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

Edizione di martedì 29 giugno 2021

Diritto Bancario

Telefonate sospette e vishing: responsabilità della banca e tutela del cliente contro le frodi informatiche
di **Valerio Sangiovanni, Avvocato**

Procedimenti di cognizione e ADR

Conflitto tra giudice penale e giudice civile e regolamento di competenza
di **Massimo Montanari, Professore ordinario di Diritto processuale civile e di diritto fallimentare – Università degli Studi di Parma**

Esecuzione forzata

Caducazione del titolo esecutivo e ricorso monitorio del debitore esecutato per la ripetizione delle somme
di **Valentina Scappini, Avvocato**

Obbligazioni e contratti

La fictio iuris di avveramento prevista dall'art. 1359 c.c. non è applicabile alla condizione potestativa di adempimento
di **Paolo Cagliari, Avvocato**

Comunione – Condominio - Locazione

Condominio parziale: un'indagine completa su costituzione dell'assemblea, validità delle deliberazioni e riparto delle spese
di **Ilaria Ottolina, Avvocato**

Diritto e procedimento di famiglia

Il giudice della separazione può disporre l'affido endofamiliare del minore nel rispetto dei presupposti dell'istituto
di **Giuseppina Vassallo, Avvocato**

Diritto e reati societari

Azione individuale del socio: è esperibile anche se il danno subito costituisce soltanto il riflesso del pregiudizio al patrimonio sociale?
di **Virginie Lopes, Avvocato**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

L'esegesi della locuzione "termini d'uso" di cui all'art. 67, comma 3, lett. a), L.F.
di **Ludovica Carrioli, Avvocato**

Diritto Bancario

Credito fondiario: contestualità temporale tra concessione di ipoteca e iscrizione ipotecaria
di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

Soft Skills

Comunicare in vacanza: come gestire tempi e modi nel mese più gettonato per gli "out of office"
di **Amalia Di Carlo - Ufficio stampa di Marketude**

Diritto Bancario

Telefonate sospette e vishing: responsabilità della banca e tutela del cliente contro le frodi informatiche

di **Valerio Sangiovanni, Avvocato**

Arbitro Bancario Finanziario, decisione n. 9549 dell'8 aprile 2021

Parole chiave

Sistemi di pagamento – Strumenti di pagamento – Carta di credito – Operazioni non autorizzate – Autenticazione forte – Sistema a un fattore – Vishing – Responsabilità della banca

Massima

Nel caso di movimenti su carta di credito non autorizzati dal cliente, laddove la banca consenta i movimenti sulla base di sole informazioni in possesso del cliente e senza prevedere l'utilizzo di un sistema di autenticazione forte, la banca risponde del danno patito dal cliente, consistente nelle somme che sono state fraudolentemente distratte dal terzo.

Disposizioni applicate

Art. 10 d.lgs. n. 11 del 27 gennaio 2010 (prova di autenticazione ed esecuzione delle operazioni di pagamento)

CASO

Una signora riceve una telefonata da una persona che si presenta come operatore di una banca. Il presunto operatore chiedeva conferma di un SMS che la signora aveva ricevuto poco prima, contenente l'indicazione di spese sospette e le chiede di seguire le sue indicazioni per bloccare tali operazioni. In particolare l'operatore informava la signora che le avrebbe mandato un SMS con i codici per il riconoscimento, chiedendole di comunicare tali codici. Mentre era al telefono, le giungevano degli SMS alert da parte dell'intermediario che

l'avvisavano che **erano state compiute due operazioni rispettivamente dell'importo di € 1.000 e di € 1.300**. Una volta terminata la telefonata, insospettiva, chiamava il numero verde dell'intermediario, dove l'operatore la informava di essere stata vittima di truffa.

SOLUZIONE

La signora vittima di truffa si rivolge all'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) per ottenere il rimborso della somma di € 2.300 indebitamente sottratta. **L'Arbitro Bancario Finanziario accoglie il ricorso** e dispone che l'intermediario corrisponda alla parte ricorrente la somma di € 2.300, per non essersi la banca dotata di sistemi di sicurezza a elevato standard (autenticazione forte).

QUESTIONI

In passato, quando l'uso del contante era maggiormente diffuso, i criminali puntavano a rapine presso gli sportelli delle banche oppure a portavalori: si trattava di sottrarre fisicamente il danaro contante. Progressivamente queste modalità di rapina si sono ridotte d'importanza, poiché **le operazioni di pagamento vengono per lo più effettuate con mezzi elettronici**, mentre il contante in circolazione diminuisce. È invece cresciuto il rilievo delle operazioni volte a sottrarre danaro mediante frodi perpetrate sui canali elettronici di pagamento. La fantasia dei malfattori varia con il variare delle tecnologie. Particolarmente subdolo è il c.d. "vishing", oggetto della decisione dell'Arbitro Bancario Finanziario che si commenta qui brevemente. Si tratta di un meccanismo che consente ai criminali di carpire, mediante una telefonata (voice, da cui vishing), i codici necessari per movimentare il conto del malcapitato.

Nella maggior parte dei casi, il danaro sottratto non può essere recuperato dai malfattori, cosicché residua solo la possibilità di far valere la responsabilità della banca. A questo riguardo va osservato che la normativa italiana, di attuazione di quella comunitaria, prevede una forma di responsabilità della banca quasi oggettiva. Il testo di riferimento è il d.lgs. n. 11 del 27 gennaio 2010. Più precisamente l'art. 10 comma 2 di questo testo normativo prevede che: "quando l'utente di servizi di pagamento neghi di aver autorizzato un'operazione di pagamento eseguita, l'utilizzo di uno strumento di pagamento registrato dal prestatore di servizi di pagamento … non è di per sé necessariamente sufficiente a dimostrare che l'operazione sia stata autorizzata dall'utente medesimo, né che questi abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto con dolo o colpa grave a uno o più degli obblighi di cui all'articolo 7. **È onere del prestatore di servizi di pagamento … fornire la prova** della frode, del dolo o della colpa grave dell'utente".

Il meccanismo previsto dal legislatore comunitario è basato sull'autorizzazione delle operazioni. Il cliente che non ha autorizzato un'operazione può limitarsi a disconoscere detta operazione. In questo caso, si inverte l'onere della prova e spetta alla banca dimostrare che vi è colpa o dolo del proprio cliente. **Si tratta di una prova difficile da rendere** e spesso le richieste di risarcimento rivolte dal cliente alla banca vengono accolte dall'Arbitro Bancario Finanziario.

Nel caso in commento, la responsabilità della banca viene affermata per non essersi l'intermediario dotato di un sistema di autenticazione "forte". La disposizione di riferimento è l'art. 1 lett. q-bis d.lgs. n. 11 del 2010 secondo cui per "**autenticazione forte**" si intende: "un'autenticazione basata sull'uso di due o più elementi, classificati nelle categorie della conoscenza (qualcosa che solo l'utente conosce), del possesso (qualcosa che solo l'utente possiede) e dell'inerenza (qualcosa che caratterizza l'utente), che sono indipendenti, in quanto la violazione di uno non compromette l'affidabilità degli altri, e che è concepita in modo tale da tutelare la riservatezza dei dati di autenticazione". L'elemento della conoscenza è tipicamente la password usata dal cliente. L'elemento del possesso consiste, ad esempio, nell'utilizzo di un telefono cellulare, che è in possesso fisico dell'utente. L'elemento dell'inerenza fa riferimento all'impronta digitale oppure al riconoscimento facciale. Ciò che in ogni caso emerge dalla definizione è che le banche devono dotarsi di sistemi di sicurezza doppia basati, alternativamente, su: conoscenza + possesso oppure conoscenza più inerenza oppure possesso + inerenza. Un sistema di sicurezza doppia è più difficilmente violabile dai malfattori e vale a escludere la responsabilità della banca.

Tornando all'esame della decisione n. 9549 del 2021 dell'Arbitro Bancario Finanziario, vennero poste in essere nel giro di due soli minuti due distinte transazioni online tramite carta di credito. Le operazioni furono autenticate mediante: **inserimento delle credenziali statiche + inserimento del codice dinamico OTP** (one time password). La banca in questione dunque, per evitare intrusioni di terzi, aveva dato al cliente un nome utente e una password "statica", cui si aggiungeva l'invio di una password "dinamica" per il compimento dell'operazione dispositiva. Questo sistema di difesa è solo apparentemente a due fattori: credenziali statiche + password dinamica "usa e getta". In realtà, secondo la decisione dell'ABF in commento, si tratta di un meccanismo con un unico livello di sicurezza (autenticazione c.d. "debole", non "forte"). Difatti tutto ciò che serve per effettuare l'operazione (inserimento codice utente + inserimento password statica + inserimento password dinamica) attiene alla sfera della "conoscenza" in capo al cliente.

Nel caso in esame i malfattori erano a conoscenza di nome utente e password del cliente della banca. Con uno stratagemma, ossia mediante telefonata, si fanno rivelare dal cliente la singola e specifica password generata una tantum dal sistema per movimentare la carta di credito. **I malviventi hanno potuto distrarre somme dalla carta del cliente senza avere il "possesso" di alcunché** (come potrebbe essere un telefono cellulare), bensì sulla base di mere informazioni di cui sono venuti in possesso. L'Arbitro Bancario Finanziario ritiene che la banca non disponga di sistemi di sicurezza a doppio fattore (autenticazione forte) e afferma la responsabilità dell'intermediario per le somme distratte, che dovranno essere rimborsate dalla banca al cliente.

