pur potendo determinare diversamente la misura e le modalità con i quali il coniuge non affidatario contribuisce al mantenimento dei figli, nella specie non ha previsto i requisiti dell'urgenza, necessità o eccessiva onerosità della spesa, ai fini del rimborso da parte del genitore non convivente con i figli.

Pertanto il provvedimento costituiva un titolo astrattamente idoneo anche nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.

La Corte richiama il principio secondo cui non esiste uno specifico obbligo a carico del genitore collocatario della prole, di accordo preventivo sulle predette spese e l'altro genitore deve, quindi, provvedere al rimborso quando non manifesti validi motivi di dissenso (Cass. Civ. n. 16175/2015 e Cass. Civ. n. 19607/2011).

Se tra i genitori non c'è accordo e il rifiuto di contribuzione non è giustificato, sarà il giudice a verificare se tali spese siano ripetibili, compiendo una valutazione sulla loro entità in relazione all'utilità per il figlio e alla capacità economica dei genitori.

Secondo la Corte, i giudici di merito hanno correttamente accertato, inoltre, che il disaccordo del padre non fosse giustificato alla luce delle abitudini precedenti della famiglia e dei genitori nell'educazione dei figli, sia dell'agiato tenore di vita della famiglia, che è parametro previsto dall'art. 337 ter c.c., comma 4, n. 2.

E' vero che ai sensi dell'art. 337-ter c.c. le decisioni di "maggiore interesse" per i figli che riguardano l'istruzione, l'educazione e la salute sono assunte di comune accordo tra i genitori, ma sulla base di quanto diffusamente argomentato nella sentenza di merito – apprezzamento di fatto non censurabile in sede di legittimità – il ricorrente non sarebbe stato estraneo a quelle decisioni.

QUESTIONI

La Suprema Corte ha espresso principi di diritto ormai consolidati in tema di rimborso delle spese straordinarie sostenute nell'interesse dei figli minori.

Il genitore collocatario non è tenuto a concordare preventivamente e a informare l'altro genitore di tutte le scelte dalle quali derivino tali spese, poiché l'art. 337 ter c.c. consente a ciascuno dei coniugi di intervenire nelle scelte riguardanti i figli soltanto in relazione alle "decisioni di maggiore interesse", mentre, al di fuori di tali casi, il genitore non collocatario è tenuto al rimborso delle spese straordinarie, salvo che non abbia tempestivamente esposto validi motivi di disaccordo (Cass. Civ. n. 15240/2018).

La mancata preventiva consultazione del genitore non comporta l'irripetibilità delle spese effettuate nell'interesse del minore e compatibili con il tenore di vita della famiglia» (Cass. Civ. n. 2467/2016).

10^ EDIZIONE
Master di specializzazione
CRISI DELLA FAMIGLIA
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

Diritto e reati societari

Se la società è cancellata dal registro delle imprese, l'impugnazione della sentenza va notificata ai soci

di **Virginie Lopes, Avvocato**

Cassazione Civile, Sez. V, Ordinanza, 2 marzo 2021, n. 5605

Parole chiave: Società – Di persone fisiche (nozione, caratteri, distinzioni) – Cancellazione della società dal registro delle imprese – Effetti – Estinzione della società – Conseguenze – Capacità di stare in giudizio della società estinta e rapporti processuali pendenti

Massima: *In tema di contenzioso tributario, la cancellazione della società dal registro delle imprese, a partire dal momento in cui si verifica l'estinzione della società cancellata, priva la società stessa della capacità di stare in giudizio, di talché, qualora l'estinzione intervenga nella pendenza di un giudizio del quale la società è parte, si determina un evento interruttivo. Ne consegue, sul piano processuale, che, qualora esso non sia stato fatto constare nei modi di legge o si sia verificato quando il farlo constare non sarebbe più stato possibile, l'impugnazione della sentenza, pronunciata nei riguardi della società, deve provenire o essere indirizzata, a pena d'inammissibilità, dai soci o nei confronti dei soci, atteso che la stabilizzazione processuale di un soggetto estinto non può eccedere il grado di giudizio nel quale l'evento estintivo è occorso.*

Disposizioni applicate: art. 2945 c.c.

Nella fattispecie in esame, l'Agenzia delle Entrate ha proposto ricorso dinnanzi alla Commissione Tributaria Regionale ("CTR") competente avverso la sentenza con la quale la Commissione tributaria provinciale ("CTP") aveva accolto il ricorso proposto da una società a responsabilità limitata avverso un avviso di accertamento.

La CTR competente ha confermato la decisione della CTP e qualche mese dopo la sentenza della CTR, la società a responsabilità limitata ha provveduto all'iscrizione nel registro delle imprese della propria cancellazione dal medesimo registro.

Non curandosi dell'avvenuta cancellazione della società dal registro delle imprese, l'Agenzia delle Entrate ha proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza della CTR, notificandolo alla società ormai cancellata.

La Corte di Cassazione ha dichiarato inammissibile il ricorso dell'Agenzia delle Entrate notificato alla società successivamente all'estinzione della stessa (per effetto della suddetta sua cancellazione dal registro delle imprese), anziché agli ex soci della società.

***

Con l'ordinanza in esame, la Suprema Corte si è – nuovamente – pronunciata sul tema degli **effetti processuali della cancellazione di una società a responsabilità limitata dal registro delle imprese** ed in particolare sul tema della notifica dell'impugnazione di una sentenza emessa nell'ambito di un procedimento in cui era coinvolta una società poi cancellata, chiarendo che deve essere effettuata nei confronti dei soci di essa, a pena di inammissibilità.

Va innanzitutto ricordato che il D.Lgs. n. 6 del 17 gennaio 2003 ha inteso, in particolare, disciplinare lo scioglimento e la liquidazione delle società di capitali. In questa ottica si iscrive l'art. 2495 c.c. che dispone ***(i)*** nel suo primo comma, che "*approvato il bilancio finale di liquidazione, i liquidatori devono chiedere la cancellazione della società dal registro delle imprese*" e ***(ii)*** nel secondo, che "*decorsi cinque giorni dalla scadenza del termine previsto dal terzo comma dell'articolo 2492, il conservatore del registro delle imprese iscrive la cancellazione della società qualora non riceva notizia della presentazione di reclami da parte del cancelliere*".

Orbene, già con la sentenza n. 4062 del 22 febbraio 2010, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno chiarito che **l'iscrizione della cancellazione della società nel registro delle imprese ha efficacia costitutiva e comporta la contestuale estinzione della società**. Ciò comporta conseguenze non solo dal punto di vista dei rapporti sostanziali della società cancellata, ma anche dal punto di vista processuale, in quanto **la cancellazione della società nel registro delle imprese, determinandone altresì l'estinzione, la priva della capacità di stare in giudizio**. Ne consegue che, laddove l'estinzione intervenga in pendenza di giudizio nel quale la società sia parte, si determina un evento interruttivo.

Da ciò deriva che la legittimazione sostanziale e processuale, tanto attiva quanto passiva, si trasferisce a norma dell'art. 110 c.p.c. agli ex soci della società, con la conseguenza che, **quando l'evento interruttivo determinato dall'estinzione della società per effetto della sua cancellazione dal registro delle imprese** non venga fatto constare nel corso del giudizio o **intervenga quando non sia più possibile farlo emergere, l'impugnazione della sentenza pronunciata nei confronti della società deve provenire dai soci o essere indirizzata a questi ultimi**. Quanto precede perché la stabilizzazione processuale di un soggetto estinto non può eccedere il grado di giudizio nel quale si sia verificato l'evento estintivo, come del resto già chiarito dalla sentenza n. 6070 del 12 marzo 2013 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, richiamata nell'ordinanza in esame.

