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

Edizione di martedì 1 giugno 2021

Proprietà e diritti reali

Locazione e garanzie in termini di responsabilità precontrattuale e obbligo di buona fede
di **Saverio Luppino, Avvocato**

Procedimenti di cognizione e ADR

CTU su fatti estranei al thema decidendum: la nullità è rilevabile d'ufficio o su istanza di parte?
di **Martina Mazzei, Avvocato**

Procedimenti cautelari e monitori

Limiti dell'ammissibilità della modificazione della domanda proposta con il ricorso monitorio in sede di opposizione
di **Silvia Romanò, Dottoranda in Scienze giuridiche europee e internazionali presso l'Università degli Studi di Verona**

Obbligazioni e contratti

Fideiussioni bancarie prestate in conformità delle condizioni ABI restrittive della concorrenza: quale rimedio? Parola alle Sezioni Unite
di **Martina Mazzei, Avvocato**

Comunione – Condominio - Locazione

Condizioni di legittimità di opere su parti di proprietà esclusiva che incidono sull'uso della cosa comune
di **Ilaria Ottolina, Avvocato**

Diritto e procedimento di famiglia

Mancato versamento del mantenimento: è reato anche se i figli non si trovano in stato di bisogno perché li mantiene la madre
di **Giuseppina Vassallo, Avvocato**

Diritto e reati societari

Dimissioni dell'amministratore della società e responsabilità per fatti o illeciti commessi in epoca successiva
di **Virginie Lopes, Avvocato**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Il riconoscimento del privilegio generale dell'art. 2751-bis, c. 1, n. 5), c.c., a favore del credito vantato da una società consortile S.r.l.
di **Pier Paolo Avanzini, Avvocato**

Diritto Bancario

Interessi di mora e clausola di salvaguardia
di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

Soft Skills

Parliamo la stessa lingua?
di **Amalia Di Carlo - Ufficio stampa di Marketude**

Proprietà e diritti reali

Locazione e garanzie in termini di responsabilità precontrattuale e obbligo di buona fede

di **Saverio Luppino, Avvocato**

Cassazione civile, sez. VI, ordinanza n. 49 del 2021, Presidente Graziosi, Estensore Iannello

"*In tema di responsabilità precontrattuale, l'art. 1337 cod. civ. e l'art. 1338 cod. civ., che ne costituisce specificazione, mirando a tutelare nella fase precontrattuale il contraente di buona fede ingannato o fuorviato da una situazione apparente, non conforme a quella vera, e, comunque, dalla ignoranza della causa d'invalidità del contratto che gli è stata sottaciuta, presuppongono non solo la colpa di una parte nell'ignorare la causa di invalidità del contratto, ma anche la mancanza di colpa dell'altra parte nel confidare nella sua validità. Ne consegue che quando, in particolare, la* ***causa di invalidità del negozio derivi da una norma imperativa o proibitiva di legge****, o da altre norme aventi efficacia di diritto obiettivo, tali – cioè – da dover essere note per presunzione assoluta alla generalità dei cittadini e, comunque, tali che la loro ignoranza bene avrebbe potuto o dovuto essere superata attraverso un comportamento di normale diligenza, non si può configurare colpa contrattuale a carico dell'altro contraente, che abbia omesso di far rilevare alla controparte l'esistenza delle norme stesse.*"

La vicenda esaminata.

Il sig. C intraprendeva con il sig. L, in qualità di proprietario e locatore di un immobile offerto in locazione, trattative precontrattuali per concludere un accordo di locazione avente ad oggetto il bene, del quale il locatore – nel corso degli incontri – aveva espressamente garantito determinate caratteristiche che rispecchiavano le necessità del conduttore (la metratura, l'uso commerciale e la presenza di tre posti auto a servizio del negozio).

Tuttavia, una volta raggiunto l'accordo, con pattuizione del canone mensile e del versamento di un deposito cauzionale, alla consegna del locale il conduttore scopriva che l'immobile non era dotato delle qualità che gli erano state confermate in sede di trattativa dal signor L, e dunque che la **metratura era inferiore, che l'immobile non era accatasto come negozio bensì**

come magazzino e che non vi erano posti auto ad uso esclusivo.

Il sig. C, pertanto, essendosi determinato a contrarre principalmente sulla base di quelle caratteristiche di cui l'immobile risultava privo, agiva in giudizio contro il sig. L per chiedere la restituzione della cauzione versata ed il risarcimento delle spese sostenute per l'incarico conferito per la ristrutturazione del locale. La domanda attorea trovava accoglimento da parte del Giudice di primo grado e conferma in sede di appello. La Corte territoriale in particolare sottolineava come fosse evidente **la mala fede del locatore**, il quale aveva indotto il conduttore a concludere un contratto che altrimenti non avrebbe concluso, a nulla rilevando il fatto che il sig. C potesse di sua sponte eseguire una perizia catastale per accertarsi della reale metratura dell'immobile e della sua destinazione d'uso.

Infatti, **le parti di un negozio giuridico sono tenute sempre a rispettare i principi di correttezza e buona fede ovvero il dovere di informazione della controparte circa le possibilità di conclusione del contratto,** senza omettere circostanze significative in relazione all'economia del negozio, sì che la trattativa si svolga in modi coerenti e senza dar adito a comportamenti contraddittori.

Avverso la sentenza di condanna, il sig. L proponeva ricorso per cassazione, affidato a cinque diversi motivi: in particolare, con il primo lamentava la violazione e falsa applicazione dell'art. 1337 c.c., per avere la Corte d'Appello erroneamente **ritenuto irrilevante** il fatto che il conduttore ben potesse autonomamente eseguire una visura catastale e scoprire le reali caratteristiche del bene immobile. Il ricorrente sosteneva infatti che la propria condotta, consistita nel non rivelare un'informazione, pur essenziale, ma che la controparte era in grado di procurarsi da sé, con uno sforzo mediamente ragionevole, non configurasse una condotta scorretta, sanzionabile sul piano risarcitorio a titolo di responsabilità precontrattuale. Con i restanti motivi di ricorso, il sig. L lamentava il travisamento della prova testimoniale, la violazione e falsa applicazione dell'art. 1227 c.c. per avere la Corte d'appello compreso tra i danni risarcibili anche il pagamento dei compensi al tecnico incaricato dal conduttore della progettazione dei lavori nel locale – trattandosi di danno che quest'ultimo avrebbe potuto evitare secondo l'ordinaria diligenza, nonché l'erronea condanna del convenuto al pagamento di un'ulteriore somma per responsabilità processuale aggravata, ed infine l'erronea liquidazione delle spese processuali poste a suo carico.

La Suprema Corte di cassazione ha rigettato il ricorso ritenendo inammissibili tutti e cinque i motivi proposti dal sig. L.

La responsabilità precontrattuale

Per quanto qui di rilievo, si dà specificamente atto delle conclusioni della Suprema Corte in ordine alla violazione dell'art. 1337 c.c.: la stessa ha infatti colto l'occasione per ribadire un proprio consolidato orientamento in tema di interpretazione delle norme sulla responsabilità precontrattuale, secondo il quale "*gli artt. 1337 e 1338 c.c., mirando a tutelare nella fase precontrattuale il contraente di buona fede ingannato o fuorviato da una situazione apparente, non*

conforme a quella vera, e, comunque, dalla ignoranza della causa d'invalidità del contratto che gli è stata sottaciuta, presuppongono non solo ***la colpa di una parte nell'ignorare la causa di invalidità del contratto****, ma anche* ***la mancanza di colpa dell'altra parte nel confidare nella sua validità***".[1] Con la conseguenza che "*quando, in particolare,* ***la causa di invalidità del negozio derivi da una norma imperativa o proibitiva di legge, o da altre norme aventi efficacia di diritto obiettivo, tali – cioè – da dover essere note per presunzione assoluta dalla genericità dei cittadini e, comunque, tali che la loro ignoranza ben avrebbe potuto o dovuto essere superata attraverso un comportamento di normale diligenza, non si può configurare colpa contrattuale a carico dell'altro contraente, che abbia omesso di far rilevare alla controparte l'esistenza delle norme stesse.***"[2]

Nel caso in questione, tuttavia, la Suprema Corte ha concluso sottolineando come la suddetta valutazione di fatto fosse inerente al merito della questione e quindi insindacabile in sede di legittimità, per cui la stessa non poteva censurare la valutazione operata dalla Corte territoriale, che aveva ritenuto irrilevante la possibilità per il contraente conduttore di accertare le caratteristiche dell'immobile offerto in locazione con una semplice visura catastale.

La Corte di Cassazione, inoltre, ha voluto ribadire nella propria ordinanza l'ulteriore valutazione compiuta dal giudice di merito, il quale ha insistito sulla condotta non meramente inerte del contraente locatore, **bensì attiva nel mistificare**, con dolo e mala fede, la dimensione e la destinazione dell'immobile. Il Giudice di prime cure ha così attribuito a questa condotta un ruolo causale preponderante e idoneo anche a giustificare il comportamento della controparte, sì da escludere ogni addebito di colpa a questa ascrivibile.

L'ordinanza di cui in epigrafe offre lo spunto per esporre in breve commento le norme regolatrici della fase antecedente e prodromica alla stipula di un contratto di locazione (ma in verità estendibili a qualsiasi contratto).

La conclusione del contratto, infatti, passa attraverso un ***iter*** **precontrattuale** durante il quale le parti pongono in essere una serie di atti preparatori, propedeutici al raggiungimento dell'accordo contrattuale, ma che rimangono nella piena **libertà delle stesse in quanto alla loro forma e al loro contenuto**. Si tratta, dunque, di **mere manifestazioni di interesse, che non hanno alcuna efficacia vincolante e non sono fonte di obbligazioni di natura contrattuale**. In tale fase, in linea di massima, non sorgono ancora impegni per il promittente locatore e per il promissario conduttore; questi ultimi sono però tenuti a **comportarsi secondo buona fede e correttezza**, sia in forza dell'art. 1175 cod. civ.[3], sia più specificamente del successivo art. 1337 cod. civ.[4]: in particolare, le parti nel corso delle trattative hanno **il dovere di fornire reciprocamente tutte le informazioni necessarie in ordine sia alla situazione personale di entrambe sia oggettiva del bene** offerto in locazione. Nella predetta fase, le parti non si sono ancora vincolate contrattualmente, e nel nostro ordinamento – sussistendo il principio di libertà contrattuale anche negativa – le stesse non sono tenute a raggiungere la conclusione del contratto, per cui mantengono sempre la facoltà di recedere liberamente dalle trattative, indipendentemente dalla estrinsecazione di un giustificato motivo, verificata la eventuale non convenienza della stipula del contratto. Tutto ciò, però, si deve conciliare con il rispetto del

dovere di buona fede, potendo le parti sempre **incorrere in responsabilità precontrattuale, ogniqualvolta il comportamento di una di esse abbia ingenerato nell'altra un legittimo affidamento nella futura conclusione del contratto**.[5]

È consolidato in dottrina e giurisprudenza, tanto di merito quanto di legittimità, che il contraente che illude l'altra parte nello svolgimento delle trattative pone in essere un comportamento sleale e scorretto, e perciò può essere convenuto in giudizio e condannato al rimborso delle spese ingiustamente sostenute dalla parte che abbia confidato nel buon esito dell'affare. Perché ciò accada, però, occorre che le trattative siano giunte in stato avanzato, cioè al punto che nella parte (che invoca l'altrui responsabilità) si sia **ingenerato un obiettivo e ragionevole affidamento** nella stipula prossima del contratto, oltre che il recesso sia del tutto immotivato e privo di appropriate giustificazioni.[6]

Il dovere di informare

Inoltre, la responsabilità prevista dall'art. 1337 c.c., oltre che in caso di rottura ingiustificata delle trattative, può derivare anche dalla **violazione dell'obbligo di lealtà reciproca che si concretizza nella necessità di osservare il dovere di completezza informativa circa la reale intenzione di concludere il contratto**, senza che alcun mutamento delle circostanze possa risultare idoneo a legittimare la reticenza o la maliziosa omissione di informazioni rilevanti nel corso della prosecuzione delle trattative finalizzate alla conclusione del contratto.[7]

L'ordinanza di cui in commento, infatti, valorizza proprio questo aspetto inerente alla omissione di informazioni determinanti rispetto alla manifestazione di volontà del contraente, offrendo però una precisazione, sintetizzabile nel principio della ***ignorantia legis non excusat***.