Seminario di specializzazione
RESPONSABILITÀ CIVILE DELLE BANCHE
NELLE FRODI INFORMATICHE
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

Procedimenti di cognizione e ADR

Conflitto tra giudice penale e giudice civile e regolamento di competenza

di **Massimo Montanari, Professore ordinario di Diritto processuale civile e di diritto fallimentare – Università degli Studi di Parma**

Cass., 24 maggio 2021, n. 14174 Pres. Amendola – Rel. Cirillo

Competenza – Conflitto di competenza con il giudice penale – Regolamento di competenza – Ammissibilità – Rinvio alle Sezioni unite (C.p.c. artt. 42, 43, 45; C.p.p. artt. 28-32)

[1] *Si rimettono gli atti al Primo Presidente affinché valuti l'opportunità di devolvere all'esame delle Sezioni unite la questione di particolare importanza e, comunque, "di sistema" concernente l'esperibilità del regolamento di competenza al fine di dirimere le situazioni di conflitto negativo derivanti dalla declinatoria di un medesimo affare giurisdizionale da parte tanto del giudice penale che del giudice civile*

CASO

[1] Disposto, nella fase delle indagini preliminari di un procedimento penale, il sequestro preventivo delle somme esistenti su un libretto di deposito intestato a uno degli indagati e ad altro soggetto estraneo alla vicenda, veniva decretato, nel corso del successivo dibattimento, svoltosi al cospetto del Tribunale penale di Sondrio in formazione collegiale, il parziale dissequestro di quelle somme, con annesso ordine di restituzione delle medesime per la parte corrispondente e di corresponsione degli interessi in allora maturati. Uno dei beneficiari del provvedimento, e, precisamente, quello non coinvolto nel processo penale, si doleva dell'errata quantificazione di detti interessi e ne chiedeva la ri-liquidazione mediante apposita istanza rivolta allo stesso Tribunale, il quale, però, si asteneva dal pronunciare al riguardo, affermando trattarsi di questione di natura civilistica della quale, pertanto, solamente il giudice civile avrebbe potuto conoscere. La medesima istanza era allora svolta, nelle forme del ricorso *ex* art. 702-*bis* cp.c., dinanzi al Tribunale civile dello stesso capoluogo, mettendo capo, tuttavia, a una nuova e speculare pronuncia di *absolutio ab instantia*, fondata sul rilievo che,

risolvendosi quelle doglianze nella contestazione del merito della misura di dissequestro adottata dal giudice penale, soltanto quest'ultimo avrebbe potuto conoscerne, una volta adito nelle apposite forme prescritte dall'art. 586 c.p.p.

Parte istante ha ritenuto necessario, a quel punto, far valere le proprie ragioni davanti alla Corte di cassazione, facendo oggetto d'impugnativa, in quella sede, l'ordinanza declinatoria emessa dal giudice civile, a mezzo dell'istanza di regolamento di competenza che è all'origine della pronuncia quivi in rassegna

SOLUZIONE

[1] Ribadito, in linea con una giurisprudenza assolutamente consolidata (la motivazione richiama, a tal proposito, Cass., Sez. un. 25 maggio 2005, n. 10959; Cass., Sez. un., 29 luglio 2013, n. 18189), come quella inerente alla regolamentazione dei confini tra giurisdizione civile e giurisdizionale penale non possa invero dar corpo a una questione di giurisdizione tecnicamente intesa, stante la comune appartenenza dei giudici che sono investiti delle rispettive potestà giurisdizionali all'ordine della magistratura ordinaria, i giudici della Sezione sesta della Suprema Corte hanno ritenuto di doversi immediatamente misurare con la questione se quella del riparto della *potestas iudicandi* tra giudice civile e penale sia allora da configurare come un problema di competenza (ché solo così, evidentemente, vi sarebbe materia per l'istanza di regolamento proposta nell'occasione).

La questione, come noto, registra la netta contrapposizione di giurisprudenza civile, da un lato, e giurisprudenza penale, dall'altro: la prima, fermamente attestata sul convincimento che la competenza attenga esclusivamente alla ripartizione del contenzioso tra gli organi investiti della funzione giurisdizionale civile (cfr. Cass. civ., 2 agosto 2019, n. 20830; Cass. civ., 28 maggio 2019, n. 14573; Cass. civ., 26 luglio 2012, n. 13329); la seconda, per contro, propensa ad ammettere che anche il riparto della *potestas iudicandi* tra i giudici ordinari rispettivamente addetti al settore civile e penale abbia ad integrare una questione di competenza propriamente intesa o, almeno, ad essa totalmente assimilata, nel senso della possibilità di attivare, al fine di risolvere i contrasti che possano sorgere a quel riguardo, il medesimo strumento del conflitto di competenza di cui agli artt. 28-32 c.p.p. (così, facendo leva sul generico ed onnicomprensivo riferimento, di cui alla prima di quelle norme, all'eventualità che "due o più giudici ordinari contemporaneamente prend[a]no o ricus[i]no di prendere cognizione di un medesimo fatto attribuito alla stessa persona", Cass. pen., 15 marzo 2019, n. 31843; Cass. pen., 2 aprile 2004, n. 19547).

Dato conto di questo persistente dissidio ricostruttivo, i predetti giudici hanno ravvisato la sussistenza, nella fattispecie, degli estremi per devolvere l'esperito ricorso all'esame delle Sezioni unite, in vista, chiaramente, della definitiva composizione di quel dissidio medesimo. Ma l'opzione, ben lungi dal potersi riguardare come espediente messo in atto per sfuggire al diretto confronto con la *vexata quaestio*, ne presuppone una precisa soluzione, che nitida traspare in filigrana dal percorso logico-argomentativo seguito per addivenire alla disposta investitura del supremo consesso, anzi dai contenuti stessi di quell'investitura.

Ed invero, le Sezioni unite non sono chiamate a stabilire, una volta per tutte, se la distribuzione, all'interno dello stesso tribunale (o anche tra tribunali distinti), degli affari civili e penali possa inquadrarsi o meno in termini di ripartizione della competenza; bensì sono chiamate a statuire su una questione che il problema se si abbia, nella specie, a parlare oppure no di competenza presuppone come già e a monte risolto, e risolto, per l'esattezza, in senso negativo. La presente ordinanza interlocutoria si muove, quindi, in perfetta consonanza con la precedente giurisprudenza in materia della Cassazione civile, avvertendo però come a quel modo, così stabilmente acquisito, di vedere le cose si raccordi un problema ulteriore, che esige e rende indifferibile un apposito intervento nomofilattico. Quale poi sia questo problema, è presto detto. Assumere come premessa indiscutibile che la delimitazione delle attribuzioni di giudice civile e penale non abbia mai a ricadere nell'orbita della disciplina della competenza del giudice ordinario, significa fatalmente escludere la disponibilità del regolamento di competenza per la soluzione delle questioni cui tale delimitazione possa dar luogo. Ed evidente è, allora, che il problema che ne deriva sia quello della situazione di stasi in cui il procedimento viene a cadere nel caso in cui il giudice penale, dapprima, e il giudice civile, successivamente, si rifiutino di prenderne cognizione nel merito, nell'impossibilità di adire un giudice superiore che individui in termini vincolanti a chi quella cognizione appartenga.

Detta situazione di stasi potrebbe, invero, essere superata mediante una nuova rimessione degli atti al giudice penale, che, preso atto del sopravvenuto conflitto con il giudice civile, potrebbe attivare il meccanismo approntato dagli artt. 28 ss. c.p.p. per porvi rimedio. Ma, come la Corte giustamente osserva, si tratterebbe di una soluzione "difficilmente compatibile col principio della ragionevole durata del processo", oltre che implicante un vistoso squilibrio sistematico, nella misura in cui l'intervento della Cassazione in funzione regolatrice del conflitto negativo sarebbe consentito soltanto allorché l'ultima delle pronunce declinatorie che al conflitto abbiano dato corpo provenga dal giudice penale.

L'inutilizzabilità del regolamento di competenza al fine di dirimere le questioni che si aprano in sede di riparto della *potestas iudicandi* tra giudici civile e penale determina, pertanto, una lacuna del sistema processuale civile non priva, come tale, di rilievo sul piano della stessa legittimità costituzionale di tale sistema. Prima di investire della questione la Corte costituzionale, è parso però opportuno, ai giudici della sesta Sezione, vagliare la possibilità di colmare quella lacuna in via interpretativa, attraverso la valorizzazione del suddetto art. 28 c.p.p. come norma "di sistema", sulla cui base ridefinire l'àmbito operativo del regolamento di competenza del processo civile, in modo da estenderne l'applicabilità anche ai casi di conflitto tra giudice penale e giudice civile o, almeno, a quei casi, di conflitto negativo tra detti giudici, ove si avrebbe altrimenti il pericolo di quella situazione di *impasse* processuale di cui poc'anzi si è fatta parola: un intervento di ingegneria ermeneutica di consistente respiro, che ha reso inevitabile la mobilitazione della Suprema Corte nella sua più autorevole composizione.

QUESTIONI

[1] Se si può convenire sul punto che quelli del caso insorgenti tra giudice civile e giudice penale non siano ascrivibili al *genus* dei conflitti di competenza *stricto sensu* intesi, lecito è,

però, dubitare che quella additata dalla presente ordinanza interlocutoria costituisca la sola via percorribile per uscire dalle situazioni di *impasse* processuale indotte dallo speculare rifiuto di quei giudici di occuparsi di un medesimo affare.

Il dubbio nasce dalla considerazione di quella che è la tipica materia di tali conflitti negativi. Nella motivazione del provvedimento in rassegna, si legge che assai variegata è la casistica che viene a questo riguardo in gioco. Ma una anche rapida disamina di questa casistica permette immediatamente di rilevare come le fattispecie che vi afferiscono, pur nelle rispettive peculiarità, siano tutte riconducibili a un comune denominatore, dato dall'attinenza ad autentiche situazioni di diritto soggettivo di cui sono richiesti l'accertamento e – ove si abbia a che fare, come è nella stragrande maggioranza dei casi, con crediti pecuniari – la liquidazione. Quand'anche demandato al giudice penale, si tratta pertanto, sempre e invariabilmente, dell'esercizio di vera e propria *iurisdictio* civile, sicché, se è giusto non parlare di competenza ove il problema riguardi la distribuzione di tale *iurisdictio* tra sezioni civili e penali dello stesso tribunale, non si vede, al contempo, motivo perché il problema non possa essere affrontato e risolto secondo gli stilemi tipici della ripartizione del contenzioso tra le distinte sezioni civili del tribunale, con quanto ciò significa in termini di devoluzione degli eventuali conflitti al Presidente dell'ufficio giudiziario coinvolto: soluzione da ritenersi, nel suo complesso, praticabile anche laddove detta ripartizione sia fondata su base legale e non "tabellare", come è per i rapporti tra sezioni civili ordinarie e sezioni specializzate in materia d'impresa (così, sempre, beninteso, con riferimento ai rapporti tra tali sezioni all'interno dello stesso ufficio, Cass., Sez. un., 23 luglio 2019, n. 19882).

Ne discende che, se ciò risponde al vero, sarebbero, nella specie, ravvisabili gli estremi del conflitto di competenza, con tutto quello che ne consegue *sub specie* dell'*ammissibilità* del regolamento *ex* art. 42 ss. c.p.c., ove i giudici convolti appartenessero a differenti tribunali

Esecuzione forzata

Caducazione del titolo esecutivo e ricorso monitorio del debitore esecutato per la ripetizione delle somme

di **Valentina Scappini, Avvocato**

Cassazione civile, terza sez., sentenza, 9 luglio 2020, n. 14601, Pres. De Stefano; Rel. D'Arrigo.