Nel caso di specie, l'evento estintivo tuttavia è occorso quando la sentenza che ha concluso il grado precedente di giudizio era già stata pronunciata e prima della scadenza del termine per l'impugnazione. Alla luce di ciò, la Corte di Cassazione ha considerato che la stabilizzazione processuale della società estinta operasse anche in una simile circostanza, ritenendo che **l'impugnazione della sentenza avrebbe dovuto essere notificata, a pena di inammissibilità, agli ex soci e non alla società cancellata e ormai estinta**.

***

Per queste ragioni, la **Corte di Cassazione ha dichiarato inammissibile il ricorso in cassazione dell'Agenzia delle Entrate**, ritenendo che avrebbe dovuto essere notificato agli ex soci della società a responsabilità limitata cancellata dal registro delle imprese e ormai estinta e non a quest'ultima.

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

L'operazione di "ripianamento" di debito quale "semplice modifica accessoria di un'obbligazione", originata da un "pactum de non petendo ad tempus"

di **Federico Callegaro, Cultore di Diritto Commerciale presso l' Università degli Studi di Verona**

Cass. Civ. Sez. 1, Sent. 9 settembre 2020[1], n. 1517, Pres. Genovese – Rel. Dolmetta

Parole chiave: Esclusione di credito ipotecario dal passivo fallimentare – nullità del contratto di mutuo per mancanza di causa – utilizzo delle somme erogate a ripianamento di pregressa esposizione.

Riferimenti normativi: Legge Fallimentare art. 67 comma 1 n.i 3 e 4 – Codice Civile artt. 1322. 1343, 1418, 1344, 1362, 2809 – 2810.

CASO[2]

La domanda di insinuazione in via ipotecaria, presentata dalla Banca mutuante, al passivo fallimentare della mutuataria non è stata accolta in accoglimento di quanto rilevato dallo stesso Curatore[3]:

- "*nonostante nel contratto di mutuo sia prevista la destinazione della somma a investimenti immobiliari, l'importo mutuato è servito semplicemente a coprire un precedente scoperto di conto corrente chirografario senza creare una provvista autonomamente utilizzabile e cosi trasformando un debito chirografario in debito privilegiato in epoca in cui erano già presenti in contabilità debiti concorsuali; prova ne è che la somma relativa al mutuo è stata accreditata sul conto corrente ripianando la notevole debitoria*";
- derivandosene la «*nullità del contratto per mancanza di causa ai sensi dell'art. 1418 cod. civ., con conseguente nullità delle ipoteche iscritte a garanzie la nullità della causa del contratto ex art. 1344 cod. civ. per essere state utilizzate le somme per il ripianamento di pregressa esposizione presso lo stesso istituto; la simulazione del contratto stipulato in frode alle ragioni dei creditori per avere trasformato un credito chirografario in un credito ipotecario*".

Il Tribunale, nel proprio provvedimento, nel ritenere la nullità dell'ipoteca iscritta a garanzia del mutuo:

- rileva: "*in questo caso è provato inequivocabilmente che le parti hanno indicato uno scopo*

del tutto sin dall'inizio inesistente e anche illecito civilmente, perché è provato che le parti sapevano che non si trattava di un mutuo finalizzato a un investimento immobiliare, ma ad estinguere debiti pregressi di natura chirografaria"; ed

- afferma che la "*ammissione in chirografo deriva dal fatto che è inequivocabilmente provato che con l'erogazione del mutuo le parti hanno per davvero voluto estinguere il debito sul conto corrente, hanno per davvero voluto contrarre un finanziamento a lungo termine e quindi non hanno simulato un mutuo non voluto, ma soltanto hanno simulato l'ipoteca*". Si osservi come il Giudice di Merito, abbia ritenuto novato il credito "originario" portato dal saldo debitore di un conto corrente sostituendolo ad ogni effetto di legge sostituito da quello "nuovo" – offendo sostanzialmente una chiave di lettura ben diversa da quella indicata dalla Pronuncia n. 7740 2020 della Corte di cassazione (cit.)[4] -;
- ne fa derivare essere "*intervenuta una novazione perché la precedente obbligazione è stata sostituita da una nuova, assistita da una garanzia ipotecaria del tutto simulata e del tutto nulla per inesistenza e illiceità della causa*";
- escludendo il "*rango di privilegiato del credito perché l'atto di costituzione di ipoteca volontaria contenuto nel contratto di mutuo è privo di causa sapendo fin dalla sottoscrizione entrambe le parti che lo scopo dichiarato, investimento immobiliare, era simulato e che l'erogazione del mutuo avrebbe estinto debiti pregressi di natura chirografaria attribuendo alla società un finanziamento a lungo termine*" ammettendo di conseguenza, per l'effetto, il credito al chirografo.

SOLUZIONE

Avuto riferimento al pactum de non petendo ad tempus, giova sottolineare come il precedente n. 20896/2919 citata dalla Pronuncia in parola, chiarisca come escludendosi "ogni tratto di erogazione di somme a credito" si configuri una concretizzazione della figura del pactum de non petendo ad Tempus, percorrendo un filo logico che risulta di interesse qui riportare nei suoi elementi sostanziali:

- viene richiamato come la struttura contrattuale del mutuo implichi la consegna delle somme di denaro che ne costituiscono oggetto, la relativa "*traditio deve per essere tale realizzare il passaggio delle somme dal mutuante al mutuatario*"[5];
- si chiarisce come lungi dal realizzare spostamenti di danaro, trasferimenti patrimoniali e consegne, il «ripianamento» di un debito a mezzo di nuovo «credito», che la banca già creditrice metta in opera con il proprio cliente, sostanzi propriamente un'operazione di natura contabile[6].

La Corte, ponendo la questione "*se la presenza della valuta, di cui alla nuova operazione concordata tra la Banca e il suo cliente, su un conto corrente in cui risulti appostata la somma da quest'ultimo attualmente dovuta integri, o meno, gli estremi di un'operazione di mutuo*", richiamando suoi recenti precedenti[7], la risolve in termini definitivi "*la risposta non può che essere negativa*" richiamando i propri precedenti (Cass., 5 agosto 2019, n. 20896[8]; Cass., 8 aprile 2020, n. 7740).

Quanto al cosiddetto "mutuo di scopo" la Corte:

- sottolinea trattarsi di "*figura ben conosciuta*" alla sua giurisprudenza" nelle sue varie espressioni declinate: a) versione in cui lo scopo è di origine legale "*(in cui, cioè, le somme erogate sono per legge destinate all'effettuazione di una determinata, peculiare attività o al raggiungimento di un certo risultato specifico)*, b) con riferimento al caso di specie nell'ipotesi "*in cui la «finalizzazione» del mutuo discende in via esclusiva dal contesto del contratto che viene stretto tra mutuante e mutuatario*";
- calandosi nel caso di specie, la Corte mette "*in particolare evidenza*" due aspetti distinti. Per il primo[9] (legale) "*occorre che lo svolgimento dell'attività dedotta o il risultato da raggiungere risponda, nel concreto, a uno specifico interesse pubblico"*, ovvero (convenzionale)[10] "*ricomprenda o in ogni caso coinvolga … un diretto interesse (non solo del mutuatario, ma anche) proprio della persona del mutuante*";
- chiarisce occorra che "*il testo contrattuale contenga un patto o clausola (c.d. di destinazione) da cui si desuma in modo chiaro (seppur certo non per il necessario tramite di enunciazioni di tratto formale o comunque condotte con codici semantici qualificati) che l'erogazione è vincolata a una data, specificazione utilizzazione" (come appunto rispondente allo scopo in concreto rilevante*"[11];
- a tale proposito, richiamando "*la regola per cui, nell'evenienza, la «dedotta illiceità attiene non ai motivi, ma alla causa del contratto»*" e che la legge "qualifica la causa del negozio" richiama il derivare "*il patto divergente dallo scopo intride l'operazione di illiceità; e così viene a rendere nulla l'intera operazione*"[12], derivandone il principio per cui "*Quando sia stato stipulato con l'accordo ab initio di un'utilizzazione del finanziamento per finalità diverse» da quelle stabilite dalla legge, il contratto è nullo*"[13] ***precisa*** *come "una simile regola non potrebbe certo essere estesa in via automatica alla variante che è rappresentata dal mutuo di scopo convenzionale*";
- indicandolo come espressione della "*giurisprudenza di questa Corte*" viene sottolineato come "*la rilevanza, che nel concreto della fattispecie viene a contrassegnare lo scopo, risulta differenziare la relativa operazione dallo «schema tipico del mutuo»*", obbligandosi il *sovvenuto "non solo a restituire la somma mutuata e a corrispondere gli interessi, ma anche a realizzare lo scopo previsto»; «nel sinallagma negozia le, quest'ultima prestazione assume rilievo essenziale in corrispettività dell'attribuzione della somma erogata»*"[14].