Tale principio, tuttavia, in materia contrattuale **non ha un valore generale ed assoluto dal quale desumere in modo incondizionato ed aprioristico l'inescusabilità dell'ignoranza dell'invalidità contrattuale che trovi fondamento in norme di legge**, poiché è comunque necessario **indagare caso per caso sulla diligenza e, quindi, sulla scusabilità dell'affidamento del contraente**, avendo riguardo non solo (e non tanto) alla conoscibilità astratta della norma, ma anche all'**esistenza di interpretazioni univoche** della stessa e, soprattutto, alla **conoscibilità delle circostanze di fatto cui la legge ricollega l'invalidità**.

Il contraente che ignori una norma di legge o intenda sottrarsi alla sua osservanza si troverebbe in una situazione ben diversa dal contraente che, eventualmente in presenza di interpretazioni non univoche della giurisprudenza, affermi di aver creduto che la fattispecie concreta fosse tale da non rientrare nella previsione legale d'invalidità a lui nota.

Secondo parte della giurisprudenza, inoltre, l'astratta conoscenza della norma non sarebbe elemento decisivo per la percezione dell'invalidità o inefficacia del contratto, per la quale spesso si richiede la necessaria cooperazione dell'altro contraente, che sarebbe tenuto a comunicare le circostanze di fatto cui la legge ricollega la invalidità o inefficacia, quando ne sia (o ne debba essere) informato in ragione delle sue qualità professionali o istituzionali e, in

mancanza, non può sfuggire alla responsabilità per *culpa in contrahendo*.[8]

[1] Cass. civ. sent. 21/08/2004 n. 16508.

[2] Cass. civ. sent. 18/05/2016 n. 10156; Cass. civ. sent. 08/07/2010 n. 16149; Cass. civ. sent. 26/06/1998, n. 6337.

[3] Art. 1175 cod. civ. ***Comportamento secondo correttezza*** *"Il debitore e il creditore sono tenuti a comportarsi secondo le regole della correttezza."*

[4] Art. 1337 cod. civ. *Trattative e responsabilità precontrattuale "Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede."*

[5] ***Dalle trattative alla firma del contratto***, in Edicola Fisco, a cura di Augusto Cirla, Cristina Langher, 27 giugno 2019, p. 20-24.

[6] ex multis, Cass. civ. sez. II 15.04.2016 n. 7545, Cass. civ. sez. III 29.03.2007 n.7768, Cass. civ. sez. III 13.03.1996 n.2057, Cass. civ. sez. III 30.03.1990 n.2623.

[7] Cass. civ., Sezione 2, Sentenza 26 aprile 2012 n. 6526.

[8] Corte d'Appello, Roma, Sezione 1, Civile, Sentenza 14 gennaio 2021, n. 248.

Procedimenti di cognizione e ADR

CTU su fatti estranei al thema decidendum: la nullità è rilevabile d'ufficio o su istanza di parte?

di **Martina Mazzei, Avvocato**

Cass. civ., sez. I, 14 aprile 2021, n. 9811 – Pres. De Chiara – Rel. Valitutti

[1] **Consulenza tecnica – Violazione del principio dispositivo – Nullità – Indagini peritali su fatti estranei al *thema decidendum* – Rilevabilità ad istanza di parte – Rilevabilità d'ufficio – Rimessione alle Sezioni Unite**

(Cod. proc. civ. artt. 62 ss, 156, 157, 194 ss)

[1] *"La prima sezione civile ha rimesso gli atti al primo presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite della questione, oggetto di contrasto tra le decisioni della Corte, se in tema di consulenza tecnica di ufficio lo svolgimento di indagini peritali su fatti estranei al "thema decidendum" della controversia in violazione del principio dispositivo, cagioni una nullità della medesima consulenza tecnica, da qualificare di carattere assoluto o relativo e, pertanto, rilevabile d'ufficio ovvero solo su istanza di parte nella prima difesa utile."*

CASO

[1] Due eredi convenivano in giudizio, dinanzi al Tribunale di Treviso, un istituto di credito e la relativa direttrice chiedendone la condanna al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali derivanti dalle operazioni distrattive poste in essere dalla direttrice su un conto corrente del *de cuius*. Il Tribunale adito, dopo aver disposto la consulenza tecnica grafologica su proposta della convenuta, al fine di verificare le sottoscrizioni apposte sulle contabili della banca da parte del correntista, condannava l'istituto di credito al risarcimento dei danni. La Corte d'appello di Venezia, riconosciuto il concorso di colpa del correntista, riduceva la somma dovuta agli eredi che, per tale ragione, ricorrevano in cassazione lamentando, in particolare, la **nullità** della consulenza tecnica grafologica.

SOLUZIONE

[1] La Corte di Cassazione, dopo aver rilevato la sussistenza di un contrasto interpretativo in tema di nullità della CTU, con l'ordinanza in epigrafe, ha rimesso gli atti al Primo presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite relativamente alla questione se in tema di consulenza tecnica di ufficio lo svolgimento di indagini peritali su fatti estranei al *thema decidendum* della controversia, in violazione del principio dispositivo, sia fonte di nullità rilevabile d'ufficio ovvero solo su istanza della parte interessata.

QUESTIONI

[1] Nel caso oggetto di scrutinio, la Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi sulla nullità di una consulenza tecnica d'ufficio per extrapetizione. In particolare, a detta dei ricorrenti, il consulente grafologico aveva ampliato illegittimamente e arbitrariamente il suo campo di indagine anche a sottoscrizioni non disconosciute dai ricorrenti e la Corte d'Appello anziché rilevare d'ufficio la nullità della consulenza ne aveva semplicemente recepito le risultanze.

La Suprema Corte, in via preliminare, evidenzia come sia il Tribunale che la Corte di Appello, sull'assunto del carattere relativo della nullità, avevano implicitamente rilevato l'acquiescenza delle parti sulla nullità della c.t.u. ex art. 157, comma 3, c.p.c. trattandosi di una nullità che deve essere necessariamente eccepita dalla parte interessata nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso.

Sulla natura giuridica della nullità della consulenza tecnica di ufficio, e sul conseguente rilievo officioso o su istanza di parte, tuttavia, non vi è uniformità di vedute nella giurisprudenza di legittimità.

La Corte di Cassazione, infatti, rammenta che per l'orientamento tradizionale, **tutte le ipotesi di nullità della consulenza tecnica**, ivi ricompresa quella – ricorrente nel caso di specie – dovuta all'eventuale allargamento dell'indagine tecnica oltre i limiti delineati dal giudice o consentiti dai poteri che la legge conferisce al consulente, nonché quella dell'avere tenuto indebitamente conto di documenti non ritualmente prodotti in causa, **hanno sempre carattere relativo e devono essere fatte valere dalla parte interessata nella prima udienza successiva al deposito della relazione, restando altrimenti sanate** (Cass. civ. n. 8659/1999; Cass. civ. 5422/2002; Cass. civ. n. 12231/2002; Cass. civ. n. 2251/2013; Cass. civ. n. 15747/2018). Il carattere relativo della nullità esclude in radice l'ammissibilità di un rilievo officioso da parte del giudicante.

A tale consolidato indirizzo si contrappone, tuttavia, una recente decisione della Corte di Cassazione in cui si legge che, in tema di consulenza tecnica di ufficio, **lo svolgimento di indagini peritali su fatti estranei al *thema decidendum* della controversia o l'acquisizione ad opera dell'ausiliare di elementi di prova, in violazione del principio dispositivo, cagiona la nullità assoluta della consulenza tecnica**, **rilevabile d'ufficio e non sanabile per acquiescenza**

delle parti, in quanto, nel processo civile, le norme che stabiliscono preclusioni assertive ed istruttorie sono preordinate alla tutela di interessi generali, non derogabili dalle parti (Cass. civ. n. 31886/2019).

In questa recente sentenza si evidenzia come, in virtù del principio dispositivo e dell'operare nel processo civile di preclusioni, l'ausiliare del giudice, nello svolgimento delle proprie attività, non può – nemmeno in presenza di ordine del giudice o di acquiescenza delle parti – indagare d'ufficio su fatti mai ritualmente allegati da queste ultime, nè acquisire di sua iniziativa la prova dei fatti costitutivi delle domande o delle eccezioni proposte e nemmeno procurarsi documenti che forniscano tale prova. A tale regola può derogarsi soltanto quando la prova del fatto costitutivo della domanda o dell'eccezione non possa essere oggettivamente fornita dalle parti con i mezzi di prova tradizionali, postulando il ricorso a cognizioni tecnico-scientifiche, oppure laddove la consulenza si renda necessaria per la prova di fatti tecnici accessori o secondari e di elementi di riscontro della veridicità delle prove già prodotte dalle parti.

La pronuncia del 2019, in particolare, muove dal rilievo che "*il principio secondo cui le nullità della consulenza restano sanate, se non eccepite nella prima difesa utile, venne in origine affermato con riferimento alla nullità derivante dall'omissione dell'avviso ad una delle parti della data di inizio delle operazioni peritali*". Per tale tipo di nullità era parso del tutto corretto riservare alla parte, il cui diritto di difesa era stato vulnerato dall'omissione della comunicazione di avvio delle operazioni peritali, di eccepire la nullità della consulenza d'ufficio secondo la disciplina delle nullità relative. Senonché, successivamente, quel principio è stato esteso anche ad altre ipotesi di nullità della consulenza e, in particolare, *"al caso di svolgimento di indagini peritali su fatti estranei al thema decidendum o, più spesso, di acquisizione da parte del c.t.u. di documenti non ritualmente prodotti dalle parti"*. Tale impostazione, secondo la Suprema Corte, costituiva il logico corollario della strutturazione "*senza barriere*" del giudizio di cognizione delineato dall'originario impianto del codice processuale "*perché in quel tipo di processo tutte le nullità istruttorie non potevano che essere relative, non prevedendo la legge alcun termine perentorio per compierle*", ma non è più coerente con il sistema delle preclusioni, assertive ed asseverative, che attualmente informa il processo civile ed è preordinato alla tutela di interessi generali. Le norme che prevedono preclusioni assertive od istruttorie nel processo civile, infatti, sono preordinate a tutelare interessi generali, e la loro violazione è sempre rilevabile d'ufficio, anche in presenza di acquiescenza della parte legittimata a dolersene (ex multis, Cass. civ. n. 16800/2018; Cass. civ. n. 7270/2008). Tra le nullità relative, allora, non potrebbero più rientrare quelle nullità "*consistite nella violazione, da parte del c.t.u., del principio dispositivo, commessa vuoi indagando su fatti mai prospettati dalle parti, vuoi acquisendo da queste ultime o da terzi documenti che erano nella disponibilità delle parti, e che non furono tempestivamente prodotti. Quest'ultimo tipo di nullità, infatti, consiste nella violazione di norme (gli artt. 112, 115 e 183 c.p.c.) dettate a tutela di interessi generali: si tratta dunque di nullità assolute e non relative; non sanabili dall'acquiescenza delle parti; sempre rilevabili d'ufficio (salvo il giudicato), a nulla rilevando che non siano eccepite nella prima difesa successiva al compimento dell'atto nullo*".