Nel caso di azione esecutiva intrapresa in forza di un titolo giudiziale provvisoriamente esecutivo, la caducazione dello stesso in epoca successiva alla fruttuosa conclusione dell'esecuzione forzata legittima il debitore che l'abbia subita a promuovere nei confronti del creditore procedente un autonomo giudizio per la ripetizione dell'indebito che, avendo ad oggetto un credito fondato su prova scritta, può assumere le forme del procedimento d'ingiunzione.

CASO

Il Tribunale di Rieti concedeva un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo del valore di lire 142.188.305,00 (oggi € 73.434,13) a favore di P.G. e nei confronti di un condominio, che proponeva opposizione.

Nel frattempo, P.G. procedeva ad eseguire detto decreto instaurando due procedure esecutive presso terzi, fruttuosamente portate a termine e che facevano conseguire al creditore la somma complessiva di € 83.671,55.

All'esito del giudizio di opposizione, il Tribunale di Rieti diminuiva il credito di P.G. ad € 40.000,00, statuizione che era confermata anche in grado d'appello.

Per conseguire la differenza ingiustamente pagata in sede esecutiva, il condominio, a sua volta, promuoveva ricorso monitorio ed otteneva un decreto ingiuntivo avverso P.G., che veniva – inutilmente – opposto da quest'ultimo.

P.G. impugnava la sentenza del Tribunale di Rieti e la Corte d'Appello di Roma, prendendo atto

dell'adempimento nel frattempo intervenuto, revocava il decreto ingiuntivo opposto emesso a favore del condominio, compensando le spese legali.

P.G. ha proposto ricorso per cassazione sulla base di cinque motivi.

SOLUZIONE

La Suprema Corte rigetta i primi tre motivi di ricorso, tutti incentrati sulla pretesa illegittimità dell'azione di ripetizione di indebito per il recupero delle somme già corrisposte al creditore procedente di un'azione esecutiva fondata su un titolo monitorio, che si rivelino non dovute solo in seguito alla revoca del decreto a conclusione del giudizio di opposizione.

Vengono, invece, accolti il quarto e quinto motivo di ricorso, in ordine al malgoverno, da parte della Corte di merito, dei principi dell'onere della prova nell'azione di ripetizione e nell'applicazione degli interessi di mora.

La Corte di Cassazione stabilisce che la revoca del decreto ingiuntivo opposto non determina la cessazione degli effetti dell'espropriazione presso terzi già fruttuosamente compiuta, ma dà luogo ad un distinto obbligo restitutorio, azionabile anche in via monitoria, in relazione al quale l'onere della prova del pagamento e dell'assenza di causa dello stesso è in capo a chi chiede la restituzione.

QUESTIONI

Con i primi tre motivi di ricorso, P.G. ha dedotto la pretesa inammissibilità dell'azione di ripetizione proposta dal condominio sulla base di molteplici ragioni.

Anzitutto, P.G. ripropone l'eccezione, non accolta dalla Corte di merito, secondo cui l'unico rimedio esperibile dal condominio sarebbe stata l'opposizione agli atti esecutivi avverso le ordinanze di assegnazione, mentre la domanda restitutoria sarebbe stata preclusa dopo la chiusura del procedimento di esecuzione forzata.

P.G. sostiene che la definitività dell'ordinanza di assegnazione sarebbe incompatibile non solo con la revocabilità della stessa, ma anche con qualsiasi azione autonoma di restituzione, mentre l'unico rimedio sarebbe, come detto sopra, la tempestiva opposizione *ex* art. 617 c.p.c.

La Suprema Corte avalla, invece, la decisione della Corte d'Appello, che ha respinto la suddetta eccezione, ritenendo che le ordinanze di assegnazione non potessero essere opposte, dato che, al tempo, erano perfettamente congruenti con il titolo azionato *in executivis* e, quindi, legittime.

La Suprema Corte premette di essere ben consapevole del noto principio – adottato proprio dalla terza sezione – secondo cui il debitore espropriato non può esperire, dopo la chiusura dell'espropriazione, l'azione di ripetizione dell'indebito contro il creditore procedente per

ottenere la restituzione di quanto costui abbia riscosso, sul presupposto dell'illegittimità, per motivi sostanziali, dell'esecuzione forzata, dato che la legge, pur non attribuendo efficacia di giudicato al provvedimento conclusivo del procedimento esecutivo, sancisce tuttavia la irrevocabilità dei relativi provvedimenti, una volta che essi abbiano avuto esecuzione (art. 487 c.p.c.). Con il corollario che la proposizione dell'azione di ripetizione dopo la conclusione dell'esecuzione e la scadenza dei termini per le relative opposizioni sarebbe in contrasto con i principi ispiratori del sistema e con le regole specifiche sui modi e sui termini delle opposizioni esecutive, cosicché l'eventuale restituzione, successivamente all'esecuzione forzata, è correlabile solo ad una perdita di validità della procedura esecutiva legalmente accertata (cfr. *ex multis*, n. 2434/1969; n. 29347/2019; n. 4263/2019; n. 26927/2018; n. 20994/2018; n. 17371/2011; n. 26078/2005; n. 7036/2003).

Orbene, tale postulato va, secondo gli Ermellini, armonizzato con i principi in tema di esecuzione forzata in base a titolo giudiziale non definitivo, quale era il decreto ingiuntivo ottenuto da P.G. ed azionato esecutivamente, seppur nella sua provvisorietà e che, infatti, in seguito all'opposizione del condominio, è stato revocato dal Tribunale, che ha diminuito il debito dagli originari € 73.434,13 ad € 40.000,00.

Pertanto, la Suprema Corte afferma che qualora un titolo, solo provvisoriamente esecutivo ma ugualmente azionato a rischio del creditore procedente, venga meno in un momento successivo alla conclusione dell'espropriazione, gli atti esecutivi compiuti perdono efficacia in conseguenza della nullità che si determina con riguardo alla stessa esecuzione fondata sul titolo rivelatosi illegittimo.

Tuttavia, essendosi l'espropriazione, per quanto illegittima, già conclusa, non vengono in rilievo né il potere del giudice dell'esecuzione di revocare i propri provvedimenti ai sensi dell'art. 487, co. 1, c.p.c., né la necessità di proporre opposizione *ex* art. 617 c.p.c., i cui termini sono, ovviamente, già scaduti.

Ciò che si ha in questi casi è, invece, una sorta di "neutralizzazione" degli effetti dell'ordinanza di assegnazione, che legittima l'esperimento, da parte del soggetto passivo dell'esecuzione che voglia recuperare quanto gli è stato ingiustamente espropriato, dell'azione di ripetizione di indebito.

Ecco che, quindi, la Suprema Corte formula il seguente principio di diritto: "*Soltanto in caso di azione esecutiva intrapresa in forza di un titolo giudiziale provvisoriamente esecutivo la caducazione dello stesso in un momento successivo alla fruttuosa conclusione dell'espropriazione forzata legittima il debitore che l'abbia subita a promuovere nei confronti del creditore procedente un autonomo giudizio di ripetizione di indebito, che, essendo fondato su prova scritta, può avere inizio anche mediante la presentazione di ricorso per decreto ingiuntivo*".

La stessa sorte (rigetto) ha il terzo, complesso, motivo di ricorso, con il quale P.G. ha censurato la violazione e falsa applicazione dell'art. 346 c.p.c., affermando, da una parte, che il condominio avrebbe dovuto formulare domanda di restituzione già in sede di opposizione al

decreto ingiuntivo che ha originato la procedura esecutiva e che, non avendolo fatto, la domanda di ripetizione sarebbe preclusa, dall'altra, che tale domanda sarebbe stata implicita nella proposizione dell'opposizione e che, non essendosi il giudice di primo grado pronunciato sulla stessa e non avendola, il condominio, espressamente riproposta in appello (con conseguente formazione del giudicato interno), l'azione di ripetizione autonomamente intrapresa sarebbe ugualmente inammissibile.

Una simile argomentazione non trova il conforto della Suprema Corte, che ricorda come il diritto alla restituzione delle somme pagate in esecuzione di una sentenza provvisoriamente esecutiva, poi riformata in appello, sorge, ai sensi dell'art. 336 c.p.c., per il solo fatto della riforma della sentenza e può essere fatto valere immediatamente, se del caso anche con procedimento monitorio. Questo principio trova applicazione, in via estensiva, anche nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo, che si concludono con la revoca del decreto provvisoriamente esecutivo. In tali ipotesi, la domanda di restituzione può essere formulata davanti al giudice dell'opposizione, ovvero anche separatamente, come fatto dal condominio. In quest'ultimo caso, il relativo giudizio non deve essere sospeso in attesa della definizione di quello di opposizione, perché la restituzione non è subordinata al passaggio in giudicato della revoca del decreto (cfr. n. 30389/2019).

Il quarto e quinto motivo di ricorso, concernenti la violazione e falsa applicazione degli artt. 2033, 2697 e 2928 c.c. in tema di onere della prova, nonché degli artt. 1206, 1207, 1210, 1297 e 2033 c.c. sul decorso degli interessi di mora, sono, invece, accolti dalla Corte.

Ed infatti, la Corte d'Appello di Roma ha accolto la domanda di ripetizione d'indebito formulata dal condominio esclusivamente sulla base della (falsa) presunzione dell'effettivo incasso delle somme assegnate in sede esecutiva a P.G., il quale, dal canto suo, non aveva offerto la prova contraria di non aver mai percepito tali somme.

Gli Ermellini censurano tale capo della sentenza impugnata, evidenziando che l'ordinanza di assegnazione non ha efficacia solutoria e che la Corte di merito, imponendo a P.G. una sorta di onere negativo, ha illegittimamente sovvertito l'onere della prova e lo stesso principio di vicinanza alla prova, secondo cui *negativa non sunt probanda*.

Nella ripetizione di indebito opera, invero, il normale principio dell'onere della prova a carico dell'attore (il condominio) che è tenuto a dimostrare tanto l'avvenuto pagamento, quanto la mancanza di una causa che lo giustifichi (cfr. n. 30713/2018).

La natura *pro solvendo* dell'ordinanza di assegnazione (che si evince dall'art. 553, co. 1, c.p.c., secondo cui le somme sono assegnate al creditore procedente "salvo esazione") non genera, dunque, alcuna presunzione di effettivo incasso.

Ne consegue, così, anche l'illegittimità della statuizione della Corte d'Appello di Roma sul diritto del condominio agli interessi moratori, dato che non risulta provato, da parte del condominio, che P.G. abbia effettivamente riscosso le somme poi rivelatesi non dovute.