La Corte, portandosi quindi ad escludersi che l'operazione intervenuta tra la Banca e la società poi fallita possa essere ricondotta alla figura del mutuo di scopo[15]:

- chiarisce come la "*mera enunciazione, nel testo contrattuale, di una data destinazione delle erogande somme … non indica che la stessa ha carattere vincolante e anzi esclusiva*", precisando veppiù "*come per contro pretende, in sé stessa, la figura del mutuo di scopo*". Si osservi come, così argomentando, venga delineato un rigoroso perimetro all'interpretazione dell'Istituto – con effetti in sede di sua valutazione di merito anche quanto alle prove da fornirsi a supporto del suo ricorrere o meno -;
- puntualizza che "*nell'ambito della figura del mutuo di scopo convenzionale il mancato perseguimento dello scopo da parte del mutuatario non è destinato a incidere sulla validità*

della fattispecie negoziale, ma sull'esplicazione del sinallagma funzionale".

In materia di ammissione di "quale credito" al passivo del fallimento del debitore, atteso come (supra) la Pronuncia assuma quanto accertato dal decreto impugnato, in punto avvenuto riposizionamento delle scadenze del debito pregresso fissandolo nel concreto a "lungo termine", riconduce la fattispecie "*vicenda di tratto esclusivamente contabile*" all'ipotesi in cui si intenda rendere «contestuale» un'ipoteca costituita, *nella realtà delle cose*, a garanzia di debiti già in essere – precisando, la Corte, come ciò sia applicabile indipendente dalla loro natura di scaduti o non scaduti –[16].

La pronuncia richiama che "*Nel sistema vigente il patto di modifica del termine di scadenza dell'obbligazione è accordo che determina una semplice «modificazione accessoria dell'obbligazione» e che, quindi, non comporta novazione*"[17]. La conseguenza che ne viene tratta è la qualificazione di patto "*per sé stesso inidoneo a supportare – da solo – una domanda di ammissione al passivo che abbia ad oggetto la restituzione di somme di danaro*"; si osservi come la Corte indichi che la domanda di ammissione, in simile caso, non potrebbe che fare riferimento al titolo che "*in origine è stato alla base dell'erogazione delle somme a credito*" – nel caso di specie, quest'ultima, identificata nell'iniziale scoperto di conto).

Un aspetto che appare non oggetto di indagine della Corte di legittimità, sulla scorta dell'intervenuta attribuzione di un'efficacia contrattuale del "secondo atto" quale "*patto di modifica del termine di scadenza*" – espressione da ricondursi ad un accertamento della volontà delle Parti in tal senso – . Apparirebbe legittimo, quindi, chiedersi se proprio alla luce dell'attribuita efficacia, nei termini anzidetti, del secondo negozio giuridico rispetto allo "originario", qualificato come riconducibile ad un "*pactum de non petendo ad tempus*", non possa attribuirsi al pari efficacia alla concessione di garanzia ipotecaria, a questo punto e seguendo l'elaborazione fin qui offerta dalla Suprema Corte nelle varie sue ultime Pronunce (infra), in ragione del patto di dilazione stesso a presidio dell'originario finanziamento come variato ed integrato dal successivo Patto stesso. Ne deriverebbe come, a questo punto, il Tribunale sarebbe chiamato a valutare l'efficacia della garanzia secondo i canoni di inopponibilità alla massa fallimentare, in tale ipotesi applicabili[18].

La Corte, a conclusione dell'analisi effettuata, enuncia i **seguenti principi di diritto**:

- "*la mera enunciazione, nel testo contrattuale, che il mutuatario utilizzerà la somma erogatagli per lo svolgimento di una data attività o per il perseguimento di un dato risultato non è per sé idonea a integrare gli estremi del mutuo di scopo convenzionale, per il cui inveramento occorre, di contro, che lo svolgimento dell'attività dedotta o il risultato perseguito siano nel concreto rispondenti a uno specifico e diretto interesse anche proprio della persona del mutuante, che vincoli l'utilizzo delle somme erogate alla relativa destinazione*";
- "*Nel caso di mutuo di scopo convenzionale, il punto del necessario rispetto della destinazione delle somme erogate all'effettivo conseguimento dello scopo prefissato è assicurato sul piano dello svolgimento del sinallagma funzionale del rapporto, con la*

conseguenza che all'inadempimento del mutuatario seguirà la risoluzione del relativo contratto";

- "*L'operazione di "ripianamento" di debito a mezzo di nuovo "credito", che la banca già creditrice realizzi mediante accredito della somma su un conto corrente gravato di debito a carico del cliente, non integra gli estremi del contratto di mutuo, bensì quelli di una semplice modifica accessoria dell'obbligazione, come conseguente alla conclusione di un pactum de non petendo ad tempus*".

QUESTIONI

È il caso sottolineare come la pronuncia, con riferimento al rinvio al credito originario quale elemento sostanziale di riferimento della domanda di ammissione al passivo fallimentare, che sarebbe stata da presentarsi a cure del creditore, apre uno scenario che presenta alcuni aspetti meritevoli di attenzione quanto alle scelte che, al ricorrere della fattispecie dianzi richiamata, potrebbero essere elaborate da parte della creditrice insinuante.

Da un lato vi sono le ipotesi espressamente previste dalla Legge in materia di ristrutturazione del debito[19] con effetti spiegati, anche quanto alle garanzie offerte dal debitore, nei confronti di eventuali fallimenti ed altre procedure concorsuali, per le quali l'efficacia del contratto "successivo" trova piena applicazione anche nei confronti di queste ultime – in quanto ricorrano tutti gli elementi soggettivi, oggettivi e contrattuali previsti dalle relative Disposizioni Normative -, che legittimano una domanda di ammissione al passivo di un credito fondato sul "successivo atto negoziale" ed assistito da un garanzia reale come contrattualizzata.

Dall'altro, nelle residue ipotesi, potrebbe valutarsi la strutturazione dell'atto negoziale in termini tali da attribuire allo stesso contenuto, connotazione, valenza e portata di *pactum de non petendo ad tempus* attraverso il quale, ove non già presente nell'originario contratto di finanziamento / affidamento, viene concessa al garante una garanzia reale anche in ragione della concessione, da parte della Finanziatrice, di una sostanziale dilazione di pagamento[20] che, in ambito creditizio, costituisce un "tecnico" aggravamento del rischio in quanto aumenta l'orizzonte temporale del periodo di ammortamento / utilizzabilità dell'affidamento precedentemente concesso.

[1] Data pubblicazione 25 gennaio 2021.

[2] Si rinvia, nei termini che qui rilevano, al commento (questa Rivista, Edizione di martedì 21 luglio 2020), a commento della Cass. civ. Sez. 3, Sent. 8 aprile 2020, n. 7740 – richiamata, infra, dalla Pronuncia in commento -.

[3] Deduzioni dichiarate in Atto "condivise" dal Giudice Delegato.