In conclusione, alla luce degli indirizzi giurisprudenziali contrastanti riportati, la Corte di

Cassazione ha ritenuto di rimettere la causa all'esame del Primo Presidente della Corte affinchè valuti l'eventuale remissione alle Sezioni Unite Civili, considerato che la questione oggetto di causa ha una notevole rilevanza sistematica nonché conseguenze di carattere pratico-operative, dal momento che riguarda il regime dei vizi inficianti uno strumento di diffusissima applicazione, quale la consulenza tecnica d'ufficio.

Procedimenti cautelari e monitori

Limiti dell'ammissibilità della modificazione della domanda proposta con il ricorso monitorio in sede di opposizione

di **Silvia Romanò, Dottoranda in Scienze giuridiche europee e internazionali presso l'Università degli Studi di Verona**

Cassazione civile, Sez. I., Ordinanza n. 9668 del 13 aprile 2021. Pres. Genovese, Estensore Falabella

Procedimento monitorio – domanda giudiziale del creditore intimante – modifica della domanda in sede di opposizione – ammissibilità – limiti

Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo è sempre ammessa la modifica della domanda da parte del creditore opposto, sia con riguardo al petitum *che alla* causa petendi*, purché la domanda modificata risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e non si determini né una violazione dei diritti di difesa della controparte né l'allungamento dei tempi del processo. (Principio enunciato in relazione ad una fattispecie nella quale il pagamento era stato intimato in sede monitoria nei confronti di un soggetto nella sua qualità di garante del debitore, mentre nel corso del giudizio di opposizione la pretesa era stata poi fondata sul fatto che l'opponente risultava essere anche erede del debitore).*

CASO

Con decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Castovillari, Tizia veniva intimata al pagamento a Credito Cooperativo soc. coop. p.a. di una somma di poco inferiore a 40.000,00 euro in qualità di fideiussore di Caio per un contratto di mutuo da questo sottoscritto, ma mai onorato. Tizia e Caio erano legati da vincolo di coniugio, sciolto successivamente dalla morte di Caio.

Tizia proponeva opposizione avverso il suddetto decreto ingiuntivo, disconoscendo le firme sulla scrittura che documentava il contratto di mutuo e sul documento contenente la prestazione della garanzia fideiussoria. La banca si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto

della spiegata opposizione, in quanto Tizia risultava «coniuge superstite del sig. Caio, fideiussore ed obbligata in solido», richiesta che veniva riscontrata positivamente dal Tribunale adito.

Decidendo sul gravame proposto dall'ingiunta avverso detta pronuncia, la Corte d'appello di Catanzaro respingeva l'impugnazione.

Tizia ricorre infine per la Cassazione. Resiste con controricorso Credito Cooperativo.

SOLUZIONE

La Suprema Corte respinge il ricorso della ricorrente che si era vista intimare il pagamento di un contratto di mutuo mai onorato dal marito Caio prima come fideiussore e poi come «coniuge superstite del sig. Caio, fideiussore ed obbligata in solido». Il Supremo Collegio conferma la correttezza della qualifica nei termini di *emendatio libelli* compiuta dal giudice di merito della suddetta modifica, precisando inoltre che deve ritenersi ammessa la modifica della domanda (sia con riguardo al *petitum* che alla *causa petendi*) da parte del creditore opposto, purché la domanda modificata risulti connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e non determini né una violazione dei diritti di difesa della controparte né l'allungamento dei tempi del processo, entrambe circostanze che non si ravvisano nel caso di specie.

QUESTIONI

Il motivo di ricorso qui d'interesse riguarda violazione o falsa applicazione dell'art. 645 c.p.c. per *mutatio libelli*. La ricorrente lamenta che la sentenza impugnata non ha rilevato l'inammissibilità della domanda nuova proposta dalla banca convenuta, che ne aveva domandato la condanna quale erede di Caio, e non più come fideiussore. Pertanto, la controparte avrebbe illegittimamente modificato la domanda introducendo una *causa petendi* del tutto diversa rispetto a quella invocata nel procedimento monitorio, determinando, in tal modo, un inammissibile ampliamento del *thema decidendum*.

La Suprema Corte considera infondato tale motivo di ricorso.

Nella sentenza impugnata si legge che la banca, nel ricorso monitorio, aveva chiesto di ingiungere il pagamento a Tizia in qualità di «coniuge superstite del sig. Caio, fideiussore ed obbligata in solido» e che il Tribunale aveva intimato il pagamento alla ricorrente nella sua qualità di garante. La doglianza esaminata in appello ha ad oggetto la modificazione della domanda originaria che sarebbe stata posta in atto dalla banca. La suddetta modificazione sarebbe consistita nell'aver fondato la pretesa fatta valere in sede monitoria sul fatto che Tizia risultava essere erede di Caio, sottoscrittore del mutuo non onorato e, come tale, fosse tenuta a rispondere dei debiti del *de cuius*. Il giudice del gravame concludeva qualificando tale modifica come mera *emendatio libelli*, dunque consentita.

È noto che l'ingiungente non possa proporre in sede di opposizione domande nuove rispetto a quella di adempimento contrattuale che ha originato il provvedimento monitorio, a meno che non si rendano necessarie per rispondere alle domande ed alle eccezioni proposte dall'opponente, determinanti un ampliamento dell'originario *thema decidendum* (v. già Cass. 25 ottobre 2018, n. 27124; Cass. 9 aprile 2013, n. 8582).

Nel giudizio ordinario di cognizione, la Suprema Corte precisa che sono da considerare domande "nuove" solo quelle "ulteriori" o "aggiuntive": diverso è il caso in cui le domande iniziali vengono modificate, eventualmente anche in alcuni elementi fondamentali, senza aggiungersi alle domande iniziali, ma sostituendosi ad esse e ponendosi rispetto alle medesime in un rapporto di alternatività (Cass. Sez. U. 15 giugno 2015, n. 12310). La regola deve valere anche con riguardo al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, il quale, come è noto, instaura un ordinario giudizio di cognizione.

Nel giudizio di opposizione, il giudice non deve limitarsi a valutare se l'ingiunzione sia stata legittimamente emessa, quanto valutare autonomamente tutti gli elementi offerti sia dal creditore per dimostrare la fondatezza della propria pretesa sia dall'opponente che la contesta.

Pertanto, anche al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo è applicabile il principio per il quale la modificazione della domanda ammessa può riguardare uno o entrambi gli elementi oggettivi che la costruiscono (quindi sia sul *petitum* che sulla *causa petendi*), sempre che la domanda così modificata risulti connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio. La Corte di Cassazione precisa che la modificazione è ammessa nella misura in cui non comprometta le facoltà difensive di controparte, oppure l'allungamento dei tempi processuali (così Cass. Sez. Un. 15 giugno 2015, n. 12310 cit.; Cass. 30 settembre 2020, n. 20898; Cass. 28 novembre 2019, n. 31078).

Nel caso di specie, il Supremo Collegio rileva che la modificazione della domanda d'ingiunzione non abbia alterato il titolo della pretesa (costituito sempre dal contratto di mutuo di Tizia era stata chiamata a rispondere quale cointestataria del contratto e quale garante) e non ha determinato una compromissione delle potenzialità difensive della controparte (unicamente tenuta a precisare la quota ereditaria di cui doveva rispondere), né, tantomeno, un allungamento dei tempi del processo.

Con riguardo al profilo della difesa, tra l'altro, la ricorrente lamenta in un secondo motivo di ricorso di essere stata ingiustamente richiesta di pagare l'intero e non solo la sua quota in qualità di erede di un debito ereditario. Tuttavia, la Corte precisa che ai sensi dell'art. 754 c.c. gli eredi sono sì tenuti a rispondere del passivo nei limiti della propria quota, ma grava su questi ultimi l'onere di indicare al creditore la propria condizione di coobbligati passivi e i limiti della propria quota secondo lo schema processuale dell'eccezione propria, sicché dalla mancata specificazione della quota ereditaria legittimamente deriva la richiesta di pagamento per l'intero.

10^ EDIZIONE
Master di specializzazione
TECNICA E REDAZIONE DEI CONTRATTI COMMERCIALI
IN AMBITO NAZIONALE ED INTERNAZIONALE
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

Obbligazioni e contratti

Fideiussioni bancarie prestate in conformità delle condizioni ABI restrittive della concorrenza: quale rimedio? Parola alle Sezioni Unite

di **Martina Mazzei, Avvocato**

Cass. civ., sez. I, 30 aprile 2021, n. 11486 – Pres. De Chiara – Rel. Mercolino

[1] **Fideiussioni bancarie – Intese restrittive della concorrenza – Condizioni uniformi ABI – Nullità – Risarcimento del danno – Rimessione alle Sezioni Unite**

(L. n. 287/1990 artt. 2 e 33; Cod. civ. art. 1418, 1419, 1936 ss)

[1] *"È necessaria di una rimeditazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di nullità dei contratti stipulati in conformità d'intese restrittive della concorrenza, volta a verificarne l'applicabilità alle fideiussioni bancarie prestate in conformità delle condizioni uniformi predisposte dall'ABI, ed in particolare a stabilire:*

1. *se la coincidenza totale o parziale con le predette condizioni giustifichi la dichiarazione di nullità delle clausole accettate dal fideiussore o legittimi esclusivamente l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno,*
2. *nel primo caso, quale sia il regime applicabile all'azione di nullità, sotto il profilo della tipologia del vizio e della legittimazione a farlo valere,*
3. *se sia ammissibile una dichiarazione di nullità parziale della fideiussione,*
4. *se l'indagine a tal fine richiesta debba avere ad oggetto, oltre alla predetta coincidenza, la potenziale volontà delle parti di prestare ugualmente il proprio consenso al rilascio della garanzia, ovvero l'esclusione di un mutamento dell'assetto d'interessi derivante dal contratto."*

CASO

[1] Il caso origina dalla domanda di nullità di alcuni contratti di fideiussione predisposti da un

istituto di credito in conformità ad uno schema contrattuale ABI successivamente sanzionato dalla Banca d'Italia per violazione delle norme sulla concorrenza.

Il giudice adito, nell'accogliere la domanda attorea, rammenta che la Banca d'Italia, con provvedimento n. 55 del 2005, ha accertato che gli artt. 2, 6 ed 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per le fideiussioni rilasciate a garanzia di operazioni bancarie contrasta con l'art. 2, co. 2, lett. a) L. n. 287 del 1990, in caso di applicazione uniforme. L'identità delle clausole contenute nei contratti sottoposti al suo vaglio rispetto a quelle predisposte dall'ABI, ne comporta l'invalidità derivata parziale, per violazione dei principi inderogabili della libera concorrenza e del mercato. Avverso la predetta sentenza veniva proposto ricorso per cassazione.