La Corte di Cassazione, quindi, ha accolto il ricorso nel senso sopra precisato, rinviando alla Corte d'Appello di Roma in diversa composizione, che dovrà pronunciarsi secondo i principi di diritto precisati nel presente arresto.

Obbligazioni e contratti

La fictio iuris di avveramento prevista dall'art. 1359 c.c. non è applicabile alla condizione potestativa di adempimento

di **Paolo Cagliari, Avvocato**

Cass. civ., sez. III, 17 marzo 2021, n. 7422 – Pres. Armano – Rel. Olivieri

Parole chiave: Contratto – Condizione – Potestativa di adempimento – Mancata esecuzione della prestazione – Avveramento della condizione – *Fictio iuris* – Esclusione

[1] Massima: *In tema di contratto condizionato, il principio secondo cui la condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario al suo avveramento non è applicabile nel caso in cui la parte tenuta condizionatamente a una determinata prestazione abbia anch'essa interesse all'avveramento, come accade quando si sia in presenza di una condizione potestativa di adempimento (in cui l'evento condizionante è rappresentato dall'esecuzione di una o di tutte le obbligazioni scaturenti dal contratto condizionato).*

Disposizioni applicate: cod. civ., artt. 1218, 1353, 1355, 1359

CASO

Una società agiva in giudizio per ottenere il pagamento di somme dovutele in relazione a lavori di ristrutturazione e di urbanizzazione eseguiti e per fare accertare, nel contempo, l'inopponibilità nei suoi confronti di un contratto di compravendita con cui era stato ceduto a una terza società, anch'essa evocata in giudizio, il patrimonio immobiliare della società convenuta.

In corso di causa, tra l'attrice che aveva proposto la domanda ai sensi dell'art. 2901 c.c. e la terza acquirente veniva raggiunto un accordo transattivo, la cui efficacia veniva condizionata sospensivamente all'esecuzione di tutte le obbligazioni ivi dedotte (più precisamente, al buon fine di quanto pattuito dalle parti), compreso il trasferimento dell'immobile acquistato con l'atto assoggettato a revocatoria in favore dell'attrice.

Quest'ultima impugnava la sentenza con cui, in conseguenza dell'intervenuta transazione, era stata dichiarata cessata la materia del contendere, lamentando, per quanto d'interesse, che il mancato trasferimento della proprietà dell'immobile, sancito dal rifiuto opposto dalla parte tenuta a darvi corso, aveva determinato la definitiva inefficacia dell'accordo transattivo, per effetto del mancato avveramento della condizione sospensiva appostavi; l'adita corte di appello, tuttavia, era di contrario avviso, ritenendo che dovesse reputarsi integrata la *fictio iuris* di avveramento della condizione prevista dall'art. 1359 c.c. e che la transazione fosse così divenuta pienamente efficace.

La pronuncia di secondo grado veniva impugnata con ricorso per cassazione.

SOLUZIONE

[1] La Corte di Cassazione ha accolto il ricorso e cassato con rinvio la pronuncia gravata, affermando che alla condizione sospensiva di adempimento (soprattutto se bilaterale, ovvero riferita agli obblighi discendenti in capo a entrambe le parti del contratto condizionato) non è applicabile la *fictio iuris* di cui all'art. 1359 c.c.

QUESTIONI

[1] La condizione costituisce un elemento accidentale del contratto, ossia non necessario ai fini della sua validità, ma la cui presenza è rimessa alla libera volontà delle parti, che possono, così, subordinare l'efficacia del negozio all'avveramento di un evento futuro e incerto: in questo senso, la condizione sospensiva impedisce al contratto di esplicare i propri effetti fintanto che essa non si sia avverata, mentre quella risolutiva ne determina il venire meno, in conseguenza del verificarsi dell'evento dedotto in condizione, sicché il contratto si considera come mai venuto in essere (salvo che si tratti di contratto a esecuzione continuata o periodica, nel quale caso, a termini dell'art. 1360, comma 2, c.c., l'avveramento della condizione non ha effetto con riguardo alle prestazioni già eseguite, salvo patto contrario).

La condizione può avere per oggetto l'avveramento di un evento rimesso al caso o all'attività di un terzo, ossia estranei alle obbligazioni dedotte in contratto e alla sfera di controllo delle parti contraenti, posto che la condizione meramente potestativa – ossia subordinata alla mera volontà dell'alienante o del debitore – è da considerarsi nulla (art. 1355 c.c.); non è escluso, peraltro, che l'avveramento dell'evento condizionante sia rimesso a fattori esterni, sui quali, tuttavia, influisce anche la condotta di una delle parti (si tratta della cosiddetta condizione potestativa mista), fino al punto di stabilire che l'evento condizionante sia rappresentato dal concreto adempimento (o inadempimento) di una o di tutte le obbligazioni principali del contratto condizionato (nel quale caso si parla di condizione potestativa di adempimento, rispettivamente, unilaterale o bilaterale).

Secondo le norme che disciplinano la condizione apposta al contratto, in pendenza di essa possono essere compiuti atti conservativi (art. 1356 c.c.) e la condotta delle parti – in particolare, di chi ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva o lo ha acquistato sotto

condizione risolutiva – dev'essere improntata a buona fede (art. 1358 c.c.); l'art. 1359 c.c., d'altro canto, stabilisce che la condizione si considera avverata anche se l'evento dedotto non si è verificato per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario al suo avveramento.

Nel caso sottoposto al vaglio dei giudici di legittimità, alla transazione novativa conclusa in corso di causa dalle parti era stata apposta una condizione sospensiva avente per oggetto l'attuazione, tra l'altro, dell'obbligazione traslativa posta a carico della società proprietaria dell'immobile acquistato con l'atto assoggettato ad azione revocatoria e si era ritenuta applicabile la *fictio iuris* di cui al succitato art. 1359 c.c. sulla base dei seguenti argomenti:

- obbligatorietà *ex ante* della condotta avente per oggetto l'adempimento della prestazione;
- imputabilità del mancato avveramento della condizione sospensiva di adempimento a fatto ascrivibile alla parte debitrice, che aveva tenuto una condotta violativa dell'obbligo giuridico previsto a suo carico;
- assimilabilità all'avvenuta esecuzione della prestazione di tale violazione imputabile alla parte obbligata, con conseguente avveramento fittizio della condizione e piena esplicazione dell'efficacia della transazione novativa.

A queste conclusioni si era giunti ritenendo che la violazione dell'obbligo incombente sulla società tenuta a effettuare il trasferimento dell'immobile integrasse un inadempimento di non scarsa importanza – come tale non rilevante ai sensi dell'art. 1455 c.c. – ed escludendo, nel contempo, che la mancata esecuzione dell'obbligazione dedotta in condizione configurasse un definitivo impedimento del verificarsi dell'evento condizionante.

Rispetto a ciò, i giudici di legittimità hanno osservato, innanzitutto, che dedurre in condizione lo stesso oggetto dell'obbligazione del contratto sospensivamente condizionato comporta che la condotta omissiva della parte cui è rimessa l'attuazione della prestazione dedotta in condizione non può essere fatta coincidere con l'inadempimento colposo sanzionato dall'art. 1218 c.c., proprio in ragione del fatto che il vincolo obbligatorio scaturente dal contratto non è in grado di produrre alcun effetto fintanto che la condizione sospensiva non si sia avverata; se così non fosse, si verrebbe a sovrapporre totalmente il mancato avveramento della condizione potestativa (che prescinde dall'elemento soggettivo della colpa) con la violazione del dovere di diligenza nell'esecuzione dell'obbligazione contrattuale.

La mancata attivazione della parte cui è rimessa l'esecuzione della prestazione (ossia l'avveramento della condizione sospensiva potestativa), quindi, non può considerarsi attività vincolata da un obbligo legale o negoziale suscettibile di essere violato, in quanto avente titolo in un contratto sospensivamente condizionato e, come tale, attualmente inefficace e improduttivo di effetti.

Così, in presenza di una condizione di adempimento (qualificabile come condizione potestativa semplice e non meramente potestativa, dal momento che la scelta di non eseguire la

prestazione compiuta dalla parte tenutavi risponde pur sempre a un suo interesse, comportando una valutazione dei sacrifici e dei vantaggi che l'inefficacia del contratto determina nella sua sfera giuridica), va esclusa in radice l'applicabilità della norma di cui all'art. 1359 c.c.

Infatti, posto che, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, la *fictio iuris* ivi delineata non è invocabile quando la parte tenuta condizionatamente a una determinata prestazione abbia anch'essa interesse al suo avveramento, non è ravvisabile, in simile evenienza, una posizione antagonista della parte cui è imputabile la condotta ostativa all'avveramento dell'evento condizionante rispetto all'interesse dell'altra al suo accadimento, soprattutto se – come nel caso di specie – si sia in presenza di una condizione di adempimento bilaterale (cioè riferita alle reciproche obbligazioni di entrambe le parti aventi titolo nel contratto condizionato), che impedisce di ravvisare una posizione favorevole di una parte e sfavorevole dell'altra rispetto all'avveramento della condizione.

D'altra parte, rispetto alla mancata esecuzione dell'attività inerente alla prestazione dedotta in condizione, non è dato compiere alcuna verifica circa la legittimità o meno del rifiuto della parte ad acconsentire all'avveramento della condizione sospensiva (come invece richiesto dall'art. 1359 c.c., tenendo conto del principio in base al quale l'omissione di un'attività in tanto può ritenersi contraria a buona fede e costituire fonte di responsabilità, in quanto costituisca oggetto di un obbligo giuridico): infatti, la *fictio iuris* di avveramento della condizione – che risulti impedita per fatto imputabile alla parte che aveva interesse contrario al suo avveramento – trova applicazione nella sola ipotesi di condizione causale (il cui avveramento, cioè, sia rimesso al caso o alla volontà di terzi) o mista (il cui avveramento dipenda, invece, in parte dal caso o dalla volontà di terzi e in parte da quella di uno dei contraenti), ma non quando, in presenza di una condizione (non meramente) potestativa, la violazione di un obbligo di non impedire l'evento non sia configurabile.

Nella fattispecie esaminata dai giudici di legittimità, dunque, al mancato definitivo adempimento della prestazione dedotta in condizione sospensiva potestativamente rimessa alla parte che si era rifiutata di eseguirla, era conseguito il definitivo mancato avveramento della condizione medesima e, così, l'inefficacia retroattiva della transazione conclusa in corso di causa; ciò in quanto all'oggettiva definitività dell'impossibilità di avveramento della condizione, sancita dal rifiuto di adempiere manifestato dalla parte chiamata ad attuare potestativamente l'evento, corrispondeva l'irrevocabile venire meno dell'interesse delle parti alla perdurante e definitiva efficacia dell'accordo transattivo.