[4] Si richiama all'attenzione, aspetto certamente non secondario, come la Pronuncia Tribunalizia sia antecedente all'indirizzo della Suprema Corte n. 7740/2020, essendo stata

resa il 30 maggio 2014.

[5] Si richiama all'attenzione come la Corte utilizzi, a rafforzamento del proprio pensiero, l'espressione "*farle muovere dal patrimonio dell'uno al patrimonio dell'altro*", ne cui perimetro rientra anche "*un'operazione di natura contabile (con una coppia di poste nel conto corrente – una in «dare», l'altra in «avere»*", come desumibile nel prosieguo del sillogismo espresso nella Pronuncia stessa.

[6] La pronuncia, ad ulteriore chiarimento, puntualizza "*diverso, naturalmente, è il caso in cui la posta a credito sia di montante superiore al debito del cliente in essere sul conto, per la parte del supero l'operazione ben potendo allora iscriversi nel contesto tipologico del contratto di mutuo*".

[7] Cass., 5 agosto 2019, n. 20896 2 Cass., 8 aprile 2020, n. 7740 (supra)

[8] Richiamata dalla pronuncia 7740/2020, come riportato nel precedente dianzi richiamato intervento su questa Rivista.

[9] Ricorda la Pronuncia essere "f*rutto diretto, immediato, dell'elaborazione effettuata da questa Corte*" e richiamando Cass., 22 dicembre 2015, n. 25783; Cass., 24 gennaio 2012, n. 943.

[10] Richiamando v. Cass., 18 giugno 2018, n. 15929; Cass., 19 ottobre 2017, n. 24699.

[11] Richiamando, in particolare, Cass., n. 24699/2017; Cass., 20 aprile 2007, n. 9511.

[12] Richiamando cfr., così, Cass., 3 aprile 1970, n. 896; e poi Cass., 2 ottobre 1972, n. 2796.

[13] Citando Cass., 10 giugno 1981, n. 3752; cfr. pure Cass., 8 aprile 2004, 8654.

[14] Richiamando anche in questo caso propri precedenti sul punto: Cass., 11 gennaio 2001, n. 317; Cass., n. 15929/2018; Cass., n. 26699/2017; Cass., n. 25783/2015.

[15] La Corte precisando come l'utilizzazione delle somme difforme dal convenuto determina la nullità del contratto per mancanza originaria della causa, indica che il Giudice di prime cure avrebbe dovuto, seguendo il percorso logico dallo stesso seguito, "*dichiarare la nullità dell'intera operazione, non già della sola ipoteca"* atteso come "*La nullità dell'ipoteca consegue, cioè, dalla nullità del mutuo*".

[16] Principio che, *mutatis mutandis*, appare applicabile anche ad altre tipologie contrattuali oggetto di stipula tra Cliente a Banca / Intermediario Finanziario che prevedano la costituzione di una garanzia diversa da quella ipotecaria – si pensi, tra le altre, alle ipotesi previste e regolate dal Dlgs 21 maggio 2004, n. 170 "Attuazione della direttiva 2002/47/CE, in materia di contratti di garanzia finanziaria" -.

[17] Rinviando espressamente, a tale fine, alla norma dell'art. 1231 cod . civ.

[18] Si osservi, non da ultimo, come una simil prospettazione permetterebbe di mantenere la natura onerosa della concessione di garanzia, giustificata proprio dalla concessione, a sua volta da parte della finanziatrice, di una dilazione – in ragione dell'aggravamento del rischio che ne deriva per la Finanziatrice, rispetto all'originario piano di ammortamento -.

[19] Si pensi, oltre agli Accordi previsti e regolati dalla Legge fallimentare ed – allo stato in attesa della sua entrata in vigore definitiva – dal CCI, dalle "agevolazioni" previste dalla normativa emanata in ragione dell'insorgere e permanere dell'epidemia Covid-19, quale modalità di supporto economico-finanziario alle Imprese nonché quelle rivolte ai privati in materia di acquisto della prima casa.

[20] Termine, quest'ultimo, efferente le ipotesi riconducibili alle cosiddette "Misure di Tolleranza" (Forbearance) che originano, in ambito Bancario / Finanziario la classificazione Forborne in capo alla Finanziata.

Diritto Bancario

Valutazione anti usura preventiva o a consuntivo

di **Fabrizio Cacciafesta - Professore ordinario di Matematica Finanziaria**

Valutazione anti usura preventiva o a consuntivo: considerazioni tecnico-matematiche alla luce di due recenti sentenze; un contributo del Prof. Fabrizio Cacciafesta

Come noto, sul presupposto che «il concetto di interesse usurario e la relativa disciplina repressiva non possano dirsi estranei all'interesse moratorio, affinché il debitore abbia più compiuta tutela», le Sezioni Unite, con l'importante decisione n. 19597/2020 hanno confermato l'assoggettamento degli interessi di mora alla disciplina antiusura, enunciando il seguente principio di diritto: la disciplina antiusura si applica agli interessi moratori, intendendo essa sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la concessione del denaro, ma anche la promessa di qualsiasi somma usuraria sia dovuta in relazione al contratto concluso.

Nella medesima decisione, le Sezioni Unite hanno stabilito altresì che la mancata indicazione, nell'ambito del TEGM, degli interessi di mora mediamente applicati non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali, ove essi ne contengano la rilevazione statistica.

Nei decreti ministeriali sono rilevati i tassi effettivi globali medi; è individuato il tasso-soglia mediante l'aumento dei predetti tassi di un quarto, cui si aggiungono ulteriori 4 punti percentuali; si dà, altresì, conto dell'ultima rilevazione statistica condotta dalla Banca d'Italia, da cui risulta che i tassi di mora pattuiti sul mercato presentano, rispetto ai tassi percentuali corrispettivi, una maggiorazione media pari a 1,9 punti percentuali per i mutui ipotecari di durata ultraquinquennale, a 4,1 punti percentuali per le operazioni di leasing e a 3,1 punti percentuali per il complesso degli altri prestiti.

Tale rilevazione costituisce, è osservato dalla Cassazione, il parametro privilegiato di comparazione, che permette di accedere a valutazioni basate su dati fattuali di tipo statistico medio, prive di discrezionalità, scongiurando, a fini di uguaglianza, difformità di applicazione.

Operativamente, avendo a riferimento i decreti ministeriali che, negli anni più recenti, prevedono uno spread tra il TEGM e la misura del tasso soglia usurario, determinato con la predetta maggiorazione (aumento di un quarto dei tassi medi, cui si aggiungono ulteriori 4 punti percentuali: art. 2, comma 2 D.M., attuando la L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 4), il tasso soglia degli interessi moratori (con riguardo ad esempio ai mutui ipotecari di durata ultraquinquennale) è calcolato come segue: (TEGM + 1,9 [maggiorazione statistica interessi moratori]) moltiplicato per 1,25 + 4.

Tale soluzione, in linea con quanto già deciso dalle Sezioni Unite riguardo alla c.d. CMS storica, è

rispettosa del principio di simmetria/omogeneità di confronto (tra il TEGM rilevato trimestralmente ed il TEG della singola operazione) che le Sezioni Unite, con la sentenza n. 16303 del 2018 (nonché Cass. n. 22270/2016; Cass. n. 12965/2016) hanno posto al centro del sistema antiusura, valorizzando l'esigenza logica legata all'essenza stessa di ogni procedimento comparativo, che, in quanto tale, postula un certo grado di omogeneità dei termini di riferimento.

Di seguito un contributo del prof. Cacciafesta – già professore ordinario di Matematica Finanziaria presso l'Università di Roma "Tor Vergata" – Facoltà di Economia -, che analizza le implicazioni tecnico-matematico della decisione delle Sezioni Unite n. 19597/2020. L'analisi è incentrata sul tasso effettivo globale, sul principio delle 'separate comparazioni' e sul tasso soglia usura (in generale e degli interessi moratori).

