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

Edizione di martedì 7 settembre 2021

Soft Skills

Dall'istanza di incidente probatorio ordinario (o speciale) allo svolgimento dell'udienza
di **Emanuele Nagni**

Procedimenti di cognizione e ADR

Sulla censurabilità in Cassazione dell'utilizzo di presunzioni semplici
di **Valentina Baroncini, Avvocato e Ricercatore di Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Verona**

Esecuzione forzata

Opposizione a decreto ingiuntivo e mancato esperimento della mediazione obbligatoria nel termine assegnato: idee poche e confuse
di **Silvia Romanò, Dottoranda in Scienze giuridiche europee e internazionali presso l'Università degli Studi di Verona**

Obbligazioni e contratti

L'errore sulla situazione patrimoniale della società nella vendita di partecipazioni sociali
di **Paolo Cagliari, Avvocato**

Comunione – Condominio - Locazione

La natura e i limiti del diritto di antenna: il diritto di proprietà soccombe difronte a quello d'informazione
di **Saverio Luppino, Avvocato**

Diritto e procedimento di famiglia

Trasferimenti immobiliari pattuiti negli accordi di separazione e divorzio: le Sezioni Unite della

Cassazione ne dichiarano l'ammissibilità e la diretta validità ai fini della trascrizione
di **Giuseppina Vassallo, Avvocato**

Diritto e reati societari

Cambio di rotta delle Sezioni Unite: la fusione per incorporazione comporta l'estinzione della società incorporata
di **Virginie Lopes, Avvocato**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Il bonifico bancario effettuato per errore ad una società poi fallita non può essere oggetto di rivendicazione
di **Andrea Cassini, Avvocato**

Diritto Bancario

Mutui: alcune questioni operative
di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

Nuove tecnologie e Studio digitale

L'intelligenza artificiale e la robotizzazione fanno ingresso negli studi professionali
di **Alessandro Siess – MpO & Partners**

Soft Skills

Dall'istanza di incidente probatorio ordinario (o speciale) allo svolgimento dell'udienza

di **Emanuele Nagni**

L'incidente probatorio è una fase eventuale del procedimento penale, preordinata all'assunzione anticipata della prova durante le indagini preliminari o l'udienza preliminare.

Come noto, la *ratio* dell'istituto trae origine dalla necessità di garantire precise fonti probatorie che nella fase dibattimentale, per le ragioni tassativamente enucleate, sarebbero esposte al rischio di **inquinamento, modificazione, alterazione naturale o indotta, scomparsa**.

La previsione di cui all'**art. 392 c.p.p.** disciplina le circostanze in cui il pubblico ministero, la persona sottoposta alle indagini o l'imputato possono avanzare istanza di incidente probatorio al GIP o al GUP.

Invero, è possibile proporre la richiesta quando, per l'assunzione della **testimonianza** di cui all'art. 194 c.p.p., vi sia fondato motivo di ritenere che il teste non potrà essere esaminato in dibattimento per **infermità od altro grave impedimento**, ovvero sussistano *elementi concreti e specifici* (sul punto, v. Cass. Pen., Sez. II, n. 29393/2021) che lo stesso sia esposto a **violenza, minaccia, offerta o promessa di danaro o di altra utilità** affinché non deponga o deponga il falso. E ancora, in presenza dei suddetti motivi, quando occorra procedere al **confronto** *ex* art. 211 c.p.p. tra persone che, in altro incidente probatorio od al pubblico ministero, abbiano reso dichiarazioni discordanti.

Al **co. 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p.**, modificato con **L. 1° ottobre 2012, n. 172** – di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote del 2007 – e **D. Lgs. 15 dicembre 2015, n. 212**, è poi previsto che si possa procedere con incidente probatorio (c.d. ***speciale* o *atipico***) all'assunzione della testimonianza della persona minorenne o della persona offesa maggiorenne nei casi di delitti specificamente indicati quali, ad esempio, maltrattamenti contro familiari e conviventi, violenza sessuale, atti persecutori, etc. Il comma si riferisce anche ai reati, non specificamente individuati, in cui la persona offesa, ai sensi dell'**art. 90-*quater***

c.p.p., versi in ***'condizione di particolare vulnerabilità'*** – in ragione della minore età, dell'infermità di mente o della natura del reato per cui si procede – quale presupposto che legittima l'escussione della testimonianza nelle modalità della c.d. **'*audizione protetta*'**. È opportuno precisare che, in tali casi, il pubblico ministero con la richiesta è tenuto a depositare tutti gli atti investigativi, mentre nelle altre circostanze la difesa non potrà avvalersi di una completa *discovery* anticipata di tutte le indagini compiute fino a quel momento, ma potrà solo prendere cognizione *ex* **art. 398, co. 3 c.p.p.** delle dichiarazioni già rese dalla persona da esaminare in incidente probatorio, utilizzabili per le contestazioni.