Venuto meno quest'ultimo, difettava, dunque, il presupposto in forza del quale era stata dichiarata la cessazione della materia del contendere, motivo per cui la sentenza è stata cassata con rinvio, perché la causa venga decisa nel merito.

Seminario di specializzazione
SICUREZZA SUL LAVORO E RESPONSABILITÀ SOLIDALE-FISCALE NEGLI APPALTI
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

Comunione – Condominio - Locazione

Condominio parziale: un'indagine completa su costituzione dell'assemblea, validità delle deliberazioni e riparto delle spese

di **Ilaria Ottolina, Avvocato**

Tribunale di Roma, sezione V, sentenza 17 giugno 2020

Condominio parziale – costituzione *ope legis* – amministrazione dei beni comuni al condominio parziale e ripartizione delle spese – criterio dell'utilità effettiva o regole del condominio generale – criterio dell'utilità effettiva – costituzione e approvazione assembleare (generale o parziale) – necessità di costituzione e approvazione assembleare parziale – annullabilità della deliberazione assunta dall'assemblea generale – fondata.

Riferimenti normativi: art. 1123, comma 3, c.c. – art. 1136 c.c.

"… L'istituto del Condominio parziale risponde all'esigenza di assegnare le decisioni inerenti all'amministrazione di alcune cose comuni (quelle che possono fornire utilità a solo una parte dei condòmini) ad un più ristretto numero di condòmini (coloro che ai sensi dell'art. 1123, co. 3, c.c., devono esclusivamente sostenerne il costo), in ossequio al principio di giustizia per cui i poteri gestionali spettano a chi paga … Con specifico riguardo alla ripartizione delle spese può ritenersi che le tabelle millesimali approvate possano essere utilizzate, ove non ce ne siano di specifiche, anche in caso di ripartizione di spese fra i soli condòmini che abbiano tratto utilità dalle spese ai sensi dell'art. 1123, comma 3, c.c. …"

"… Non vi è, dunque, necessità di formalizzarne la costituzione con specifica delibera: il Condominio parziale non esige un fatto o atto costitutivo a sé ma insorge ope legis *…"*

"… Ne deriva che non sussiste il diritto di partecipare all'assemblea relativamente alle cose, ai servizi, agli impianti, da parte di coloro che non ne hanno la titolarità …"

CASO

La sentenza in commento ha ad oggetto un caso di **condominio parziale**, costituito dall'uso esclusivo ad una sola parte di condòmini di alcuni locali *box*, situati sul lato destro del condominio generale.

La vicenda prende le mosse dall'impugnazione, da parte di un condomino assente all'assemblea, della delibera assembleare di approvazione del consuntivo relativo al periodo 2016/2017, il cui riparto era avvenuto sulla scorta di due nuove tabelle millesimali (denominate A1 e A2).

L'attore, in primo luogo, rilevava la condotta "recidiva" dell'assemblea condominiale, la quale, con due deliberazioni assembleari assunte negli anni precedenti, aveva tentato – senza fortuna – di approvare la creazione di un condominio parziale, all'interno del condominio generale (la prima delibera era stata annullata con sentenza del Tribunale di Roma mentre l'impugnazione della seconda delibera era stata composta in sede di mediazione).

Ebbene, con la delibera da ultimo impugnata il condomino-attore deduceva che il condominio e l'amministratore avessero tentato nuovamente di introdurre a livello contabile il condominio parziale, mediante l'attribuzione di spese non dovute, sia perché imputabili in via esclusiva alla gestione dei predetti locali *box*, sia perché calcolate sulla base di tabelle non previste dal regolamento condominiale (quest'ultimo, in effetti, annoverava le sole tabelle A, B, C e consumo acqua).

L'attore chiedeva quindi l'accertamento e la declaratoria di invalidità della deliberazione di approvazione del consuntivo degli anni 2016/2017.

Si costituiva il condominio, insieme all'amministratore, rappresentando come, in realtà, il Tribunale di Roma avesse sì annullato la delibera assembleare a suo tempo assunta (costitutiva del condominio parziale) ma solo in ragione del fatto che la ripartizione delle spese fra i proprietari (effettivi) utilizzatori dei *boxes* avvenisse *ope legis*, senza necessità di costituzione di un condominio parziale.

Il condominio assumeva quindi la legittimità dell'utilizzo, ai fini del riparto delle spese, delle tabelle A1 e A2, mere derivazioni della tabella A applicata ai soli condòmini proprietari dei locali *boxes*, quali unici fruitori dei servizi.

SOLUZIONE

Il Tribunale di Roma, **pur dichiarando l'irrilevanza dell'atto costitutivo del condominio parziale – attesa la sua costituzione *ope legis* – e la validità delle tabelle derivate**, accoglieva la domanda ed annullava la deliberazione assunta dal condominio, atteso che ***"… non sussiste il diritto di partecipare all'assemblea relativamente alle cose, ai servizi, agli impianti, da parte di coloro che non ne hanno la titolarità …"*** e, nel caso di specie, *"… è pacifica la circostanza che la gestione contabile riguardante beni di esclusiva appartenenza e di esclusivo utilizzo di alcuni condòmini era stata sottoposta alla votazione e alla approvazione dell'assemblea generale …"*.

LE QUESTIONI GIURIDICHE

La sentenza in commento ha il pregio di esaurire in poche pagine, peraltro scritte in modo lineare, le principali questioni giuridiche sottese al tema del condominio parziale: i presupposti di validità della costituzione dell'assemblea e delle deliberazioni assembleari e il corretto riparto delle spese tra i condòmini.

Prima di dare corso alla disamina di tali tematiche, pare opportuno rammentare cosa s'intende per **condominio parziale**: a questo proposito, soccorre l'**interpretazione giurisprudenziale**, che traendo fondamento dalla lettera dell'**art. 1123, co. 3, c.c.**, ha da tempo affermato che *"I presupposti per l'attribuzione della proprietà comune a vantaggio di tutti i partecipanti vengono meno se le cose, i servizi e gli impianti di uso comune, **per oggettivi caratteri materiali e funzionali**, sono necessari per l'esistenza e per l'uso, ovvero sono destinati all'uso o al servizio, **non di tutto l'edificio, ma di una sola parte, o di alcune parti di esso**, ricavandosi dall'art. 1123 comma 3, che le cose, i servizi, gli impianti, non appartengono necessariamente a tutti i partecipanti …"*[1].

In effetti, il **terzo comma dell'art. 1123 c.c.** fornisce un'indubbia copertura normativa alla fattispecie del condominio parziale, laddove dispone che *"Qualora un edificio abbia più scale, cortili, lastrici solari, opere o impianti **destinati a servire una parte dell'intero fabbricato**, le spese relative alla loro manutenzione sono a carico del **gruppo di condòmini che ne trae utilità**"*.

Sicché, in perfetta aderenza con l'impianto giurisprudenziale formatosi nel tempo, il Tribunale di Roma in commento ha affermato che *"… L'istituto del Condominio parziale risponde all'esigenza di assegnare le decisioni inerenti all'amministrazione di alcune cose comuni (quelle che possono fornire utilità a solo una parte dei condòmini) ad un più ristretto numero di condòmini (coloro che ai sensi dell'art. 1123, co. 3, c.c., devono esclusivamente sostenerne il costo), in ossequio al principio di giustizia per cui i poteri gestionali spettano a chi paga …"*: in presenza beni comuni – nel caso di specie i locali *boxes* – destinati a essere utilizzati solo da una parte di condominio generale, la loro gestione e i loro costi di manutenzione sono di competenza esclusiva dei condòmini utilizzatori.

Ciò premesso, l'istituto del condominio parziale ha visto un intenso dibattito in **ambito dottrinario**, laddove si sono lungamente contrapposti due diversi orientamenti di pensiero[2]: quello di coloro che, in linea con l'evoluzione giurisprudenziale, àncoravano la fattispecie del condominio parziale al dettato normativo di cui all'**art. 1223, comma 3, c.c.** e quelli che, al contrario, invocavano l'**art. 61 disp. att. c.c.**, istitutivo della fattispecie del **condominio separato**[3], al fine di negare la possibilità di costituire il condominio parziale.

Si può dire tuttavia che, dopo annoso confronto, anche la dottrina è giunta alla conclusione che il condominio parziale e il condominio separato siano ipotesi radicalmente differenti e non confliggenti tra di loro: da un lato, infatti, il condominio parziale può sussistere anche quando non sia possibile procedere alla separazione per mancanza delle caratteristiche di edificio autonomo; dall'altro, il condominio parziale insorge *ope legis*, laddove al contrario il condominio separato necessita del raggiungimento di determinate maggioranze assembleari

(art. 1136, co. 2, c.c.) o della pronuncia giudiziale, su domanda di almeno un terzo dei componenti di quella parte dell'edificio della quale si chiede la separazione (art. 61, co. 2, disp. att. c.c.).

Non si tralascia di osservare, prima di concludere sul punto, che anche la decisione in commento, declinando in modo sintetico ma completo le caratteristiche del condominio parziale, rammenta che *"… Non vi è … necessità di formalizzarne la costituzione con specifica delibera: il Condominio parziale non esige un fatto o atto costitutivo a sé ma insorge* ope legis *…"*[4].

A fronte di tutto quanto precede, l'indagine si sposta inevitabilmente sulle conseguenze operative del condominio parziale, circostanze che peraltro anche la sentenza in commento ha avuto modo di esaminare: la costituzione dell'assemblea, la validità delle deliberazioni e il riparto delle spese, che verranno di seguito analizzate nell'ordine fatto proprio dal Giudice romano.

A) Il riparto delle spese

In via generale, vale la regola secondo cui, **nel condominio parziale, le spese vanno ripartite tra i condòmini che usufruiscono del servizio** (del resto, il tenore letterale dell'art. 1223, co. 3, c.c., conferma tale principio)[5]

Più in dettaglio, la sentenza in commento ribadisce un importante corollario al suddetto principio: *"… **le tabelle millesimali approvate possano essere utilizzate, ove non ce ne siano di specifiche, anche in caso di ripartizione di spese fra i soli condòmini che abbiano tratto utilità dalle spese ai sensi dell'art. 1123, comma 3, c.c.** …"*.