SOLUZIONI

[1] Per quanto di interesse con il primo motivo d'impugnazione, veniva denunciata la violazione e falsa applicazione degli artt. 1936 ss, 2697 c.c. e degli artt. 2, 13 e 15 L. n. 287 del 1990, in quanto la sentenza d'appello aveva erroneamente ritenuto che le clausole dei contratti di fideiussione costituissero il frutto di un'intesa anticoncorrenziale. Con il secondo motivo, invece, la ricorrente deduceva la violazione e falsa applicazione dell'art. 2 L. n. 287 del 1990 e degli artt. 1936 ss e 1418 c.c., sostenendo che la nullità prevista dall'art. 2 colpisce esclusivamente l'intesa anticoncorrenziale e non si estende ai singoli contratti stipulati a valle, i quali restano validi ed efficaci, essendo riconosciuta al consumatore la sola tutela risarcitoria.

La Suprema Corte, dopo un'articolata ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali e giurisprudenziali, ha ritenuto opportuno rimettere alle Sezioni Unite la risoluzione della questione relativa alla sorte delle fideiussioni bancarie recettive di clausole anticoncorrenziali.

QUESTIONI

[1] Con l'ordinanza interlocutoria in epigrafe, la Corte di Cassazione ha rimesso gli atti al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione della causa alle Sezioni Unite, affinchè esse stabiliscano se la coincidenza totale o parziale delle fideiussioni bancarie stipulate in conformità d'intese restrittive della concorrenza giustifichi la dichiarazione di nullità delle clausole accettate dal fideiussore o legittimi esclusivamente l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno.

In via preliminare, occorre rammentare che nel marzo 2003 l'ABI ha trasmesso alla Banca d'Italia lo schema di contratto di "*fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie*" concordato con le associazioni dei consumatori la quale, con il **provvedimento del 2 maggio 2005, n. 55**, ha statuito che "***gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia di operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengono applicate, in modo uniforme, sono in contrasto con l'art. 2, comma, 2, lettera a), della legge n. 287/1990***".

In particolare, l'art. 2 prevede che il fideiussore è tenuto "*a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo*".

L'art. 6 contiene la rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c. prevedendo che "*i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato*".

L'art. 8, infine, dispone la sopravvivenza della fideiussione stabilendo che "*qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate*".

A seguito del provvedimento della Banca d'Italia, la giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, ha applicato pacificamente la disciplina antitrust alla fideiussione bancaria tuttavia è sorto un contrasto interpretativo in merito alla sanzione da applicare al contratto a valle discutendosi, in particolare, tra nullità o risarcimento del danno per violazione delle norme in materia di diritto della concorrenza. Peraltro, anche tra coloro che accedono alla tesi della nullità, ci sono posizioni diversificate sulla tipologia di nullità e sul regime applicabile: si discute, in particolare, se sia possibile ravvisare una nullità parziale ex art. 1419 c.c., cioè limitata alle singole clausole illegittime, specie se si considera che un'indagine sulla prestazione del consenso anche in mancanza delle clausole contestate potrebbe risultare superflua, potendo avere la banca egualmente interesse a conservare la garanzia, non essendo certo che il debitore sia in grado di offrirne altre in sostituzione (nel senso dell'applicabilità della disciplina della nullità parziale cfr. Cass. civ. 2404/2019).

Tali recenti indirizzi interpretativi, come osserva la Suprema Corte nell'ordinanza in commento, hanno realizzato un ingiustificato indebolimento del rapporto tra i contratti a valle (fideiussioni) e l'intesa a monte (di cui allo schema ABI), dimenticando l'insegnamento delle Sezioni Unite (Cass. Sez. Un. n. 2207/2005) che, invece, riconobbero la legittimazione del consumatore a proporre le azioni previste dall'art. 33, co. 2, L. n. 287/1990, nonostante la sua estraneità all'intesa anticoncorrenziale, sulla base dell'assunto per cui "*è proprio l'omologazione dei contratti a valle, che costituiscono lo sbocco dell'intesa e che sono essenziali per il conseguimento degli effetti, a realizzare l'elusione della possibilità di scelta del consumatore*".

Le incertezze dell'elaborazione giurisprudenziale, evidenziate nell'ordinanza interlocutoria, sono state rilevate anche dalla dottrina che, pur mostrando di condividere l'estensione al consumatore finale della legittimazione ad avvalersi della tutela assicurata dalla disciplina antitrust, anche alla stregua delle indicazioni emergenti dagli artt. 3 e 101 e ss. TFUE, si è a sua volta divisa sull'individuazione dei relativi strumenti. Alcuni, infatti, insistono sull'inammissibilità dell'azione di nullità, anche in virtù del richiamo all'art. 1, co. 1, del D.Lgs. n. 3/2017 il quale, nel dare attuazione alla direttiva 2014/104/UE, volta a disciplinare l'azione

di risarcimento del danno per violazione delle disposizioni in materia di diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'UE, non ha fatto alcun cenno alla tutela reale del consumatore finale pregiudicato da un'intesa restrittiva.

Tra coloro che ritengono ammissibile l'azione di nullità, sulla base della considerazione che la nullità delle intese restrittive della concorrenza si ridurrebbe a una sanzione meramente formale se si consentisse alle imprese di darvi ugualmente attuazione attraverso la stipulazione di validi contratti a valle, invece, non vi è accordo in ordine all'individuazione del tipo di nullità, essendo state prospettate la nullità per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa, la nullità per illiceità dell'oggetto (limitata al vantaggio che l'impresa ha tratto dalla stipulazione del contratto a valle), la nullità derivata (riconducibile a quella dell'intesa a monte, in virtù del collegamento funzionale esistente con il contratto a valle) o la nullità di protezione (prevista a tutela del soggetto danneggiato dall'intesa, e quindi deducibile esclusivamente da quest'ultimo).

Discussa è altresì la configurabilità di una nullità parziale, come quella ravvisata nel caso in esame dalla sentenza impugnata, e ciò in ragione della diversità delle parti del contratto a valle, rispetto a quelle dell'intesa a monte, e della conseguente difficoltà di stabilire se le prime avrebbero ugualmente prestato il proprio consenso, in mancanza delle clausole riproduttive del contenuto dell'intesa.

Alla luce delle considerazioni riportate e tenuto conto che la giurisprudenza più recente, da un lato, ha escluso che dalla declaratoria di nullità dell'intesa anticoncorrenziale discenda automaticamente la nullità di tutti i contratti a valle posti in essere dall'impresa aderente e, dall'altro, ha affermato che la nullità del contratto a valle può essere valutata anche come nullità parziale ex art. 1419 c.c. laddove l'assetto degli interessi lo consenta, la Suprema Corte ha ritenuto di particolare importanza, nell'ottica della tutela accordata al consumatore finale, rimettere alle Sezioni Unite la questione riportata in epigrafe.

Comunione – Condominio - Locazione

Condizioni di legittimità di opere su parti di proprietà esclusiva che incidono sull'uso della cosa comune

di **Ilaria Ottolina, Avvocato**

Cass. civ., sez. II, Ordinanza 19 marzo 2021, n. 7870

Condominio e proprietà – parti comuni dell'edificio – uso – copertura, da parte di un condomino, di posti auto su area di proprietà esclusiva mediante tettoia appoggiata al muro condominiale – violazione delle norme sull'uso della cosa comune – non sussiste – condizioni di legittimità – lesione del decoro architettonico dell'edificio – non sussiste.

Riferimenti normativi: art. 1102 c.c. – art. 1117 c.c. – art. 1120 c.c. – art. 1122 c.c.

"In tema di condominio di edifici, la costruzione da parte di uno dei condomini di una tettoia, appoggiata al muro perimetrale condominiale, a copertura di alcuni posti auto siti all'interno della sua proprietà esclusiva, non integra violazione delle norme che regolamentano l'uso della cosa comune (art. 1102 c.c.), se la costruzione della tettoia non contrasti con la destinazione del muro e non impedisca agli altri condomini di farne uso secondo la sua destinazione, non rechi danno alle parti comuni e non determini pregiudizio alla stabilità, alla sicurezza o al decoro architettonico dell'edificio"

"Costituisce innovazione lesiva del decoro architettonico del fabbricato condominiale, come tale vietata, non solo quella che ne alteri le linee architettoniche, ma anche quella che comunque si rifletta negativamente sull'aspetto armonico di esso, a prescindere dal pregio estetico che possa avere l'edificio. La relativa valutazione spetta al giudice di merito ed è insindacabile in sede di legittimità, ove non presenti vizi di motivazione"

CASO

Il caso oggetto della sentenza in commento consente di declinare i principi fondamentali in materia di **uso e di modifiche delle parti comuni (art. 1102 c.c.)**, oltre a quelli in tema di **opere**

su parti di proprietà (art. 1122 c.c.) e di **innovazioni (art. 1120 c.c.)**.

La vicenda è la seguente: il proprietario di un immobile sito al piano terra realizzava all'esterno di una palazzina condominiale una struttura metallica, appoggiata al muro perimetrale condominiale, per la copertura di una preesistente scala esterna (di accesso alla propria abitazione), nonché della zona prospiciente l'immobile di proprietà, ricavandone dei posti auto.

L'opera non veniva tuttavia gradita da un condomino del piano superiore, che adiva il Tribunale di Lecce sostenendo che la struttura dovesse essere rimossa, in quanto realizzata abusivamente, senza alcuna autorizzazione da parte dell'Ente comunale ma, ancor prima, senza il consenso dei condòmini, come previsto dal regolamento condominiale contrattuale.

Il proprietario autore della tettoia esterna si costituiva in giudizio, rappresentando che l'opera era stata regolarmente autorizzata dall'autorità amministrativa e non arrecava alcuna lesione al diritto dell'attore sulle parti comuni, né alterava l'aspetto architettonico del fabbricato stesso.

Il Tribunale di Lecce accoglieva la domanda e ordinava la rimozione della copertura, ritenendo che essa fosse stata realizzata in assenza del consenso assembleare, tenuto conto dell'attitudine dell'opera ad alterare sensibilmente la linea armonica dell'intero condominio.

Il proprietario soccombente impugnava la sentenza avanti la Corte d'Appello di Lecce, la quale accoglieva la domanda e, in riforma della sentenza del primo Giudice, dichiarava che le opere erano *"mere superfetazioni, asportabili senza la necessità di demolire strutture portanti, trattandosi di pensiline e/o parapetti sostenuti da pilastri e travetti esterni (in ferro zincato), poggiati sul muro di facciata"*: esse quindi non alteravano significativamente la fisionomia della palazzina e non necessitavano pertanto di preventiva autorizzazione dell'assemblea condominiale.

La causa approdava così in Cassazione, su ricorso del condomino soccombente, a cui resisteva con controricorso (e ricorso incidentale condizionato) il proprietario autore della copertura esterna.