Avv. Fabio Fiorucci

***

1.Introduzione

Una recente sentenza della Corte di Cassazione (Sezioni Unite 19597/2020) stabilisce che, ai fini della normativa antiusura, gli interessi di mora vanno valutati confrontandone il tasso con uno specifico valore di soglia prefissato. È la stessa logica già affermata con riferimento alle "commissioni di massimo scoperto" (Sezioni Unite 16303/2018)[1].

Scopo principale di questa nota è far rilevare come questi ripetuti pronunciamenti risolvano definitivamente, seppure non esplicitamente, un equivoco di fondo, che nasce dalla non perfetta formulazione della norma; e che non ci risulta sia mai stato posto in evidenza, pur avendo esso dato luogo a notevole conflittualità. La "usurarietà" di un contratto di prestito[2] va rilevata "a priori", avuto cioè riguardo alle sole condizioni contrattuali, o "a posteriori", ossia tenendo conto dei flussi di cassa che si verificano di fatto? (Ben fermo restando che, secondo la Legge n. 24/2001, *Ai fini della usurarietà dei tassi rileva il momento in cui gli interessi sono promessi o convenuti: operare "a posteriori" vuol dire calcolare alla fine a che tasso l'operazione si è davvero svolta, per confrontarlo con la soglia valida al momento della stipula).*

Il principio delle *separate comparazioni* che la Cassazione pone, anzi ribadisce (e che noi, se ci è consentito, approviamo in pieno) non è logicamente compatibile con la seconda lettura ed elimina con ciò, ci pare, ogni possibilità di appellarsi ad essa.

Siamo consapevoli che detto principio contravviene a quella parte della legge che prescrive di *considerare globalmente le remunerazioni previste in contratto* (tribunale di Torino, 14/12/2019). Osserviamo però quanto segue.

La legge antiusura ha lo scopo di tutelare il debitore e stabilisce, a questo fine, che il peso che egli si assume non possa superare un certo livello. Purtroppo essa è assai precisa per quanto riguarda la determinazione di questo livello, molto meno per quella di quel peso, limitandosi a

chiedere che sia misurato da un singolo parametro "onnicomprensivo". Le sentenze della Cassazione di Cassazione vanno lette nel senso che l'essenza della legge non è nell'utilizzo di questo strumento (utilizzo che si rivela, tra l'altro, alquanto problematico), ma nel principio generale che il mutuante ha dei limiti nelle sue richieste. Si salvaguarda così la *ratio* della norma, a costo di contraddirne la parte operativa; che è d'altra parte formulata, come appena detto, in modo secondo noi poco meditato.

Il metodo delle separate comparazioni nulla toglie al mutuatario, che resta perfettamente garantito; ma garantisce anche il mutuante, che è così posto in grado di valutare in partenza la correttezza del suo operato. Esso consente infatti di giudicare l'usurarietà in base alle condizioni contrattuali note a priori; laddove l'impiego del fantomatico parametro onnicomprensivo implica il ricorso ad un giudizio a posteriori il cui esito dipende non solo da quelle, ma anche dal comportamento tenuto dal mutuatario.

Argomenteremo quanto sopra nei parr. 3 e 4. Il n. 2 sarà dedicato ad un'indispensabile premessa sullo strumento matematico "tasso effettivo", il n. 5 ad evidenziare alcune imperfezioni tecniche della normativa. Non abbiamo infine saputo rinunciare all'opportunità di presentare, in Appendice, alcune considerazioni sul concetto di "usura" dal punto di vista della Matematica Finanziaria; del tutto prive di valore pratico, ma che riteniamo concettualmente interessanti.

2.Il tasso effettivo globale di un prestito

L'impianto logico della "legge antiusura" (108/1996; d'ora in avanti: "la legge") è semplicissimo: forse, ingannevolmente semplice. L'art. 1 dichiara che il costo lordo di un'operazione di credito, misurato in termini di tasso annuo, non può essere superiore al "tasso soglia d'usura" (d'ora in avanti: TSU) in vigore al momento della stipula. L'art. 2 stabilisce come il TSU vada determinato: l'idea è di riferirsi alla media dei "tassi effettivi globali" praticati su scala nazionale (altri particolari nel par. 4). In ossequio all'uso comune, riserveremo l'acronimo TEG per designare questi tassi, che sono oggetto di rilevazione periodica da parte della Banca d'Italia; il *teg* sarà invece, più in generale, il tasso effettivo globale di un qualunque prestito: nozione tecnica molto precisa e molto generale, della quale è opportuno illustrare la natura e le caratteristiche.

È osservazione elementare che il "tasso del prestito" ingenuamente inteso, meglio chiamato "tasso di remunerazione" o "tasso corrispettivo" e quasi sempre presentato nascosto dentro il famigerato "tasso annuo nominale" (TAN), non ne misura se non approssimativamente il peso. Il debitore è infatti impegnato al pagamento non solo degli interessi veri e propri, ma anche di una serie di spese di contorno dei quali quel tasso, che potremmo qualificare come "netto", non tiene alcun conto. Se, doverosamente, si prendono in considerazione anche le spese, si arriva alla determinazione di un tasso "lordo", o "globale", o – se si vuole – *effettivo globale* (il termine "effettivo" pensato come contrapposto a "nominale"): appunto, il *teg*, che si calcola risolvendo un'equazione reperibile in tutti i testi di Matematica Finanziaria classica o, con alcuni piccoli distinguo di cui diremo, in svariate leggi e regolamenti, nazionali ed europei.

Il significato sostanziale del *teg* è che esso rappresenta il tasso al quale il debitore deve in teoria investire in interesse composto il netto ricevuto, per poter effettuare tutti i pagamenti cui è si è obbligato[3].

È però utile ragionare anche nei più formali termini seguenti. Un'operazione di prestito si sostanzia in un flusso di pagamenti tra due parti: 100 euro per tre anni, con pagamento annuo degl'interessi al tasso del 10%, in assenza di alcuna altra spesa, danno luogo, dal punto di vista del mutuatario, al flusso {100, -10, -10, -110}; se vi sono 5 euro di costi iniziali, ed 1 da pagare contestualmente ad ogni rata annua, il flusso diventa {95, -11, -11, -111}. Il *teg* "compatta" l'intero flusso in un solo parametro numerico; ne determina con ciò una sorta di "valore", convenzionale ma oggettivo, utilizzabile razionalmente, ad esempio, quando ci sia da effettuare una scelta tra più alternative. Perché confrontare due somme di denaro è banale; confrontare due flussi, e cioè due successioni di somme dovute (o riscosse) a diversi tempi, non lo è se non in pochi casi elementari.

Notiamo che esistono *teg* "più globali" ed altri "meno globali". Fermo restando che si vuole calcolare un tasso lordo, ossia che tenga conto delle spese di contorno, a seconda dei casi può stabilirsi che alcune di tali spese non debbano essere considerate. Il TEG per antonomasia di cui sopra, ad esempio, esclude le imposte e tasse a carico del debitore; ciò che pare razionale, perché si tratta di componenti di costo che non si possono attribuire all'eventuale rapacità del mutuante. Se invece il mutuatario si chiede quanto, in ultima analisi, gli venga a costare l'operazione, quelle voci di spesa vanno ben messe in conto. Questo *teg* "più globale" è quello comunemente designato come TAEG (la "A" stando per "annuo") o come ISC ("indicatore sintetico di costo": denominazione che ne descrive bene il significato, ma ne nasconde del tutto la natura). Così, l'equazione del TEG e quella del TAEG sono le stesse, ma fanno riferimento a due flussi di cassa non identici[4].

Il *teg* di cui all'art. 1 della legge, quello da confrontare con il TSU, ha la natura dei TEG: va infatti calcolato senza considerare imposte e tasse. Non coincide quindi con il TAEG del prestito.