Tale principio, d'altra parte, non è nuovo: giurisprudenza risalente ha infatti stabilito che *"Il fatto che le tabelle millesimali degli edifici in condominio esprimano il valore dei singoli appartamenti ragguagliandolo a quello dell'intero stabile, non impedisce che esse possano essere utilizzate, ai fini della ripartizione delle spese condominiali, anche nell'ipotesi in cui tali spese vadano suddivise … fra i soli condomini che abbiano tratto utilità dalle opere eseguite. In tal caso, infatti, il rapporto di valore fra i singoli appartamenti ed il complesso delle unita immobiliari appartenenti ai condomini che hanno tratto utilità da tali opere ben può essere stabilito in base ai coefficienti millesimali indicati nelle tabelle, previa l'esecuzione delle operazioni aritmetiche occorrenti per calcolare il nuovo rapporto di proporzione"*[6].

Del resto, come osservato da autorevole dottrina[7], il criterio con cui sono compilate le tabelle millesimali è quello stabilito dall'**art. 68 disp. att. c.c.**; esso tuttavia *"… non appare affatto incompatibile con la possibilità della loro utilizzazione, nelle ipotesi in cui le spese debbano essere ripartite, ai sensi dell'art. 1123, comma 3, c.c., solo tra i condomini che hanno tratto utilità dalle opere eseguite … previa, ben inteso, l'esecuzione delle operazioni aritmetiche, occorrenti per stabilire il nuovo rapporto di proporzione"*.

Sicché, sotto questo profilo, avendo l'amministratore di condominio applicato le tabelle millesimali ricalcolate sulla base dell'effettivo utilizzo dei locali *boxes* da parte dei condòmini facenti parte del condominio parziale, il Tribunale di Roma ha concluso in modo condivisibile che le *"nuove tabelle derivate* [sono] *del tutto valide"*.

B) La costituzione e la deliberazione dell'assemblea

E' invece questo il profilo che, nella decisione in commento, determina l'annullamento della delibera assembleare.

In effetti, accadeva nel caso di specie che il *quorum*, costitutivo e deliberativo, dell'assemblea venisse calcolato con riferimento al condominio generale, anziché a quello parziale.

Di conseguenza, richiamando consolidata giurisprudenza secondo cui *"... **non sussiste il diritto di partecipare all'assemblea relativamente alle cose, ai servizi, agli impianti, da parte di coloro che non ne hanno la titolarità**, ragion per cui la composizione del collegio e delle maggioranze si modificano in relazione alla titolarità delle parti comuni che della delibera formano oggetto"*[8], il Tribunale di Roma annullava la delibera impugnata[9].

Coerentemente rispetto alla posizione del Giudice romano, anche altra giurisprudenza di merito ha di recente affermato che l'assemblea generale non ha il potere né di revocare né di annullare quanto deciso dall'assemblea del condominio parziale, essendo la titolarità sui beni di quest'ultimo limitata solo ad alcuni condòmini[10].

[1] **Cass. civ. Sez. II, 27/09/1994, n. 7885**; sul **collegamento materiale o funzionale** del bene comune rispetto alla singola proprietà – nella nota relazione di accessorio a principale rispetto alle singole unità immobiliari – si veda anche **Cass. civ. Sez. II, 02/02/1995, n. 1255**, secondo la quale *"Nel condominio degli edifici la comproprietà delle parti comuni indicate dall'art. 1117 c.c. e, più in generale, che servono per l'esistenza e l'uso delle singole proprietà immobiliari, alla quale si lega l'obbligo di partecipazione alle relative spese di manutenzione e conservazione (che il comma 1 dell'art. 1123 c.c. pone a carico dei condomini in proporzione delle rispettive quote, indipendentemente dalla misura dell'uso) ha il suo fondamento nel **collegamento strumentale, materiale o funzionale**, ed, in altri termini, nella **relazione di accessorio a principale**, con le*

singole unità (piani o porzioni di piano) in proprietà individuale dell'immobile, per cui le cose, i servizi e gli impianti necessari per l'esistenza e l'uso delle unità immobiliari di una parte soltanto dell'edificio appartengono solo ai proprietari di queste (unità) e non ai proprietari delle unità immobiliari dell'altra parte, rispetto alle quali manca quel rapporto di pertinenza che è il presupposto necessario del diritto di comunione. ... (nel caso specifico, è stato negato che i proprietari dei box contenuti in un immobile che, benché posto all'interno del perimetro condominiale delimitato da un muro di cinta, era separato dall'edificio con le unità abitative, dovessero concorrere alle spese di manutenzione della facciata di questo edificio)".

[2] Si vedano, sul punto: TERZAGO G., *"Il condominio"*, Milano, 1998, pag. 40 e seguenti;

CUSANO R., *"Il nuovo condominio"*, Napoli, 2018, pag. 33 e seguenti.

[3] Art. 61, co. 1, disp. att. c.c.: *"Qualora un edificio o un gruppo di edifici appartenenti per piani o porzioni di piano **a proprietari diversi** si possa **dividere in parti** che abbiano le caratteristiche di **edifici autonomi**, il condominio può essere **sciolto** e i comproprietari di ciascuna parte possono costituirsi in **condominio separato**"*.

[4] In questo senso anche Cass. civ., sez. II, 17 giugno 2016, n. 12641, la quale ha sancito anche il principio secondo il quale il condominio parziale non è legittimato a stare in giudizio.

[5] In giurisprudenza, *ex multis*, si veda Cass. civ. n. 1255/1995, *cit.*, a cui tenore *"... Ne consegue che le spese di manutenzione e conservazione delle cose e degli impianti che servono solo una parte del fabbricato, formando oggetto di condominio separato, debbono essere sostenute solo dai proprietari delle unità immobiliari di questa parte, e non dagli altri, secondo il principio generale del comma 3 dell'art. 1123 c.c. ..."*.

[6] Cass. civ. Sez. II, 30/05/1966, n. 1435.

[7] TERZAGO G., *op. cit.*, pag. 53.

[8] Cass. civ. n. 7885/1994, *cit.*

[9] *Contra* TERZAGO G., *op. cit.*, pag. 51, secondo cui *"... emerge la **necessità della partecipazione di tutti i condòmini** anche nel caso in cui ci si trovi in presenza di una comunione parziale statuita in virtù di apposito titolo. I condòmini della scala "A" hanno diritto e ne sono legittimati, a partecipare all'assemblea della scala "B" al fine di un controllo a che non venga leso, ad es. il decoro dell'edificio mutando, ad es., il colore, i marmi, la disposizione delle pareti ..."*.

[10] Corte d'Appello di Genova, 07/06/2021, n. 639.

Diritto e procedimento di famiglia

Il giudice della separazione può disporre l'affido endofamiliare del minore nel rispetto dei presupposti dell'istituto

di **Giuseppina Vassallo, Avvocato**

Cassazione civile sez. I, ordinanza n. 16569 11/06/2021

Giudizio di separazione – affido familiare del minore – compatibilità e principi applicabili

(Art. 337 ter c.c. – L. n. 184 del 1983 art. 4 – art. 333 c.c.)

Qualora nel corso di un giudizio per la separazione personale dei coniugi, si renda necessaria l'assunzione di provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale ex art. 333 c.c., può trovare applicazione la misura dell'affidamento familiare di cui alla legge 184/1983, ma il giudice non può derogare ai presupposti e alle prescrizioni dello specifico istituto, con particolare riferimento alla temporaneità del provvedimento e al necessario ascolto del minore.

CASO

La Corte d'appello di Torino, nel giudizio per la separazione personale dei coniugi, respingendo gli appelli dei genitori, confermava la decisione del tribunale di affidare in via temporanea la figlia minore alla zia paterna, sospendendo gli incontri con la madre e limitando gli incontri col padre, e attribuendo al Servizio Sociale il compito di monitorare la situazione e se del caso incrementare la frequentazione.

Nel giudizio di primo grado era emersa una relazione molto problematica tra i coniugi.

Le perizie svolte avevano confermato che la madre presentava "una personalità molto fragile caratterizzata da tratti ossessivi paranoici, sfociati in manifestazioni psicotiche" mentre il padre presentava una "personalità immatura, tono monocorde dell'umore, tratti ossessivi e aspetti persecutori che lo portano a manifestare richieste di aiuto alternate a modalità rivendicative".

Il padre propone ricorso per Cassazione.

Con il primo motivo di ricorso si critica l'attività istruttoria svolta, in particolare il mancato ascolto della minore (all'epoca di nove anni) e dei nonni, ascolto che era stato espressamente richiesto.

Con il secondo motivo di ricorso si fa riferimento al mancato rispetto delle norme che disciplinano il diritto di visita paterno, anche in violazione degli artt. 6 e 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

Col terzo motivo il padre denuncia in particolare il mancato rispetto del principio dell'obbligatorietà dell'ascolto del minore, con conseguente nullità della sentenza.

La madre, replicando con un unico motivo di ricorso incidentale, denuncia la violazione della L. n. 184 del 1983, art. 4, come modificato dalla L. n. 149 del 2001 e dal D.Lgs. n. 54 del 2013, che prevede la temporaneità della misura, finalizzata alla ricostruzione graduale del rapporto genitori-figli e al rientro del minore nella famiglia di origine, mentre tali aspetti non erano stati presi in considerazione dalla Corte, considerato che l'affido durava da quasi 5 anni.

Soluzione e percorso argomentativo seguito dalla Cassazione.

La Corte di Cassazione ha accolto i motivi di ricorso riguardanti l'esatta applicazione dell'istituto dell'affidamento familiare dei minori, adottato nella fase di merito del procedimento di separazione personale.

La misura è prevista per supplire a condotte pregiudizievoli dei genitori ai sensi dell'art. 333 c.c., che non siano tali da dar luogo alla pronuncia di decadenza dalla responsabilità genitoriale ex art. 330 c.c., e ben può declinarsi nelle forme dell'affidamento intra familiare, per l'esigenza di evitare al minore, insieme al trauma conseguente allontanamento dei genitori, quello di vedersi privato dell'ambiente familiare in cui è cresciuto (Cass. Civ. n. 28257 del 04/11/2019).

Dopo la riforma della filiazione – legge n. 219/2012 – il giudice ordinario innanzi al quale pende un giudizio di separazione, divorzio o altra controversia relativa al mantenimento e all'affidamento dei figli minori, è competente ad applicare i provvedimenti contenenti limitazioni della responsabilità genitoriale, che spetterebbero al tribunale minorile.

Tuttavia, l'attrazione di competenza del giudice ordinario impone di applicare l'istituto dell'affidamento familiare in presenza dei presupposti e secondo le regole dettate dalla legge n. 184 del 1983, ritenute non derogabili.

Un presupposto imprescindibile dell'affidamento familiare è **l'ascolto del minore** che ha compiuto i dodici anni o di età inferiore, in considerazione del suo grado di maturità.