SOLUZIONE

La Suprema Corte **rigettava il ricorso** (e dichiarava assorbito il ricorso incidentale condizionato), atteso che "*... la costruzione da parte di uno dei condomini di una tettoia, appoggiata al muro perimetrale condominiale, a copertura di alcuni posti auto siti all'interno della sua proprietà esclusiva, non integra violazione delle norme che regolamentano l'uso della cosa comune (art. 1102 c.c.), se la costruzione della tettoia non contrasti con la destinazione del muro e non impedisca agli altri condomini di farne uso secondo la sua destinazione, non rechi danno alle parti comuni e non determini pregiudizio alla stabilità, alla sicurezza o al decoro architettonico dell'edificio*" (d'altra parte, la Cassazione dava atto che l'assenza di balconi o finestre prospettanti direttamente sulla tettoria escludeva la limitazione di aria o luce, lamentata

invece dal condomino ricorrente).

La Corte di Cassazione ribadiva anche il principio secondo cui *"Costituisce innovazione lesiva del decoro architettonico del fabbricato condominiale, come tale vietata, non solo quella che ne alteri le linee architettoniche, ma anche quella che comunque si rifletta negativamente sull'aspetto armonico di esso, a prescindere dal pregio estetico che possa avere l'edificio"*, affidandosi in ciò alla valutazione di merito effettuata dalla Corte d'Appello, sulla base dell'espletata c.t.u.

QUESTIONI GIURIDICHE

1) Uso della cosa comune *ex* art. 1102 c.c. e limiti alle opere su parti di proprietà *ex* art. 1122 c.c.

La prima questione introdotta dalla sentenza in commento riguarda le **condizioni di legittimità** delle *"**modificazioni necessarie per il miglior godimento della cosa** (**comune**)"* (art. 1102, co. 1, seconda parte, c.c.), da parte del singolo condomino (laddove per "modificazione" s'intende, secondo autorevole dottrina, l'*"opera diretta a potenziare o a rendere più comodo il godimento della* [cosa comune]*, senza che venga alterata la sostanza o sottratta alla specifica funzione …"*[1]).

Occorre tenere conto del fatto che la fattispecie è ibrida: essa infatti riguarda un'opera (tettoia) realizzata nella proprietà esclusiva e a servizio esclusivo di un proprietario (art. 1122 c.c.), che tuttavia è appoggiata (o, per meglio dire, ancorata) al muro perimetrale condominiale (art. 1102 c.c.).

Sicché, sulla scorta dell'**art. 1122 c.c.**, detta struttura può dirsi legittimamente realizzata se **non reca danno alle parti comuni** e **se non determina pregiudizio alla stabilità, alla sicurezza e al decoro architettonico dell'edificio**.

In conformità, invece, all'**art. 1102 c.c.**, il manufatto dev'essere realizzato in modo tale da **non alterare la destinazione del muro condominiale** e da **non pregiudicare i diritti di uso e di godimento degli altri condòmini**[2].

Ebbene, alla luce delle risultanze processuali, la Suprema Corte giunge alla conclusione che ricorressero tutte le condizioni di legittimità richieste dalle citate norme, con buona pace del condomino del piano superiore, rimasto impregiudicato dalle modifiche apportate da altro condomino al bene comune: viene pertanto sancito che *"… la costruzione da parte di uno dei condomini di una tettoia, appoggiata al muro perimetrale condominiale, a copertura di alcuni posti auto siti all'interno della sua proprietà esclusiva, non integra violazione delle norme che regolamentano l'uso della cosa comune (art. 1102 c.c.), se la costruzione della tettoia **non contrasti con la destinazione del muro** e **non impedisca agli altri condomini di farne uso secondo la sua destinazione**, **non rechi danno alle parti comuni** e **non determini pregiudizio alla stabilità, alla sicurezza o al decoro architettonico dell'edificio**"*.

Si annota infine che la Corte di Cassazione in commento rileva ulteriormente come la

mancanza di finestre o balconi che prospettano direttamente sulla tettoia **escluda la limitazione di veduta verticale**, da parte degli altri condòmini (censura invece contestata dall'attore): è noto infatti che *"Il proprietario del singolo piano di un edificio condominiale ha diritto di esercitare dalle proprie aperture la veduta in appiombo fino alla base dell'edificio e di opporsi conseguentemente alla costruzione di altro condomino che, direttamente o indirettamente, pregiudichi tale suo diritto, senza che possano rilevare le esigenze di contemperamento con i diritti di proprietà ed alla riservatezza del vicino, avendo operato già l'art. 907 c.c. il bilanciamento tra l'interesse alla medesima riservatezza ed il valore sociale espresso dal diritto di veduta, poiché luce ed aria assicurano l'igiene degli edifici e soddisfano bisogni elementari di chi li abita"*[3].

2) L'innovazione *ex* art. 1120 c.c. e il decoro architettonico (comma 4).

Un altro tema affrontato dalla Suprema Corte è quello relativo alle **innovazioni in condominio** e, in particolare, al divieto di alterare il decoro architettonico dell'immobile (com'è noto, la norma fa anche riferimento al divieto di recare pregiudizio alla stabilità e alla sicurezza dell'edificio, aspetti tuttavia non contestati nel caso di specie).

Va precisato che la questione si era posta poiché, già in primo grado, il proprietario (attore) aveva contestato all'autore delle opere edilizie (convenuto) di avere illegittimamente "innovato" la facciata condominiale, alterandone sensibilmente la linea armonica, in assenza del consenso assembleare, tenuto anche conto della previsione del necessario consenso assembleare, previsto nel regolamento condominiale contrattuale.

Si rammenta peraltro, in via generale e a prescindere da una specifica previsione del regolamento contrattuale, che le innovazioni (artt. 1120-1121 c.c.) consistono in *"... opere di trasformazione della cosa comune che incidono sulla essenza di essa e ne alterano la originaria funzione e destinazione ..."*, nell'interesse della maggioranza dei condòmini (con le maggioranze dell'art. 1136, commi 2 o 5, c.c., ovvero con il consenso unanime nel caso delle innovazioni gravose o voluttuarie di cui all'art. 1121 c.c.) e con ripartizione delle spese, *pro quota*, tra tutti i condòmini[4]).

Analizzando il caso, la Suprema Corte conferma la decisione del secondo Giudice, il quale, sulla scorta della c.t.u., aveva escluso trattarsi di innovazione, attesa l'assenza di una significativa alterazione dell'originaria fisionomia della palazzina.

Infatti il principio sancito dalla Corte è quello secondo cui *"Costituisce **innovazione lesiva del decoro architettonico del fabbricato condominiale**, come tale vietata, non solo quella che ne alteri le linee architettoniche, ma anche quella che comunque si rifletta negativamente sull'aspetto armonico di esso, a prescindere dal pregio estetico che possa avere l'edificio"*.

La decisione sul punto è conforme all'orientamento consolidato della giurisprudenza civile, secondo cui il concetto di **"decoro architettonico"** concerne tutto ciò che nell'edificio è visibile e apprezzabile dall'esterno, in quanto riferibile alle linee, alla struttura e alla fisionomia di uno specifico immobile, a prescindere dall'effettivo pregio artistico del medesimo (ulteriore

aspetto rilevante, qualora ricorrente)[5].

Resta tuttavia da osservare, quale aspetto opinabile della fase di merito, che l'eccezione prospettata dal proprietario-attore e reiterata in Cassazione – secondo cui l'asserita assenza di una significativa alterazione dell'originaria fisionomia della palazzina sarebbe incompatibile con una modifica soggetta a rilascio di permesso di costruire – non è peregrina (a prescindere dal fatto che la Suprema Corte, sul punto, opponga la preclusione al proprio sindacato di accertamenti sul fatto, già adeguatamente vagliati dalla Corte d'Appello, sulla scorta della c.t.u.).

In effetti, atteso che pare non contestato il fatto del rilascio di permesso di costruire, da parte dell'Ente comunale, ci si limita ad osservare che, ai sensi dell'**art. 10, D.P.R. n. 380/2001**, recante "**Interventi subordinati a permesso di costruire"**, "1. *Costituiscono interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio e sono subordinati a permesso di costruire:*

a) gli interventi di nuova costruzione;

b) gli interventi di ristrutturazione urbanistica;

c) gli interventi di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente, nei casi in cui comportino anche modifiche della volumetria complessiva degli edifici ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso, nonché gli interventi che comportino modificazioni della sagoma o della volumetria complessiva degli edifici o dei prospetti di immobili sottoposti a tutela ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*"*.

In buona sostanza, è evidente come gli interventi soggetti a permesso di costruire siano i più invasivi dal punto di vista dell'impatto urbanistico ed edilizio (tant'è che soggiacciono a prescrizioni più severe di quelli di edilizia libera o subordinati a C.I.L.A. o S.C.I.A.[6]), sicché residua qualche dubbio sulla valutazione di merito del Giudice di secondo grado, coperta però da giudicato in sede di legittimità.

[1] TERZAGO G., *"Il condominio"*, Milano, 1998, pagg. 142 e ss.

[2] In senso analogo, *ex multis*, Cass. civ. Sez. II Sent., 17/03/2008, n. 7143: *"In tema di condominio di edifici, la costruzione da parte di uno dei condomini di una tettoia a copertura di alcuni posti auto siti all'interno della sua proprietà esclusiva non integra violazione delle norme che regolamentano l'uso della cosa comune (art. 1102 cod. civ.) neppure se essa sia ancorata al muro perimetrale comune, se la costruzione della tettoia (come nella specie) non contrasti con la destinazione del muro e non impedisca agli altri condomini di farne uso secondo la sua destinazione"*; Cass. civ. Sez. II, 19/01/2005, n. 1072; Tribunale Monza Sez. I, 09/05/2007: *"Ai sensi dell'art. 1122 c.c., ciascun condomino, nel piano o nella porzione di piano di sua proprietà, non può eseguire opere che rechino danno alla parti comuni. Nella specie, trattandosi di elementi*

apposti in facciata, occorre, inoltre, far riferimento anche agli artt. 1102 e 1120 c.c., dai quale si desume che ciascun condomino può utilizzare le parti comuni, purché non ne alteri la destinazione, non impedisca agli altri condomini di farne parimenti uso, non arrechi pregiudizio alla stabilità e sicurezza del fabbricato e non ne alteri il decoro architettonico. (Nel fattispecie in esame, in particolare, mentre devono rigettarsi le domande volte alla rimozione di fioriere ad ornamento del balcone, in quanto non comportano di per sé alcun pregiudizio alle parti comuni dell'edificio, ovvero delle tende da sole e della lampada da esterno, poiché trattasi di elementi di arredo volti al miglior godimento e all'abbellimento della proprietà esclusiva, che non comportano alcun pregiudizio alla facciata esterna, deve accogliesi la domanda tesa alla rimozione del reticolato verde apposto a rivestimento di una parte della ringhiera dei balconi, trattandosi, in questo caso, di manufatto non autorizzato dagli altri condomini ed esteticamente discutibile)"; Cass. civ. Sez. II, 25/01/1995, n. 870.

[3] Cass. civ. Sez. II Ord., 27/02/2019, n. 5732; in senso analogo: Cass. civ. Sez. II Sent., 16/01/2013, n. 955.

[4] TERZAGO G., *op. cit.*, pag. 173; in giurisprudenza, *ex multis,* Tribunale Firenze Sez. II Sent., 26/10/2020; Cass. civ. Sez. II Ord., 11/09/2020, n. 18928; Corte d'Appello Ancona Sez. II Sent., 04/08/2020.