3.Teg preventivo e teg a consuntivo

Osserviamo ora che gli oneri a carico di chi contragga un prestito, al di là del fatto che – in certi casi – ve ne siano da escludere convenzionalmente dalla considerazione, si possono classificare in due categorie: alcuni, infatti, sono certi, altri solo eventuali. Il contratto stabilisce quanto e quando si pagherà per interessi corrispettivi, commissioni, costi fissi, ..., ma solo come eventualmente si dovranno pagare, ad esempio, gli interessi di mora. Gli oneri di un tipo sono raccolti in una tabella che quantifica esattamente date ed ammontari; per gli altri, ci si limita ad indicare il tasso che si userebbe per calcolarli. Ne segue che (ripetiamo: una volta stabilito che, ad esempio, imposte e tasse non vanno messi nel conto) un contratto di prestito dà in realtà luogo a due potenzialmente diversi flussi di cassa, e dunque a due potenzialmente diversi *teg*. Vi è il flusso formato dai movimenti previsti in partenza ed analiticamente descritti dal piano d'ammortamento, e vi è quello che registra, di fatto, lo svolgersi effettivo delle cose.

Il secondo si può osservare solo alla conclusione dell'operazione, e risulterà coincidere col primo solo quando essa si sarà svolta senza che si siano verificati eventi (ritardi, inadempienze, recessi, ...) previsti, in partenza, solo come mere possibilità.

Chiameremo *teg preventivo* quello calcolabile a priori, a partire dagli oneri certi, e dunque dal flusso previsto come fisiologico. Il *teg a consuntivo* sarà invece quello calcolato alla chiusura: nei casi "patologici" risulterà diverso dal preventivo.

È bene sottolineare che un *teg* preventivo non può, materialmente, tener conto degli oneri incerti: perché questi non sono valutabili a priori, e dunque non possono comparire nel flusso che esso *teg* preventivo compatta. Si legge nella sentenza che la mancata rilevazione dei costi incerti (in particolare, gl'interessi di mora) ai fini della determinazione del TSU costituirebbe *un evento meramente accidentale privo di valenza ermeneutica*. In realtà, quella mancata rilevazione non ha niente di "accidentale", ma è dovuta al fatto che si è scelto – non crediamo "accidentalmente" – di ricorrere ad uno strumento che opera a partire da un flusso di cassa noto, entro il quale non è possibile inserire grandezze incerte.

È sì in teoria possibile procedere, a preventivo, ad una valutazione probabilistica di quello che sarà il peso delle spese incerte. Non risulta però che qualcuno l'abbia mai proposta, e la riterremmo comunque, per diverse ragioni[5], del tutto fuori luogo. Si tratterebbe inoltre, in ogni caso, di un *teg* "non a norma": non calcolato, cioè, secondo le modalità codificate a livello ormai europeo. Del metodo del "caso peggiore", che rappresenta un diverso modo di tentare di valutare, in partenza, il peso delle spese incerte, diremo in seguito.

Abbiamo letto molto del moltissimo che è stato scritto sull'argomento, ma non abbiamo mai trovata formulata la questione, tanto semplice quanto fondamentale, se quello "ex art. 1" sia il *teg* preventivo o quello a consuntivo. Questione formulabile anche nei termini: l'usurarietà va giudicata al momento della stipula del contratto, o alla fine del rapporto?

Non c'è alcun dubbio che i TEG a partire dai quali viene periodicamente calcolato il TSU siano *teg* preventivi: infatti sono relativi ai contratti stipulati trimestre per trimestre, quando i corrispondenti *teg* a consuntivo non possono, nella grande maggioranza, essere noti. Lo saranno solo alla fine del rapporto, e dunque anche molti anni dopo; e non avrebbe senso fare, ogni trimestre, la media dei tassi di rendimento fatti registrare dai prestiti di qualunque durata conclusisi in quel periodo. Così, quando la Corte parla di un tempo futuro nel quale *la rilevazione del TEGM ... verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni* (sentenza 16303/2018, punto 6.3.2) esprime una speranza destinata ad andare certamente delusa (come del resto lo è stata fino ad ora): il TEGM è la media dei TEG, che sono preventivi, e dunque costruirne uno che tenga conto delle spese incerte pare impresa al di là delle forze di qualunque legislatore.

In prima approssimazione, si direbbe dunque che, perché si abbia omogeneità tra i termini del confronto, il *teg* "ex art. 1" da considerare debba essere quello preventivo.

Un ulteriore elemento a favore dell'utilizzo del *teg* preventivo è fornito dal fatto che, in presenza di costi iniziali (spese d'istruttoria, perizie, atti notarili, ...) riscossi in un'unica soluzione, l'interruzione anticipata del rapporto può dar luogo ad un *teg* a consuntivo molto elevato, e rendere dunque usurario un contratto a priori normalissimo.

È peraltro incontestabile che se si ragiona in termini di *teg* preventivo tutti i costi incerti, dei quali esso non può dar conto, spariscono dalla scena: ciò che è contrario alla lettera ed allo spirito della legge. Questa sembrerebbe dunque imporre di considerare, come parametro da confrontare col TSU, il *teg* a consuntivo del progetto.

Si è cercato di giustificare l'incoerenza formale insita nel confronto tra un *teg* a consuntivo (davvero onnicomprensivo) con una media di *teg* preventivi (che sono "meno globali", perché non contengono le spese incerte) facendo notare che il *teg* preventivo, pur calcolato sulla base dei soli costi certi, tiene implicitamente conto anche degli incerti, perché il finanziatore ha scelto il tasso corrispettivo da applicare in funzione dell'affidabilità del debitore, ed è dunque in media coperto dal rischio d'insolvenza (sentenza 5961/2013, Udine). L'osservazione è corretta e sottile, ma trascura il fatto che accanto all'inadempimento forzato di chi non può onorare i patti, c'è quello, volontario, di chi trova conveniente non farlo. Il tasso corrispettivo è graduato per mettere al sicuro il mutuante dalla sfortuna, e non dall'eventuale dolo del mutuatario; se dovesse scontare anche questo, sarebbe ovviamente più elevato, spalmando sulla platea dei corretti il peso del comportamento di chi corretto non è.

Più o meno questo è il parere della BdI[6] riguardo l'opportunità di incorporare in qualche modo il costo della mora in quello generale del credito. L'Istituto si riferisce, però, all'ipotesi di calcolare come TEGM una media di *teg* preventivi che tengano conto delle componenti di costo incerte; il che è, lo abbiamo rilevato poco sopra, più ancora che inopportuno, impossibile.

È stata anche suggerita l'idea di calcolare preventivamente, dati i termini del contratto, se non tutti i possibili *teg* a consuntivo (che non sono "infiniti", come è stato scritto, ma certo in numero molto ragguardevole), quello massimo che si può registrare: il cosiddetto "caso peggiore" (tale, naturalmente, per il debitore): la logica essendo che se esso è pur sempre inferiore al TSU, il prestito va giudicato non usurario. Purtroppo, individuare quale sia il "caso peggiore" è esercizio tutt'altro che semplice, anche per la difficoltà di accordarsi su quali sono i casi realisticamente possibili[7]. Inoltre, e soprattutto, non è chiaro come si debba concludere se il *teg* del caso peggiore sia superiore al TSU: dichiarare comunque usurario il prestito sembra ingiustificato; verificare quale sia stato l'effettivo *teg* a consuntivo svuota il metodo di ogni significato.