Il mancato adempimento, previsto anche in via generale dall'art. 336 bis c.c., rende nullo il giudizio, se il giudice non fornisca specifica motivazione delle ragioni per le quali ha ritenuto di escluderlo.

La Corte territoriale non ha osservato neppure le prescrizioni di legge relative alla **durata dell'affidamento** che deve essere specificamente indicata.

Nell'ambito di un giudizio di separazione – specifica la Cassazione – è il giudice del tribunale ordinario a doversi conformare alle disposizioni sopra richiamate, e stabilire la durata dell'affidamento, che non può essere *sine die*, ma deve essere al massimo di due anni, prorogabili di volta in volta.

La Cassazione rileva infine anche un profilo di **conflitto di interessi** del minore verso entrambi i genitori tenendo conto delle limitazioni alla responsabilità genitoriale e al diritto di visita, dei contrasti esistenti tra i coniugi e della posizione da loro assunta anche nei confronti degli affidatari.

In questo caso i giudici avrebbero dovuto valutare in concreto l'opportunità di nominare un curatore speciale ex art. 78 c.p.c., per assicurare la regolare instaurazione del contraddittorio e non incorrere nella nullità delle attività processuali svolte (cfr. Cass. Civ. n. 3855 del 18/02/2014 e Cass. Civ. n. 21381 del 30/08/2018).

Questioni

La Corte ha rinviato il giudizio alla Corte di appello di Torino per il riesame delle questioni nel rispetto delle prescrizioni di legge relative all'istituto dell'affidamento familiare e ai principi collegati alla materia delle limitazioni della responsabilità genitoriale, solitamente di competenza del Tribunale per i minorenni (art. 336 c.c.). .

La sentenza ha posto l'accento su due punti cruciali del procedimento: l'ascolto del minore e la durata dell'affidamento che deve essere riconducibile agli interventi volti al recupero della famiglia di origine

Le norme sull'affido familiare sono state recentemente riformate dalla legge n. 173 del 19 ottobre 2015. Si tratta di uno strumento mirato a tutelare il minore, che ha una durata stabilita e che può terminare o con un rientro nella famiglia di origine o nella dichiarazione dello stato di adottabilità, quando i genitori non sono più in grado di adempiere la funzione genitoriale.

Diritto e reati societari

Azione individuale del socio: è esperibile anche se il danno subito costituisce soltanto il riflesso del pregiudizio al patrimonio sociale?

di **Virginie Lopes, Avvocato**

Cassazione Civile, Sez. I, Ordinanza, 28 aprile 2021, n. 11223

Parole chiave: Società – Società in accomandita semplice – Azione di responsabilità contro gli amministratori – Atto colposo o doloso del socio amministratore – Azione del socio e del terzo danneggiato – Condizioni di esercizio – Natura diretta del danno lamentato dall'attore – Fondamento – Diritto alla conservazione del patrimonio sociale – Titolarità – Mancata percezione degli utili e diminuzione di valore della quota – Danno diretto del socio – Inammissibilità

Massima: "*L'azione individuale del socio nei confronti dell'amministratore di una società di capitali non è esperibile quando il danno lamentato costituisca solo il riflesso del pregiudizio al patrimonio sociale, giacché l'art. 2395 c.c. esige che il singolo socio sia stato danneggiato "direttamente" dagli atti colposi o dolosi dell'amministratore, mentre il diritto alla conservazione del patrimonio sociale appartiene unicamente alla società; la mancata percezione degli utili e la diminuzione di valore della quota di partecipazione non costituiscono danno diretto del singolo socio, poiché gli utili fanno parte del patrimonio sociale fino all'eventuale delibera assembleare di distribuzione e la quota di partecipazione è un bene distinto dal patrimonio sociale la cui diminuzione di valore è conseguenza soltanto indiretta ed eventuale della condotta dell'amministratore.*"

Disposizioni applicate: artt. 2260 e 2395 c.c.

Nel caso di specie, i soci accomandanti di minoranza di una società in accomandita semplice hanno convenuto in giudizio la società e il socio accomandatario per chiedere ***(i)*** l'accertamento della responsabilità di quest'ultimo, in particolare, a fronte dell'attività da egli posta in essere volta al depauperamento patrimoniale e finanziario della società, mediante distrazione di somme dalle casse sociali in favore di suoi familiari e di un'altra s.a.s. del socio

accomandatario, della mancata percezione degli utili e della diminuzione di valore della quota di partecipazione e ***(ii)*** la condanna del socio accomandatario al risarcimento dei danni.

Il Tribunale di prime cure ha rigettato le domande attoree, così come poi la Corte d'appello, la quale ha ritenuto che l'azione concessa individualmente dall'art. 2395 c.c. ai soci (o ai terzi) per il risarcimento dei danni ad essi derivati come conseguenza di atti dolosi o colposi degli amministratori di società presuppone che i danni siano direttamente cagionati al socio e costituiscano la conseguenza immediata del comportamento degli amministratori stessi, non soltanto il riflesso di quelli arrecati eventualmente al patrimonio sociale, concludendo che la tutela poteva essere azionata solo in presenza di una violazione del diritto individuale del socio (o del terzo) direttamente riconducibile all'azione degli amministratori.

I soci accomandanti hanno quindi proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte d'Appello, ma la Suprema Corte ha rigettato tale ricorso.

***

La Corte di Cassazione, rifacendosi ad un orientamento giurisprudenziale degli anni '90 in tema di società di persone, ha ribadito che, solo la società in persona del nuovo amministratore o del liquidatore è legittimata ad esperire l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori, a norma dell'art. 2260 c.c., mentre al socio (e al terzo), direttamente danneggiato da un atto colposo o doloso dell'amministratore deve essere riconosciuta, a fronte dell'applicazione analogica ed estensiva alle società di persone dell'art. 2395 c.c., l'azione individuale di responsabilità[1].

Infatti, l'art. 2395, co. 1, c.c. dispone che il diritto al risarcimento del danno spetta "*al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori*", con la conseguenza che il pregiudizio risarcibile non può essere il mero riflesso dei danni eventualmente recati al patrimonio sociale, bensì deve essere un danno che sia conseguenza diretta ed immediata del comportamento degli amministratori[2].

La Corte di Cassazione ha poi rammentato un suo precedente giurisprudenziale del 2016 che ha chiarito che, nelle società di persone, la mancata presentazione da parte dell'amministratore del rendiconto, senza il quale il socio non percepisce gli utili (diversamente da quanto avviene nelle società di capitali ove è necessaria l'approvazione di una delibera assembleare che ne autorizzi la distribuzione). Ne deriva che, in questi casi, il socio subisce, in via diretta ed immediata, un danno che gli consente di far valere, mediante l'azione di cui all'art. 2395 c.c., la responsabilità extracontrattuale dell'amministratore[3].

Tuttavia, nel caso di specie, come rilevato dalla Suprema Corte, gli utili non distribuiti erano stati portati a incremento del capitale netto della società con l'approvazione, anche da parte dei soci accomandanti, del relativo bilancio di esercizio "*sicché i soci di minoranza non potevano certo dolersi di una decisione da loro stessi condivisa*", mentre il pregiudizio cagionato dalle ulteriori condotte poste in essere dal socio amministratore è stato inferto al patrimonio della

società e solo in seconda e indiretta battuta ai soci, venendo quindi meno l'esperibilità da parte dei soci accomandanti dell'azione di cui all'art. 2395 c.c..

Alla luce di ciò, la Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso dei soci accomandanti.

[1] Cass., Sez. 1, n. 2872 del 10/03/1992; Cass., Sez. 1, n. 12772 del 13/12/1995.

[2] Cass., Sez. 1, n. 16416 del 25/07/2007.

[3] Cass., Sez. 1, n. 1261 del 25/01/2016.

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

L'esegesi della locuzione "termini d'uso" di cui all'art. 67, comma 3, lett. a), L.F.

di **Ludovica Carrioli, Avvocato**

Cass. civi. , I Sezione Civile, n. 27939/2020

Massima: "*L'interpretazione dell'art. 67, comma 3, lett. a), l. fall. è nel senso che non sono revocabili quei pagamenti i quali, pur avvenuti oltre i tempi contrattualmente previsti, siano stati, anche per comportamenti di fatto, eseguiti ed accettati in termini diversi, nell'ambito di plurimi adempimenti con le nuove caratteristiche, evidenziatesi già in epoca anteriore a quelli in discorso, i quali, pertanto, non possono più ritenersi pagamenti eseguiti "in ritardo", ossia inesatti adempimenti, ma divengono esatti adempimenti; l'onere della prova di tale situazione è, ai sensi dell'art. 2697 c.c., in capo all'accipiens*".

Disposizioni applicate: art. 67, co. 3, lett. a), l.fall.

Parole chiave: revocatoria fallimentare – pagamenti – termini d'uso

CASO

La Corte d'Appello di Roma, riformando parzialmente la sentenza resa dal Tribunale della medesima città, accoglieva la domanda revocatoria, *ex* art. 67, comma 2, l.fall., dei pagamenti eseguiti dalla società Alfa, in favore della società Beta, per compensi di servizi resi in forza di un contratto d'appalto stipulato *inter partes*.

In particolare, la Corte inapplicabile al caso di specie l'esenzione prevista all'art. 67, co. 3, lett. a) l.fall., poiché i pagamenti effettuati da Alfa non erano nei c.d. "*termini d'uso*", considerato l'ingente ritardo col quale erano stati eseguiti (tra i 112 e i 142 giorni), rispetto a quanto previsto dal regolamento contrattuale (30 giorni).

Avverso la sentenza, la società Beta proponeva ricorso per cassazione per due motivi (i)

violazione e falsa applicazione dell'art. 67, co. 3, l.fall., riguardo all'interpretazione della nozione "*termini d'uso*" e (ii) violazione dell'art. 132 c.p.c., per assenza o mera apparenza di motivazione, con riguardo all'elemento della *scientia decoctionis*.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione, in totale riforma della sentenza impugnata, ha accolto il ricorso della società Beta, in relazione al primo motivo di cassazione, cassando la sentenza impugnata e rinviando la causa innanzi alla Corte d'Appello di Roma.

Questioni applicate nella pratica

La sentenza della Corte di Cassazione si concentra sull'esegesi della nozione *termini d'uso* di cui all'art. 67, co. 3, lett. a), l.fall., per fornire, a fronte di svariate soluzioni interpretative astrattamente possibili, la soluzione più "*esatta*" (art. 65 ord. giud.), sulla base del diritto positivo.