[5] Sia consentito rinviare, sul punto, a OTTOLINA I, *"Quando l'urbanistica incontra il diritto condominiale: permesso di costruire illegittimo in assenza del consenso dei condominio"* (nota a T.A.R. Campania Napoli, sezione VI, sentenza 16/11/2020, n. 5253), in *www.eclegal.it*, edizione del 12 gennaio 2021. In giurisprudenza si segnalano, tra le tante, Cass. civ. Sez. II Sent., 13/11/2020, n. 25790; Corte d'Appello Roma Sez. VII Sent., 27/01/2021, secondo cui *"In tema di condominio, l'art. 1120 c.c., nel far divieto di alterare il decoro architettonico dell'edificio, tutela la linea armonica dello stabile, linea che non deve essere pregiudicata da nuove opere, senza che occorra che si tratti di edificio di particolare pregio artistico ed essendo allo scopo sufficiente che esso abbia una sua fisionomia che venga turbata, nell'armonia delle linee, dalla nuova opera"*.

[6] Si confrontino gli artt. 6, 6-*bis*, 10 e 22, D.P.R. n. 380/2001.

Diritto e procedimento di famiglia

Mancato versamento del mantenimento: è reato anche se i figli non si trovano in stato di bisogno perché li mantiene la madre

di **Giuseppina Vassallo, Avvocato**

Cassazione penale sez. VI, 23/03/2021, n. 11195

Violazione degli obblighi di assistenza familiare

(art. 570 c.p. – 570 bis c.p.)

La minore età del figlio, in favore del quale è previsto l'obbligo di contribuzione al mantenimento, rappresenta di per sé una condizione soggettiva di stato di bisogno, che obbliga i genitori a contribuire al loro mantenimento, con la conseguenza che il reato di cui all'art. 570 c.p., comma 2, sussiste anche quando uno dei genitori ometta di prestare i mezzi di sussistenza in favore dei figli minori, e al loro mantenimento provveda in via sussidiaria l'altro genitore.

CASO

Per la violazione dell'obbligo disposto in sede di separazione personale dei coniugi, di corrispondere il mantenimento per i figli e per la moglie di 300 euro mensili, un uomo era stato condannato per la violazione degli obblighi di assistenza familiare di cui all'art. 570 c.p.

La sentenza era stata confermata anche in appello e l'uomo ricorreva in Cassazione deducendo il vizio di motivazione e la contraddittorietà della stessa.

Infatti, pur avendo violato l'obbligo di mantenimento, a causa della sua precaria situazione economica, non aveva mai mancato di garantire ai tre bambini la sua presenza e le sue cure, venendo incontro, per quanto gli era stato possibile, alle loro esigenze personali, mediche e scolastiche.

La Corte territoriale avrebbe infine sottovalutato la circostanza che lo stesso aveva trovato un

accordo con l'ex moglie, definendo ogni pendenza patrimoniale riguardante al passato.

Soluzione e percorso argomentativo seguito dalla Cassazione

La Cassazione ha respinto il ricorso richiamando i principi consolidati secondo i quali, in tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare, l'incapacità economica dell'obbligato di far fronte agli adempimenti sanzionati dall'art. 570 c.p., deve essere collegata a una situazione di persistente, oggettiva e incolpevole impossibilità.

L'obbligo di contribuzione, inoltre, rimane anche quando uno dei genitori omette di prestare i mezzi di sussistenza in favore dei figli minori, e al loro mantenimento provveda in via sussidiaria l'altro genitore.

La Corte specifica che la minore età del figlio, a favore del quale è previsto l'obbligo di contribuzione, rappresenta in *re ipsa* una condizione soggettiva di stato di bisogno che obbliga i genitori a contribuire al loro mantenimento.

I giudici di merito hanno correttamente applicato i suddetti principi.

Ribadisce la Cassazione che non è condivisibile la tesi difensiva secondo cui i tre figli erano stati adeguatamente mantenuti dalla madre, che aveva un proprio lavoro ed era stata aiutata dai genitori, né può controbilanciare l'omesso mantenimento, il fatto che il padre si fosse occupato personalmente di loro.

Il genitore non può modificare arbitrariamente i contenuti dell'obbligazione economica di mantenimento posta a suo carico, ospitando i figli nella propria abitazione e provvedendo in tale periodo ai loro bisogni, trattandosi di iniziative estemporanee, non idonee a compensare il mancato versamento dell'assegno su cui l'altro genitore deve poter fare affidamento per il soddisfacimento delle esigenze primarie dei minori (*ex multis* Cassazione Penale sez. VI, n. 418 del 30/04/2019).

Quanto al profilo della precarietà della situazione economica del genitore, non era emersa un'assoluta impossibilità di adempiere all'obbligo di versamento della somma mensile di mantenimento, essendo stato accertato che in quel periodo l'uomo aveva acquistato un immobile, aveva avuto la disponibilità di una vettura di "fascia alta" e aveva svolto attività lavorativa come geometra.

QUESTIONI

L'art. 570 c.p. sanzione le seguenti condotte:

1. *chiunque, abbandonando il domicilio domestico o comunque serbando una condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie, si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla responsabilità genitoriale o alla qualità di coniuge;*

2. *chi malversa o dilapida i beni del figlio minore o del coniuge;*
3. *chi fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge, il quale non sia legalmente separato per sua colpa.*

La norma di cui all'art. 570 bis c.p. prevede che le pene previste dall'articolo 570 si applicano al coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione di ogni tipologia di assegno dovuto in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio ovvero viola gli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento condiviso dei figli.

Le questioni più interessanti esaminate dalla giurisprudenza di legittimità sono due: la difficoltà economica del genitore obbligato al mantenimento e la sussistenza o meno di uno stato di necessità dei figli.

La condizione di impossibilità economica dell'obbligato deve consistere in una situazione del tutto incolpevole di assoluta indisponibilità di guadagni sufficienti a fornire i mezzi di sussistenza agli aventi diritto.

Quanto allo stato di bisogno, considerato in *re ipsa* per il minore, si segnala un orientamento alternativo – al quale non ha aderito la Cassazione in esame – secondo cui almeno in presenza di adempimenti parziali da parte del genitore obbligato, dovrà invece procedersi ad una valutazione dell'effettiva ricorrenza di tale condizione di bisogno, per l'esistenza della responsabilità (Cassazione penale, sez. VI, n. 23010 del 13/05/2016).

Diritto e reati societari

Dimissioni dell'amministratore della società e responsabilità per fatti o illeciti commessi in epoca successiva

di **Virginie Lopes, Avvocato**

Cassazione Civile, Sez. I, Ordinanza, 17 maggio 2021, n. 13221

Parole chiave: Società – Cooperative – Amministratori – Responsabilità: in genere – Cessazione dalla carica di amministratore – Efficacia – Opponibilità – Formalità

Massima: *Non è ritenuta configurabile un'estensione di responsabilità nei confronti dell'amministratore dimissionario per comportamenti compiuti da altri amministratori in epoca successiva alle dimissioni, trattandosi di responsabilità per fatto proprio (anche se di natura omissiva) e correlata ad un adempimento (la richiesta d'iscrizione della causa di cessazione dalla carica di amministratore) posto dall'art. 2385, comma 3 c.c. a carico del collegio sindacale e che mai potrebbe essere compiuto dal dimissionario, ormai estraneo alla società.*

Disposizioni applicate: art. 2385 c.c.

Nel caso di specie in esame, a seguito della dichiarazione di fallimento di una società cooperativa a responsabilità limitata, la curatela ha convenuto in giudizio, fra gli altri, il vice-presidente del consiglio di amministrazione dimissionario della società fallita, fra cui, contestandogli *(i)* l'omessa ed irregolare tenuta delle scritture contabili obbligatorie, *(ii)* la violazione degli obblighi gestori mediante un'illecita condotta di distrazione di liquidità per finalità estranee all'oggetto sociale e *(iii)* la mancata convocazione dell'assemblea per l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 2447 c.c..

Il **Tribunale di prime cure ha dichiarato la responsabilità del vice-presidente del consiglio di amministrazione**, in solido con gli altri membri del consiglio e con i sindaci, **per la mancata tenuta delle scritture contabili, per la totale distrazione delle risorse della società fallita dai fini inerenti all'oggetto sociale e per la mancata convocazione dell'assemblea *ex* art. 2447 c.c.**.

Il **vice-presidente del consiglio di amministrazione ha proposto appello della decisione, deducendo di non avere alcuna responsabilità per i fatti contestatigli in quanto avvenuti successivamente alla cessazione dalla sua carica per effetto delle dimissioni comunicate all'organo amministrativo** (la maggioranza dello stesso era rimasta in carica), anche se non annotate nel registro delle imprese.

La Corte d'Appello territoriale ha rigettato l'appello e confermato l'impugnata sentenza, considerando che solo la pubblicazione nel registro delle imprese rendeva opponibile ai terzi la cessazione dalla carica e che fosse irrilevante l'imputabilità di tale omessa pubblicazione alla società. Avverso tale sentenza, il vice-presidente del consiglio di amministrazione ha proposto ricorso in cassazione.

La Suprema Corte ha accolto tale ricorso, affermando che, in materia di responsabilità degli amministratori, in caso di dimissioni dalla carica di amministratore, **la mancata iscrizione delle stesse nel registro delle imprese è inopponibile alla società, ma non all'amministratore dimissionario, escludendo la responsabilità dell'amministratore per fatti accaduti dopo le sue dimissioni**.

L'ordinanza in esame ci offre uno spunto di riflessione in merito all'immediatezza dell'effetto della **rinuncia dell'amministratore alla carica** così come disciplinata dall'art. 2385 c.c., che, al primo comma, dispone che tale rinuncia debba essere comunicata per iscritto al consiglio di amministrazione e al presidente del collegio sindacale e **abbia effetto immediato, se rimane in carica la maggioranza del consiglio di amministrazione**, così come avvenuto nel caso in esame.

È infatti quanto ha rammentato la Prima Sezione civile, riaffermando l'immediatezza dell'effetto della rinuncia.

Rifacendosi ad un precedente di legittimità sullo stesso tema del 2018[1], la Corte di Cassazione ha poi chiarito che **la mancata iscrizione della causa di cessazione dalla carica nel registro delle imprese è inopponibile alla società ma non certo al dimissionario il quale non deve rispondere di fatti o illeciti commessi in epoca successiva alle sue dimissioni**, anche nel caso in cui le stesse non siano state iscritte nel registro delle imprese.

La Suprema Corte ha, a quest'ultimo riguardo, sottolineato che **la responsabilità per i suddetti fatti o illeciti è una responsabilità per fatto proprio** (anche se di natura omissiva), correlata ad un **adempimento**, ovvero alla richiesta d'iscrizione della causa di cessazione dalla carica di amministratore nel registro delle imprese **che**, a norma dell'art. 2385, comma 3, c.c., **viene posto ad esclusivo carico del collegio sindacale** e che mai l'amministratore dimissionario potrebbe compiere, ancor di più perché ormai estraneo alla società.

In tali circostanze, gli ermellini hanno affermato[2] che **non fosse configurabile un'estensione di responsabilità nei confronti dell'amministratore dimissionario per comportamenti compiuti da altri amministratori in epoca successiva alle dimissioni**, accogliendone il ricorso e cassando (con rinvio) la sentenza della Corte d'Appello territoriale.

[1] Cass. n. 25980/2018

[2] Confermando l'orientamento di cui a Cass. n. 8516/2009

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Il riconoscimento del privilegio generale dell'art. 2751-bis, c. 1, n. 5), c.c., a favore del credito vantato da una società consortile S.r.l.

di **Pier Paolo Avanzini, Avvocato**

Cass. civ. Sez. I, Sent., 20 gennaio 2021, n. 978

Parole chiave: impresa artigiana, privilegio generale artigiano, consorzio artigiano, società consortile artigiana, Legge-quadro per l'artigianato.