4.Il principio delle "separate comparazioni"

L'incertezza su quale dei due *teg* del prestito vada confrontato col TSU deve comunque intendersi ormai superata. La sentenza della CdC (che conferma, ripetiamo, il pronunciamento del tutto analogo della sentenza 16303/2018) scioglie definitivamente, seppure non

esplicitamente, l'ambiguità: il *teg* da considerare è quello preventivo. Essa dispone infatti che il giudizio di usurarietà venga dato sulla base di *separate comparazioni*, la seconda della quale riguarda il tasso di mora (d'ora in avanti: TM) previsto dal contratto, che va confrontato con un livello di soglia (TSM) apposito. A questo punto, non avrebbe alcun senso che l'altra "comparazione" (quella, "base", o complessiva) fosse fatta confrontando col TSU il *teg* a consuntivo: infatti questo già contiene tutti gl'interessi di mora pagati, e la comparazione TM-TSM sarebbe a questo punto inutile. Anzi, forse, dannosa: è possibile che in un contratto fosse previsto un TM elevatissimo, ma il *teg* a consuntivo risulti inferiore al TSU, perché il mutuatario non ha pagato un centesimo di mora. In questo caso, ci sarebbe o no usura?

È stato naturalmente obiettato che il principio delle separate comparazioni non è conforme alla lettera della legge, che vuole che tutto il peso sia misurato da un unico parametro. Facciamo però notare che lo spirito della stessa legge è certo rispettato: il mutuante è vincolato a osservare gli ora due livelli di soglia (il TSU ed il TSM), e dunque il mutuatario resta perfettamente tutelato. Si ha però, in più, che risulta così tutelato anche il diremmo ovvio diritto che il mutuante ha di sapere, quando propone un prestito, se sta o no infrangendo la legge, senza che debba aspettare la conclusione del rapporto per verificare se ha finito per commettere un reato. Si noti, infatti, che il *teg* a consuntivo dipende non solo dai parametri fissati dal contratto, ma anche dal comportamento del debitore; comportamento che non sempre è dettato dalla necessità. È possibile ipotizzare casi in cui, procrastinando ad arte i suoi adempimenti, il debitore riesce a far sì che il *teg* consuntivo superi il TSU. Il mutuante si troverebbe dunque in questi casi, in un certo senso, alla mercè del mutuatario.

È opportuno notare che quando il metodo delle separate comparazioni è stato per la prima volta formalizzato, lo si pensava in realtà come soluzione provvisoria, in attesa di *nuove disposizioni* (v. il par. precedente). Abbiamo già osservato come queste siano, eufemisticamente parlando, assai improbabili; riteniamo dunque che sia quanto mai opportuno organizzare il metodo dei confronti separati nella maniera più razionale e completa possibile. Occorre in altre parole che sia previsto uno specifico livello di soglia per ciascuno dei parametri che il contratto prevede in relazione agli oneri incerti. Ormai scomparse le CMS e sistemato (ancorché, come vedremo al prossimo paragrafo, non bene, la mora), sembra che resti solo da regolamentare la penale per l'estinzione anticipata (PEA).

A proposito di quest'ultima, ci consta che la giurisprudenza non sia unanime nel considerarla un "costo collegato all'erogazione del credito". Ci guardiamo bene dall'addentrarci nella questione, limitandoci a segnalare l'ordinanza di rinvio a giudizio (datata 14/12/2020) con la quale il Gip di Bari ha contestato il reato di usura perché il *teg* a consuntivo di un contratto di credito conclusosi anticipatamente (per l'inadempienza, ci pare, della parte prenditrice) è risultato molto superiore al TSU. La procedura di rimborso era infatti appena iniziata, e ciò ha comportato che la PEA, prevista come percentuale del debito residuo, sia stata elevatissima.

L'errore (ci permettiamo di chiamarlo così) di riferirsi al *teg* a consuntivo anziché a quello preventivo si presenta in questo caso in modo particolarmente vistoso. Chi scrive, si è imbattuto in questo stesso errore in un caso di cessione di crediti *pro soluto* risoltosi con un

forte guadagno per il cessionario, perché il credito ceduto era stato poi rapidamente riscosso[8].

5.Osservazioni tecniche

5.1 Il TSU

La procedura disposta dalla legge per l'aggiornamento periodico del TSU prevede che la BdI provveda ogni trimestre, distintamente per categoria di operazioni, a rilevare i *teg* preventivi (i TEG per antonomasia) di fatto praticati nel periodo e a calcolarne la media (TEGM); questa, aumentata di un quarto e poi di quattro punti, rappresenta il TSU valido per i tre mesi successivi.

La formula "aggiungere un quarto e poi quattro" è stata introdotta dal DL 70/2011; in precedenza, era prevista la semplice addizione di un mezzo. Vogliamo qui notare come essa presenti una caratteristica di elementarità (nel senso di "rozzezza tecnica") poco condivisibile.

La prescrizione è infatti la medesima per tutte le classi di operazioni. Ve ne sono oggi (primo trimestre 2021) 24, con TSU che vanno da un minimo di 6,263 (per i mutui a tasso fisso con garanzia ipotecaria) ad un massimo di 23,925 (per il *credit revolving*); valori ottenuti da TEGM di partenza pari, rispettivamente, a 1,81 ed a 15,94. Come si vede, l'aggiunzione della stessa quantità (quattro punti) in tutti i casi, fa sì che la soglia antiusura per le prime operazioni sia tre volte e mezzo il tasso mediamente applicato (6,263 a fronte di 1,81); quella per le seconde sia solo del 50% superiore (23,925 a fronte di 15,94). Non si comprende la logica di questa differenza di trattamento.

Allo stesso modo, non si comprende perché non si provveda ad aggiornare quella misura di quattro punti, che pesa percentualmente oggi alquanto di più di quanto facesse nel 2011, quando i tassi erano, tutti, non insensibilmente più elevati.

La formula ante DL 70/2011 (TSU uguale a TEGM aumentato del 50%) non presentava i difetti ora evidenziati. Tornare all'antico, sarebbe un progresso…

5.2 Il tasso soglia di mora (TSM)

Come più volte ricordato, la sentenza 19597/2020 ricalca la logica della 16303/2018, con la quale la stessa Cassazione ha stabilito come "principio di diritto" che le CMS siano fatte oggetto di una valutazione separata. Il parametro di confronto per queste ultime è individuato aumentando di un mezzo il valore medio delle CMS periodicamente rilevate dalla BdI, e cioè con la stessa regola in passato in uso per costruire il TSU a partire dal TEGM. Una volta riconosciuto che gl'interessi di mora hanno la stessa natura delle CMS, è stato naturale tentare di prevedere, per essi, una procedura di verifica della legittimità dello stesso tipo.

Purtroppo, mentre le CMS applicate venivano, come detto, regolarmente rilevate, lo stesso non

avviene per i TM: il che non è in alcun modo spiegabile, visto che sembra semplicissimo chiedere che chi concede un credito comunichi, assieme al TEG, anche questo parametro. Risulta disponibile solo una *maggiorazione media, rispetto ai tassi di interesse corrispettivi, dei tassi di mora contrattuali ricavati da una rilevazione statistica campionaria*, effettuata, come è stato elegantemente scritto, *olim et una tantum*.

La soluzione adottata dalla Corte di Cassazione distingue a seconda che il decreto ministeriale con cui viene trimestralmente ufficializzato il TSU riporti, o no, i valori di questa maggiorazione.

Nel caso negativo (che riguarda i contratti conclusi prima dell'1.7.2013) la Corte vuole che il TSU venga considerato anche come TSM. Il nostro commento è che resta con ciò tradita quella esigenza di simmetria ed omogeneità tra i due termini di un qualunque confronto che la Corte, dopo aver enunciato nella sentenza 16303/2018, pur ribadisce in questa. Si perdonerà la trivialità del paragone, ma si dispone così di comparare il prezzo di una singola bottiglia di vino (il TM) con quello medio di un pasto completo bevande escluse (il TEGM, che è calcolato senza tener conto del TM). Né è dato a chi scrive comprendere come chi ha concesso un prestito dieci anni fa possa oggi essere accusato di non aver obbedito ad una norma allora certo in vigore, ma che ben difficilmente poteva essere interpretata come oggi vien detto di fare.