In particolare, la Corte muovendo dai principi di diritto già sanciti in argomento – e cioè che, per verificare se i pagamenti siano effettuati, o meno, nei termini d'uso occorre avere riguardo al rapporto tra le parti "*dando rilievo al mutamento dei termini, da intendersi non solo come tempi, ma anche come le complessive modalità di pagamento*" e "*non già alla prassi del settore economico in questione*" (Cass. 7 dicembre 2016, n. 25162) – valuta cosa debba intendersi per "*prassi*" invalsa tra le parti e, dunque, nei "*termini d'uso*".

Per fornire un corretto inquadramento della questione, l'argomentazione della Corte muove dai possibili *casi di modifica ad una regola*, come enunciati nella sentenza del 10 giugno 2005, n. 12345, ove la Corte aveva statuito il principio «*secondo il quale il creditore di una somma di denaro non è tenuto ad accettare in pagamento titoli di credito ..., si fonda su una norma (l'art. 1277 c.c.) di carattere dispositivo che cessa di operare quando esista una manifestazione di volontà, espressa o presunta, del creditore in tal senso, ovvero: a) quando esiste un accordo espresso tra debitore assegnante e creditore assegnatario; b) quando preesiste una pratica costante tra le parti nel senso di attribuire efficacia solutoria alla consegna, in pagamento, di assegni circolari; c) quando la datio pro solvendo dell'assegno in luogo del contante sia consentita da usi negoziali*».

Dunque, le possibili modifiche ad una regola attengono:

- l'accordo *una tantum*, da intendersi come la specifica convenzione, operata dalle parti volta a volta al momento del singolo pagamento, il quale venga disposto ed accettato con modalità diverse da quelle in origine convenute;
- la prassi preesistente, da intendersi come uso invalso tra i contraenti che sussista in un comportamento reiterato preesistente al pagamento e avente ad oggetto una data modalità di adempimento, diversa da quella pattuita, e accettata senza necessità di manifestazione, volta per volta, del consenso e, infine
- gli usi negoziali nel settore, che consistono in una prassi o pratica generalizzata,

attuata di fatto in un dato settore del mercato e suscettibile di inserirsi, in difetto di contraria volontà delle parti, nel contenuto del contratto, ai sensi dell'art. 1340 c.c., ogni volta che risulti la reiterazione spontanea di un determinato comportamento.

Poiché l'esenzione di cui all'art. 67, comma 3, lett. a), l. fall., ha riguardo ad una modalità di esecuzione del rapporto tra le parti, che – pur divergendo dalle clausole negoziali – è ricompresa «*nei termini d'uso*», secondo la Corte deve escludersi che tale locuzione possa afferire alle clausole negoziali come previste in contratto ("*interpretazione che la priverebbe di qualsiasi portata innovativa*") e all'uso di un settore / sottocategoria di mercato.

Dunque, tra le varie modalità derogatorie dei patti, la seconda (ossia la prassi invalsa tra le parti) è quella che più si attaglia alla disposizione dell'art. 67, co. 3, lett. a) l.fall. Ciò che trova conferma anche nella *ratio* dell'esenzione, che muove dal presupposto che nei rapporti tra imprenditori possa, di fatto, essere attuata una modalità di pagamento diversa da quella inizialmente negoziata, quanto a termini e quanto a modalità (non potendosi interpretare la locuzione "termini" soltanto quale "*tempo dell'adempimento*").

Tale interpretazione, prosegue la Corte, trova conferma anche effettuando una comparazione tra l'ipotesi di revocatoria di cui al 2) del comma 1 dell'art. 67 l. fall.

In particolare, argomentano gli ermellini, "*se la regola è che sono revocati (con presunzione, oltretutto, della scientia decoctionis) gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con mezzi normali di pagamento compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, ciò è proprio in quanto l'accettazione di un mezzo inusuale di pagamento lascia presumere iuris et de iure la violazione della par condicio"* deve dunque ritenersi che l'eccezione di cui alla lett. a) del comma 3, "*è necessariamente nel senso che, pur quando le modalità di pagamento siano estranee alla previsione della relativa clausola contrattuale, il pagamento resta fermo ed efficace, tutte le volte che fra le parti si sia instaurata una prassi anteriore – adeguatamente consolidata e stabile, così da potersi definire tale – volta a derogare a quella clausola contrattuale ed introdurre, come nuova regola inter partes, il pagamento nei termini diversi e più lunghi*".

Dunque, in ipotesi di dilazione del termine di pagamento, l'effetto della disposizione di esonero è che saranno revocabili quegli sporadici pagamenti avvenuti in ritardo rispetto a quanto contrattualmente previsto, ma non lo saranno, invece, i pagamenti che, pur avvenuti oltre i tempi contrattualmente prescritti, siano stati di fatto eseguiti ed accettati in termini diversi, nell'ambito di "*plurimi adempimenti con le nuove caratteristiche*". In un simile contesto, infatti, non si potrà discutere di pagamenti inesatti od eseguiti in ritardo, ma di "*esatti adempimenti*" (con le relative conseguenze tanto in termini di mora, quanto in termini di inadempimento).

Quanto all'onere della prova, conclude la Corte, ai sensi dell'art. 2697 c.c., ricadrà in capo *all'accipiens* e, poiché l'art. 67, co. 3 lett. a) l.fall. abilita il rilievo di modifiche tacite a contratti pur se redatti per iscritto, si avrà applicazione degli artt. 2721, comma 2, e art. 2723 c.c., in

riferimento alla prova testimoniale.

La Cassazione afferma, infine, il seguente principio di diritto: "*L'interpretazione dell'art. 67, comma 3, lett. a), l. fall. è nel senso che non sono revocabili quei pagamenti i quali, pur avvenuti oltre i tempi contrattualmente previsti, siano stati, anche per comportamenti di fatto, eseguiti ed accettati in termini diversi, nell'ambito di plurimi adempimenti con le nuove caratteristiche, evidenziatesi già in epoca anteriore a quelli in discorso, i quali, pertanto, non possono più ritenersi pagamenti eseguiti "in ritardo", ossia inesatti adempimenti, ma divengono esatti adempimenti; l'onere della prova di tale situazione è, ai sensi dell'art. 2697 c.c., in capo all'accipiens*".

Diritto Bancario

Credito fondiario: contestualità temporale tra concessione di ipoteca e iscrizione ipotecaria

di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

Particolarmente diffusi nell'operatività bancaria, in relazione al numero delle operazioni poste in essere ed ai volumi dalle stesse generati, sono i finanziamenti di credito fondiario, stipulati ai sensi degli artt. 38 e seguenti del TUB, aventi ad oggetto «la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili» nel rispetto di una percentuale di concessione/limite di finanziabilità pari all'80% dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi.

Le operazioni di credito fondiario beneficiano del consolidamento abbreviato (10 giorni) dell'iscrizione ipotecaria sul bene cauzionale e dell'esonero dalla revocatoria fallimentare dei pagamenti effettuati dal debitore (art. 39, comma 4, TUB); il creditore fondiario può altresì avvalersi di significativi privilegi processuali in tema di procedimento esecutivo e suoi rapporti con la disciplina fallimentare (art. 41 TUB).

La Cassazione (Cass. n. 219/2020) ha escluso che la contestualità temporale tra l'atto di concessione della garanzia ipotecaria da parte del debitore e la successiva iscrizione ipotecaria da parte del creditore sia un requisito di 'fondiarietà' del finanziamento ipotecario.

Rileva infatti la Cassazione che, secondo quanto stabilito dall'art. 38, comma 1, TUB, elementi costitutivi della qualifica 'fondiaria' del credito sono, da un lato, la concessione da parte di un istituto di credito di «finanziamenti a medio e lungo termine» e, dall'altro, la garanzia da «ipoteca di primo grado su immobili», ove tale garanzia si costituisce tramite concessione da parte del debitore e successiva iscrizione da parte del creditore nell'ufficio dei registri immobiliari del luogo ove si trovano gli immobili.

È esclusa la necessità di contemporanea stipulazione del finanziamento, erogazione delle somme finanziate e costituzione della ipoteca di primo grado tramite iscrizione nei pubblici registri, atteso che tale contestualità non è prescritta espressamente dall'art. 38, primo

comma, TUB, ma viene solo operativamente seguita dal creditore per evitare che tra la stipula del mutuo/concessione della garanzia ipotecaria da parte del debitore e l'iscrizione della ipoteca nei registri immobiliari possa intervenire altra iscrizione ipotecaria che non renda operativa la priorità di ipoteca richiesta.

Dunque, sintetizzando, ai fini dell'acquisizione della qualifica di 'fondiario' del credito ipotecario, «non occorre … una necessaria contestualità temporale tra l'atto di concessione della garanzia ipotecaria da parte del debitore (art. 2741 cod. civ.) e la successiva iscrizione da parte del creditore della garanzia stessa nell'ufficio dei registri immobiliari del luogo ove si trovano gli immobili (art. 2827 cod. civ.), rivestendo comunque tale iscrizione natura costitutiva» (Cass. n. 219/2020).

Soft Skills

Comunicare in vacanza: come gestire tempi e modi nel mese più gettonato per gli "out of office"

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

Ci siamo! Dopo mesi di fatica, finalmente si avvicinano le tanto agognate vacanze estive che, specie in quest'anno di pandemia, sono quanto mai desiderate.

Ma come comportarsi con i canali di comunicazione nel corso del mese più caldo dell'anno e che soprattutto in Italia vede la maggior parte di persone svolgere la sola azione di spostarsi dall'ombrellone al mare e viceversa?

Spegnere totalmente i canali di comunicazione?

O visto che si ha molto più tempo a disposizione, bombardare i clienti di aggiornamenti, post e newsletter?

Ovviamente nessuna delle due è la migliore strada da percorrere, e la via maestra è sempre quella che segue la giusta misura delle cose.

E allora?

Comunicati roventi

Alcune operazioni si chiudono in genere nei giorni a cavallo tra la fine di luglio e i primi di agosto. Preparate il più possibile per tempo tutto il materiale, foto e testi, così da arrivare alla data con la comunicazione da veicolare alle testate già definitiva e approvata da tutti. Capita sempre, infatti, che ci sia un "fuggi fuggi" generale dopo la firma del closing e che si faccia fatica a rintracciare le persone per farsi dare le opportune autorizzazioni finalizzate all'invio del testo. Agire con anticipo permette quindi di non bruciare tempo e veicolare una notizia calda, rispettando i tempi delle redazioni e soprattutto delle persone che dovranno "cucinare" la notizia. Se riuscite ad evitare il venerdì pomeriggio per l'invio del comunicato, è già un

punto a vostro favore!

CONTINUA A LEGGERE