Massima: *a seguito della modifica apportata dall'art. 36 del D.L. 5/2012 (convertito dalla L. 35/2012) all'art. 2751-bis, c. 1, n. 5, c.c., il privilegio spettante ai crediti della "impresa artigiana definita ai sensi delle disposizioni legislative vigenti" è riconoscibile, in applicazione di quanto disposto dall'art. 3, c. 2, della Legge-quadro 443/1985, anche alle società consortili costituite in forma di S.r.l., sempre che ricorrano i presupposti di cui all'art. 5, c. 3, della citata Legge-quadro.*

Disposizioni applicate: art. 2751-*bis*, c. 1, n. 5, c.c.; artt. 3 – 5 della L. 8 agosto 1985 n. 443.

CASO

La sentenza n. 978/2021 della Suprema Corte trae origine dalla domanda di insinuazione al passivo con cui una società consortile S.r.l. di autotrasporti chiedeva l'ammissione, in via privilegiata *ex* art. 2751-*bis*, c.1, n. 5, c.c., del credito vantato verso la debitrice fallita.

Il credito dell'istante veniva tuttavia ammesso solo in via chirografaria. La società consortile decideva quindi di proporre opposizione allo stato passivo *ex* art. 98, c. 2, L.fall., avanti al Tribunale di Treviso il quale, aderendo alla posizione assunta dal Curatore e dal Giudice Delegato, rigettava le pretese dell'opponente. Il Tribunale veneto, infatti, dopo aver affermato che la valutazione della natura artigiana dell'impresa, ai fini dell'applicazione del privilegio generale sui beni mobili, non può prescindere da quelle che sono le "*disposizioni legislative vigenti*" in materia di artigianato e, quindi, dai requisiti previsti dalla Legge-quadro per l'artigianato dell'8 agosto 1985 n. 443 (di seguito, anche, "*Legge-quadro*"), statuiva che tali

presupposti "*non ricorrono nel consorzio (v. Trib. Vicenza sentenza n. 12/2007) che è un* ***organismo di secondo grado****, i cui crediti sono solo* ***indirettamente riferibili all'attività lavorativa dei soci e, quindi, non possono considerarsi quale remunerazione di un'attività artigiana***".

Il decreto del Tribunale di Treviso veniva impugnato dalla società consortile con ricorso in Cassazione *ex* art. 99, c. 12, L.fall. La società ricorrente sosteneva, in particolare, che il Tribunale avesse errato nel ritenere "*requisito essenziale di un'impresa artigiana il fatto che l'attività lavorativa dei soci generi crediti ad essa direttamente riferibili",* posto che sarebbe la stessa Legge-quadro a riconoscere ai consorzi e alle società consortili l'iscrizione nell'albo delle imprese artigiane e le relative agevolazioni (art. 6 Legge-quadro) ed a considerare **suscettibili di qualificazione artigiana tutte le società (ivi incluse le società a responsabilità limitata)** con la sola eccezione delle società per azioni e delle società in accomandita per azioni (art. 3 Legge-quadro).

SOLUZIONE

Detto primo motivo di impugnazione ha trovato accoglimento e condivisione da parte dei Giudici della Suprema Corte, i quali hanno in primo luogo rilevato come il Tribunale non avesse considerato che la società consortile (art. 2615-*ter* c.c.) è cosa diversa rispetto al consorzio (art. 2602 c.c.). In applicazione del disposto dell'art. 2247 c.c., oggetto della società consortile rimane **l'esercizio in comune di un'attività economica da parte dei soci consorziati**, segnatamente di una **fase dell'attività di impresa**, sebbene la sua peculiarità risieda nel fatto che, pur essendo una società lucrativa, ha lo scopo non già di realizzare un utile da dividere tra i consorziati, bensì di consentire loro il **conseguimento di un vantaggio mutualistico**. Ne consegue che l'attività esercitata dalla società consortile mediante l'operato delle imprese socie è, a tutti gli effetti, attività d'impresa riferibile alla stessa società consortile.

Sgombrato il campo da ogni dubbio a riguardo, i Giudici di legittimità hanno poi ricordato che il novellato testo dell'art. 2751-*bis*, c. 1, n. 5, c.c. (così come modificato dall'art. 36 del D.L. 5/2012, convertito dalla L. 35/2012), nel punto in cui afferma che per l'applicazione del privilegio generale sui mobili l'impresa deve definirsi artigiana "*ai sensi delle disposizioni legislative vigenti*", effettua un implicito **rinvio ai requisiti previsti dalla Legge-quadro 443/1985**. Pertanto, sarebbe oggi possibile riconoscere anche ad una società consortile a S.r.l. il privilegio generale previsto dall'art. 2751-*bis*, c. 1, n. 5, c.c., qualora la società consortile **soddisfi tutti i requisiti** necessari, ai sensi della Legge-quadro, per poter essere definita come impresa artigiana.

Con maggior precisione, la Corte ha affermato che, nonostante l'originaria vocazione individuale dell'impresa artigiana, i mutamenti intervenuti in campo economico-sociale, nonché il processo di industrializzazione attuato nell'ambito della stessa attività artigianale, hanno indubbiamente influenzato le successive scelte del legislatore, il quale, tra l'altro, con le riforme succedutesi nel 1997 e nel 2001 ha apportato significative modifiche alla Legge-quadro che oggi:

1. **include tra le imprese artigiane anche le società a responsabilità limitata** (v. art. 3, c. 2, Legge-quadro);
2. **prevede per le società a responsabilità limitata la possibilità di essere iscritte nell'albo delle imprese artigiane** qualora soddisfino i requisiti previsti dall'art. 5, c. 3, Legge-quadro;
3. ha espressamente **esteso "*le medesime agevolazioni previste per le imprese artigiane*" anche "*ai consorzi ed alle società consortili*"** (v. art. 6, c. 2, Legge-quadro).

La pronuncia impugnata è stata dunque cassata con rinvio al Giudice di merito, il quale è ora chiamato a decidere secondo il seguente principio di diritto: "*il privilegio spettante ai crediti della* "impresa artigiana definita ai sensi delle disposizioni legislative vigenti*", ex art. 2751-bis c.c., n. 5), (come novellato dal D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito dalla L. 4 aprile 2012, n. 35) è riconoscibile, ai sensi della L. 8 agosto 1985, n. 443, art. 3, comma 2, (cd. "legge-quadro per l'artigianato"), come modificato dalla L. 20 maggio 1997, n. 133, art. 1, comma 1, e dalla L. 5 marzo 2001, n. 57, art. 13, comma 1, anche alle società consortili costituite in forma di s.r.l., sempre che ricorrano i presupposti di cui all'art. 5, comma 3 predetta legge-quadro*".

QUESTIONI

La sentenza in esame si inserisce nell'alveo del dibattito giurisprudenziale riguardante il c.d. "privilegio artigiano".

Gran parte delle pronunce emerse in materia sono da ricollegarsi all'intreccio normativo che nel nostro ordinamento contraddistingue la disciplina dell'artigianato. Infatti, alla norma civilistica dell'art. 2083 c.c. (secondo cui è imprenditore artigiano chi esercita "*un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia*") si affiancano le definizioni contenute nella Legge-quadro 443/1985 secondo la quale:

a) è **imprenditore artigiano** "*colui che esercita personalmente, professionalmente e in qualità di titolare, l'impresa artigiana, assumendone la piena responsabilità con tutti gli oneri ed i rischi inerenti alla sua direzione e gestione e svolgendo in misura prevalente il proprio lavoro, anche manuale, nel processo produttivo*" (art. 2, c. 1, Legge-quadro);

b) l'**imprenditore artigiano**, per essere definito tale, deve rispettare i limiti di personale dipendente disposti dall'art. 4 della medesima Legge-quadro (c.d. **limiti dimensionali**);

b) l'**impresa artigiana** ha come scopo prevalente "*lo svolgimento di un'attività di produzione di beni, anche semilavorati, o di prestazioni di servizi, escluse le attività agricole e le attività di prestazione di servizi commerciali, di intermediazione nella circolazione dei beni o ausiliarie di queste ultime, di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande, salvo il caso che siano solamente strumentali e accessorie all'esercizio dell'impresa*" (art. 3, c. 1, Legge-quadro);

c) è possibile esercitare l'impresa artigiana **anche in forma societaria**, dapprima solo nella forma della società in nome collettivo e della società cooperativa e poi, a seguito dell'entrata

in vigore dell'art. 1, c. 1, della L. 133/1997 e dell'art. 13, c. 1, della L. 57/2001, anche nella forma della società in accomandita semplice e della **società a responsabilità limitata**. Il tutto a condizione che "*la maggioranza dei soci, ovvero uno nel caso di due soci, svolga in prevalenza lavoro personale, anche manuale, nel processo produttivo e che nell'impresa il lavoro abbia funzione preminente sul capitale*" (art. 3, c. 2, Legge-quadro);

d) per ottenere le agevolazioni fiscali e amministrative previste per le imprese artigiane è necessaria l'iscrizione ad un apposito **albo delle imprese artigiane**. A detto albo può iscriversi anche una società a responsabilità limitata che "*operando nei limiti dimensionali di cui alla presente legge e con gli scopi di cui al primo comma dell'articolo 3* (...) *ha diritto al riconoscimento della qualifica artigiana ed alla conseguente iscrizione nell'albo provinciale, sempreché la maggioranza dei soci, ovvero uno nel caso di due soci, svolga in prevalenza lavoro personale, anche manuale, nel processo produttivo e detenga la maggioranza del capitale sociale e degli organi deliberanti della società*" (art. 5, c. 3, Legge-quadro);

e) come previsto all'art. 6, cc. 1 e 2, "*i **consorzi e le società consortili*** (...) *costituiti tra imprese artigiane sono iscritti in **separata sezione dell'albo*** (...) *Ai consorzi ed alle società consortili, anche in forma di cooperativa, iscritti nella separata sezione dell'albo **sono estese le agevolazioni previste per le imprese artigiane**, purché le stesse siano esclusivamente riservate alla gestione degli organismi sopra citati e purché, cumulandosi eventualmente con analoghi interventi previsti da leggi statali finalizzati al sostegno dell'attività consortile, non si superino globalmente i limiti previsti dalle stesse leggi statali*".

A fronte di un siffatto panorama legislativo, sino all'entrata in vigore dell'art. 36 del D.L. 5/2012 il dibattito emerso in giurisprudenza verteva, essenzialmente, nell'individuazione di un uniforme criterio di qualificazione dell'impresa artigiana ai fini dell'applicazione del relativo privilegio. Se parte della giurisprudenza riteneva che per verificare la natura artigiana dell'impresa fosse necessario fare riferimento alla definizione **dell'art. 2083 c.c.** (Trib. Napoli, 2 marzo 1999, in *Banca borsa*, 2001, II, pp. 214 ss., con nota di G.P. La Sala, in part. p. 222, ove il rilievo che "*il riconoscimento del privilegio ex art. 2751*-bis*, n. 5, c.c., sulla scorta dei criteri dettati dalla l. n. 443/1985, comporterebbe, in spregio alla* ratio *che sola giustifica le molteplici lacerazioni alla regola della* parcondicio*, l'attribuzione della causa legittima di prelazione non solo ad imprenditori artigiani costituiti in forma societaria, ma, più in generale, ad imprese aventi le cospicue dimensioni consentite dall'art. 4 della legge quadro, rendendone vieppiù, inaccettabile ed incomprensibile, con seri dubbi di legittimità costituzionale, l'esclusione dall'area del privilegio medesimo del piccolo commerciante e della piccola società commerciale*"), non mancavano comunque le pronunce che applicavano, ai fini del riconoscimento del privilegio in questione, **i criteri contenuti nella Legge-quadro 443/1985** (Trib. Roma, 29 maggio 2001, in *Giur. it.*, 2002, p. 1021 ss., con nota di P. Fiorio).