Nel caso positivo (molto più importante, perché riguarda il presente e il futuro), la Suprema Corte tenta invece di muoversi sulla falsariga di come fatto per le CMS, e definisce come TSM il valore cui si perviene aggiungendo quattro punti alla somma tra il TEGM e la *maggiorazione media* di cui sopra, aumentata (la somma) di un quarto.

L'idea sembra quella di calcolare, con i dati disponibili, quale sia il TM medio applicato, per poi correggerlo con la stessa modalità che s'impiega per passare dal TEGM al TSU. Il metodo funzionerebbe, se la maggiorazione media esprimesse la differenza tra TM medio e TEGM: perché, banalmente, TEGM + (TM – TEGM) = TM. Purtroppo, la maggiorazione è ottenuta come differenza TM – TAN[9]: sommandola al TEGM non si trova, pertanto, il TM cercato, ma un valore superiore.

Se è ormai stabilito che si deve procedere, per il *teg* preventivo e per il TM, a *separate comparazioni*, ci sembra inaccettabile che queste si svolgano con modalità così diverse. La soglia di usura del *teg* (il TSU) è basata sull'osservazione diretta, continuamente aggiornata, dei TEG di fatto praticati. Quella del TM è ricavata mediante un algoritmo tecnicamente difettoso, in cui figurano anche dati di qualità dubbia e comunque da ritenere ormai ampiamente obsoleti.

È ben chiaro che i dati disponibili non consentono una soluzione corretta al problema di individuare quale sia il TM medio applicato, per poi da questo definire un TSM. La richiesta che la BdI completi la sua raccolta periodica di dati affiancando, ai TEG, i TM praticati, è davvero modesta. Una volta ottenuto un TM medio (se si vuole: per categoria di operazioni)

costantemente aggiornato, si può poi pensare di ottenerne un TSM senza ricorrere alla triste formula "più un quarto, più quattro": ossia, senza copiare meccanicamente quanto si fa – in modo, abbiamo visto, alquanto criticabile – per passare dal TEGM al TSU.

Appendice – "Usura oggettiva" e prezzo del rischio

La normativa introdotta dalla legge 108/1996 è comunemente detta "antiusura". In realtà, con la "usura" in senso proprio non ha quasi nulla a che fare, avendo essa in realtà la natura di calmiere del costo del credito. Quando l'art. 1 stabilisce che *sono sempre usurari* gl'interessi che eccedano il limite stabilito per legge, pone una definizione fuorviante, imponendo che si qualifichino con un termine in sé carico di negatività realtà che, a priori, negative non sono. Caritatevoli commentatori sono stati costretti a distinguere tra le categorie della usura "soggettiva" e di quella "oggettiva". Un semplice aggettivo (dal significato, oltretutto, non immediatamente trasparente) pare un po' poco per distinguere tra un odioso ricatto ed una valutazione scrupolosa; tra un delinquente che specula sulle disgrazie altrui, ed un funzionario onestissimo e timorato di Dio, ma deontologicamente tenuto a distinguere il momento della beneficenza e della solidarietà umana da quello dell'attività professionale.

Di fronte ad una valutazione di rischio d'insolvenza molto elevata (quale purtroppo si ha quando il richiedente il credito si trovi in un momento di crisi), un operatore razionale non può non pretendere una remunerazione anch'essa molto elevata: non per trarre un indebito profitto, ma per avere la ragionevole certezza di riuscire a mediare gli esiti, statisticamente diversi, di operazioni che hanno forti probabilità di concludersi in perdita. Chi punta dieci euro sull'uscita di un numero rosso alla *roulette* si aspetta, se vince, di incassarne venti; esattamente nello stesso modo, chi presta 10.000 euro ma valuti che con 50 probabilità su 100 chi li riceve non glieli restituirà, non può non richiederne indietro almeno 20.000. O dovrà presto cambiare mestiere, dopo aver perso tutto il capitale di cui disponeva (e che, molto spesso, era di proprietà altrui).

Secondo la nostra opinione, e la lingua italiana, ci si trova di fronte ad "usura" solo (e non già altresì, come dice la legge) quando si impongano condizioni *sproporzionate* rispetto a quelle mediamente applicate *per operazioni similari*, consapevoli che la controparte sarà comunque costretta ad accettare. Punire questo comportamento è cosa ben diversa dall'imporre un tetto al costo del credito: operazione che può, oltretutto, risultare in definitiva controproducente.

Ogni livello di rischio ha il suo prezzo. I prezzi, lo sappiamo dall'epoca di Diocleziano, si possono calmierare; i rischi, no. Poiché nemmeno un imperatore può costringere chi opera alla luce del sole a vendere sottocosto, fissare un tetto può sortire questo effetto perverso: se il prezzo da chiedere razionalmente a qualcuno non rientra nei limiti di legge, costui non ha alternativa diversa da quella di rivolgersi a chi della legge opera scientemente al di fuori.

[1] È doveroso segnalare che la terza sezione civile della stessa Corte di Cassazione era giunta, con le sentenze 17447/2019 e 26286/2019, a conclusioni diverse da questa, e purtroppo anche diverse tra loro.

[2] Sappiamo che la legge si riferisce non specificatamente ai prestiti, ma a tutte le operazioni di credito. Dato il contenuto di questo articolo, speriamo che il nominare, come faremo a volte, il particolare per l'universale, non generi obiezioni.

[3] Perché in interesse composto? Storicamente, perché il tasso di rendimento effettivo è stato inventato dai matematici finanziari; i quali, per diverse ragioni, usano l'interesse composto come strumento standard. Contingentemente, perché – come ricorderemo tra poco – così vuole la Comunità Europea.

[4] Si vedano, rispettivamente, le *Istruzioni per la rilevazione del TEGM* pubblicate dalla Banca d'Italia e la normativa che la Commissione Europea ha fissato per le operazioni di credito al consumo.

[5] Eccone alcune: la valutazione sarebbe difficilissima, e non oggettiva, perché richiederebbe una stima delle probabilità dei diversi, numerosissimi eventi che possono verificarsi. Poi: se come *teg* preventivo probabilistico si scegliesse il valore più probabile, il *teg* a consuntivo potrebbe comunque risultare diverso; risulterebbe quasi certamente diverso se si scegliesse, per il primo, un valore medio.

[6] *Chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura*, pubblicato in data 3.7.2013.

[7] Era stato indicato, come caso peggiore, quello del debitore che, dopo essersi impegnato ad una serie di versamenti periodici, non paga nulla fino all'ultima scadenza, quando salda tutto il dovuto. È stato giustamente obiettato essere poco verisimile l'ipotesi di un rapporto nel quale il mutuante attende inerte anche per molti anni, ed il mutuatario, insolvente fino ad allora, paga scrupolosamente tutto all'istante finale.

Un po' più realistico è pensare ad un debitore che paghi, ad ogni scadenza, i soli interessi di mora via via maturati: forse questo potrebbe convincere il creditore ad aspettare la fine del contratto, quando si ipotizza che il debitore salderebbe tutto il suo debito. Il *teg* a consuntivo corrispondente è maggiore di quello della precedente ipotesi, ma non può ancora considerarsi il peggiore: è facile infatti verificare che se il debitore procrastina ancora di qualche mese il pagamento, il *teg* a consuntivo continua a crescere.

In definitiva, trovato un "caso peggiore", con ingegno ed impegno se ne può sempre trovare uno "più peggiore" ancora.

[8] F. Cacciafesta, *Cessione di crediti e legge anti-usura*, Banche e Banchieri (2016).

[9] L'ipotesi che i "tassi corrispettivi" siano espressi in termini di TAN ci sembra purtroppo verisimile.

Master di specializzazione
DIRITTO E CONTENZIOSO BANCARIO
Scopri le sedi in programmazione >