Detta divergenza è stata risolta dalla giurisprudenza di Cassazione con avallo del primo dei suddetti orientamenti. La Suprema Corte (a Sezioni Unite) ha infatti affermato che "*in tema di impresa artigiana, il coordinamento tra la disciplina codicistica e quella contenuta nella legge speciale (L. n. 443 del 1985) deve essere realizzato* (...) ***ritenendo che i criteri richiesti dall'art. 2083***

cod. civ., ed in genere dal codice civile, valgano per la identificazione dell'impresa artigiana nei rapporti interprivati" (così, testualmente, Cass. Sez. Unite, 20 marzo 2015, n. 5685, in *Giur. It.*, 2015, p. 1910 ss., con nota di M. Cavanna).

Il dibattito giurisprudenziale sopra esaminato è stato oggi definitivamente superato dall'entrata in vigore dell'art. 36 del D.L. 5/2012, che, come accennato, ha modificato l'art. 2751-*bis*, c. 1, n. 5, c.c., introducendo un **rinvio implicito alla Legge-quadro**. Infatti, anche nella sentenza in esame i Giudici di legittimità hanno avuto cura di precisare che "l*a qualifica artigianale* ***non può che basarsi sui criteri previsti dalla L. n. 443 del 1985***".

Ciò premesso, ci si deve ora chiedere se, facendo applicazione dei criteri previsti dalla Legge-quadro, sia possibile o meno riconoscere il privilegio artigiano ai consorzi e alle società consortili.

Le precedenti pronunce emerse sul punto hanno tendenzialmente dato risposta negativa, evidenziando che l'art. 6 della Legge-quadro, nel punto in cui dispone che "*ai consorzi ed alle società consortili, anche in forma di cooperativa, iscritti nella separata sezione dell'albo* ***sono estese le agevolazioni previste per le imprese artigiane*** (…)", lungi dall'aver operato una vera e propria equiparazione tra imprese artigiane e consorzi, "*ne ha segnato un significativo distacco, sotto il duplice profilo di non considerare i secondi automaticamente come imprese artigiane e di estendere ad essi le agevolazioni, previste per le prime, entro limiti espressamente indicati: in altri termini, l'iscrizione all'albo (peraltro, in separata sezione) dei consorzi determina – ma solo a precise condizioni, non previste per le imprese artigiane –* ***una mera estensione delle agevolazioni tributarie e creditizie, senza alcun riconoscimento della natura di impresa artigiana***" (così Cass., 12 maggio 1997, n. 4108, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2773 ss. In senso conforme anche Trib. Genova, 9 aprile 1991, in *Giur. comm.*, 1992, II, p. 835 ss., con nota di R. Dabormida; Trib. Bologna, 21 maggio 1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 835 ss., con nota di D. Rufini. In dottrina v. G.V. Califano, *La qualità di imprenditore del consorzio*, in *Cooperative, consorzi e società consortili*, a cura di F. Preite, II, Giuffrè, Milano, 2019, p. 32 ss., in part. p. 44 s.).

Seguendo tale indirizzo la Corte di Cassazione avrebbe dovuto, per coerenza di sistema, escludere l'applicabilità dell'art. 2751-*bis*, c. 1, n. 5, c.c. al credito vantato dalla società consortile ricorrente. Di contro la Suprema Corte ha ritenuto opportuno superare detto orientamento valorizzando, a tal fine, la forma sociale (s.r.l.) rivestita dalla medesima ricorrente. Si è così evidenziato che l'art. 13 della L. 57/2001, nel modificare l'art. 5, c. 3, della Legge-quadro, ha introdotto un disciplina *sui generis* per le imprese artigiane costituite ed esercitate in forma di s.r.l., prevedendo per le società a responsabilità limitata il "*diritto al riconoscimento della qualifica artigiana ed* ***alla conseguente iscrizione nell'albo provinciale***" nel caso in cui "*la maggioranza dei soci, ovvero, uno nel caso di due soci,* ***svolga in prevalenza lavoro personale, anche manuale, nel processo produttivo***" e "*detenga la* ***maggioranza del capitale sociale e degli organi deliberanti della società***". Pertanto, nel mutato quadro normativo che consente alle imprese artigiane, nel rispetto dei requisiti normativamente previsti, di operare anche in forma di società a responsabilità limitata, una società consortile avente detta forma sociale non può vedersi escludere, *a priori*, il riconoscimento del privilegio generale dell'art. 2751-*bis*,

c. 1, n. 5, c.c., dovendo l'Organo giudicante verificare, mediante un'indagine in concreto, se la società consortile soddisfa i requisiti di cui all'art. 5, c. 3, della Legge-quadro e, in caso affermativo, riconoscere la natura artigiana dell'impresa, con conseguente applicazione del relativo privilegio.

Diritto Bancario

Interessi di mora e clausola di salvaguardia

di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

La c.d. clausola di salvaguardia è una previsione contrattuale spesso apposta nei contratti di mutuo finalizzata ad impedire il superamento del tasso-soglia da parte (soprattutto) degli interessi di mora, con effetto sostitutivo automatico dell'eventuale tasso usurario col tasso-soglia *pro tempore* vigente.

La clausola di salvaguardia va distinta dalla domanda giudiziale (anche monitoria), contenuta nel limite del tasso soglia, che non può in alcun modo evitare l'usura; ciò in quanto gli artt. 1815 c.c. e 644 c.p. sanzionano anche il solo accordo, che non potrà naturalmente divenire valido limitando la percezione degli interessi al tasso-soglia, anche tramite l'intervento del giudice (Serrao D'Aquino).

La legittimità della clausola di salvaguardia è ormai pacificamente accolta dai giudici, essendo valida sia sotto il profilo della determinatezza (tasso di mora massimo determinato *per relationem* in base al tasso soglia *pro tempore* vigente) sia sotto il profilo del rispetto della legge antiusura (Trib. Bari 18.10.2016; App. Milano 11.5.2017; Trib. Tempio Pausania 15.9.2017; Trib. Terni 15.2.2018; Trib. Napoli 9.2.2018 e 17.4.2018; App. Bologna 21.5.2018; Trib. Napoli Nord 22.5.2018. *Contra* Trib. Bari 14.12.2015: la clausola di salvaguardia non esclude in carattere usurario del mutuo; Trib. Belluno 25.5.2018: la c.d. clausola di salvaguardia è una mera clausola di stile, priva di qualsiasi valenza, del tutto astratta e comunque nulla per contrarietà a norme imperative).

Ovviamente resta impregiudicata la possibilità di dimostrare che, in violazione della clausola di salvaguardia, siano stati applicati interessi di mora superiori al tasso soglia. Le conclusioni della Cassazione (Cass. n. 26286/2019, *cortedicassazione.it*; conf. App. Torino 5.5.2020) sono dello stesso tenore: l'inserimento di una clausola "di salvaguardia", in forza della quale l'eventuale fluttuazione del saggio di interessi convenzionale dovrà essere comunque mantenuta entro i limiti del c.d. tasso soglia antiusura, trasforma il divieto legale di pattuire interessi usurari nell'oggetto di una specifica obbligazione contrattuale a carico della banca, consistente nell'impegno di non applicare mai, per tutta la durata del rapporto, interessi in misura superiore a quella massima consentita dalla legge. Conseguentemente, in caso di contestazione, spetterà alla banca, secondo le regole della responsabilità *ex contractu*, l'onere della prova di aver regolarmente adempiuto all'impegno assunto.

La giurisprudenza di merito ha altresì operato, ai fini della concreta operatività della clausola di salvaguardia, una ulteriore distinzione secondo che la stessa operi in riferimento *a*) al solo tasso di mora, ricondotto nell'ambito del tasso-soglia, ovvero *b*) limiti (più efficacemente)

l'intera previsione degli oneri contrattuali al tasso-soglia, ossia il tasso di mora più gli (eventuali) oneri di inadempimento (ad es. spese di gestione rate insolute, spese di sollecito e simili).

A tale ultimo riguardo, è argomentato che una clausola di salvaguardia circoscritta ai soli interessi moratori e ancorata al limite del tasso soglia usura non impedisce la usurarietà del TEG, anzi verosimilmente ne determina l'automatico superamento, considerato che alla determinazione del tasso usurario (di mora) concorrono anche altre voci di costo a carico del mutuatario (oneri di inadempimento) (Trib. Benevento 30.12.2015; Trib. Bari 18.10.2016; Trib. Brindisi 7.4.2016; Trib. Bari 10.9.2020; Trib. Napoli 16.6.2020).

Soft Skills

Parliamo la stessa lingua?

di **Amalia Di Carlo - Ufficio stampa di Marketude**

Tutti ci siamo trovati nella situazione di dover prendere parte a un evento, leggere un articolo, ascoltare un webinar, apparentemente rivolto direttamente a noi, e per noi intendo alla nostra categoria professionale, allo stato sociale, all'appartenenza ad un gruppo, per poi rendersi conto che in realtà, il nostro interlocutore non aveva minimante tenuto conto delle nostre caratteristiche: del background, del contesto, insomma una circostanza in cui ci è apparsa nitida la sensazione che l'oratore in questione non avesse accuratamente studiato la platea e selezionato il metro linguistico più appropriato.

Pochi giorni fa mi è capitato di imbattermi nella notizia, data da un magazine locale, il quale raccontava di uno studio legale che offriva la propria consulenza a clienti che volevano esprimersi nel proprio dialetto. In qualcuno una notizia del genere può suscitare ilarità, ma in realtà il mio pensiero è stato: trovata geniale!

E già, perché non tutti gli imprenditori italiani hanno conseguito un master in una prestigiosa università. Il nostro tessuto imprenditoriale è fatto anche di storie di famiglie, di artigiani, di contadini, di generazioni di grandi lavoratori che hanno bisogno di sentirsi capiti. Hanno bisogno di un interlocutore che parli la loro stessa lingua.

Hanno bisogno che nel momento in cui si rivolgono a uno studio professionale, questo sia disposto a mettere in campo tutte le risorse possibili e adoperarsi proprio per parlare la stessa lingua di quell'imprenditore.

E per lingua non mi riferisco solo all'esempio sopra riportato del dialetto, ma cosa ancora più importante: l'avvocato o il commercialista in questione deve conoscere il settore di quell'imprenditore, la storia, il tessuto industriale, locale, le connessioni.

Non basta più l'avvocato che va a discutere la causa in Tribunale per la risoluzione di un contenzioso, non più.

L'avvocato o commercialista deve essere un partner e affiancare l'azienda e aiutarla a proiettarsi verso il futuro. Per fare ciò, questo non può precludere dal conoscere il linguaggio più corretto per potervi interloquire.

CONTINUA A LEGGERE