In argomento, giova sottolineare come, con la sentenza della **Cassazione n. 24996/2020**, sia stato del tutto superato l'orientamento giurisprudenziale tradizionale che qualificava il rigetto dell'incidente probatorio atipico richiesto dal pubblico ministero *non autonomamente impugnabile*, parimenti ad ogni altro provvedimento del GIP *ex* **art. 398 c.p.p.** Infatti, anche la **Consulta, con la sentenza n. 14/2021**, ha escluso l'esistenza di una qualsiasi discrezionalità in capo al giudice investito della richiesta del pubblico ministero di incidente probatorio speciale, qualificando come ***abnorme*** l'eventuale **provvedimento di rigetto**.

L'art. 392 c.p.p., inoltre, prevede i casi in cui sia necessario procedere all'esame dell'indagato – imputato, se in udienza preliminare – su fatti concernenti la responsabilità di altri ovvero di una persona imputata in un procedimento connesso o collegato, oltreché, con la **L. 11 gennaio 2018**, **n. 6,** dei **collaboratori di giustizia** nel corso delle indagini preliminari. Infine, l'incidente probatorio può essere disposto anche per impedire modificazioni inevitabili di persone, luoghi o cose, in ipotesi di ricognizioni, perizie o esperimenti giudiziali.

Di peculiare rilevanza appare poi la circostanza in cui occorra procedere ad una perizia che, se disposta nel dibattimento ne comporterebbe una sospensione superiore a 60 giorni (c.d. **'*complessa*'**, *ex* **co. 2 dell'art. 392 c.p.p.**), ovvero quando sia necessario eseguire accertamenti o prelievi su persona vivente che incidano sulla sua libertà personale (c.d. **'*coattiva*'**, *ex* **art. 224-*bis* c.p.p.**).

L'istanza, a seguito della **sentenza n. 77/1994** della **Corte costituzionale**, deve essere presentata entro la conclusione dell'udienza preliminare e, ai sensi dell'**art. 393 c.p.p.**, deve contenere l'indicazione della prova da assumere, dei fatti che ne costituiscono l'oggetto e delle ragioni della sua rilevanza per la decisione dibattimentale, delle persone contro cui si procede e delle circostanze che rendono la prova non rinviabile al dibattimento. In caso di proposizione da parte del pubblico ministero, la richiesta indica anche i difensori delle parti interessate, la persona offesa e il suo difensore.

Secondo quanto stabilito dall'**art. 396 c.p.p.**, sull'istanza è previsto un **contraddittorio scritto**, che consiste, entro 2 giorni dalla relativa notificazione, nella presentazione di deduzioni, produzione di documenti, deposito di cose presentare e indicazione di altri fatti oggetto di prova o di altre persone interessate.

L'udienza di incidente probatorio è di tipo camerale e richiede la partecipazione necessaria del

pubblico ministero e del difensore dell'indagato o imputato, mentre ha diritto di parteciparvi il difensore della persona offesa. All'assunzione della prova si procederà secondo l'**art. 401, co. 5 c.p.p.** e, pertanto, con le forme stabilite per il dibattimento, conseguendone che, per la testimonianza, si procederà nelle forme dell'esame incrociato. Concluso l'incidente, il relativo verbale, unitamente ai documenti e alle cose oggetto di acquisizione, sono trasmessi al pubblico ministero e la difesa ha facoltà di prenderne visione ed estrarne copia.

Procedimenti di cognizione e ADR

Sulla censurabilità in Cassazione dell'utilizzo di presunzioni semplici

di **Valentina Baroncini, Avvocato e Ricercatore di Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Verona**

Cass., sez. lavoro, 30 giugno 2021, n. 18611, Pres. Manna – Est. Cavallaro

[1] Sindacato del giudice di merito – Censurabilità in sede di legittimità – Vizio denunciabile – Violazione o falsa applicazione di norme di diritto – Limiti – Conseguenze – Fattispecie (art. 2729 c.c.; art. 360 c.p.c.)

In tema di presunzioni, qualora il giudice di merito sussuma erroneamente sotto i tre caratteri individuatori della presunzione (gravità, precisione, concordanza) fatti concreti che non sono invece rispondenti a quei requisiti, il relativo ragionamento è censurabile in base all'art. 360, n. 3, c.p.c. (e non già alla stregua del n. 5 dello stesso art. 360), competendo alla Corte di Cassazione controllare se la norma dell'art. 2729 c.c., oltre ad essere applicata esattamente a livello di declamazione astratta, lo sia stata anche sotto il profilo dell'applicazione concreta; nondimeno, per restare nell'ambito della violazione di legge, la critica deve concentrarsi sull'insussistenza dei requisiti della presunzione nel ragionamento condotto nella sentenza impugnata, mentre non può svolgere argomentazioni dirette ad infirmarne la plausibilità (criticando la ricostruzione del fatto ed evocando magari altri fatti che non risultino dalla motivazione), vizio valutabile, ove del caso, nei limiti di ammissibilità di cui all'art. 360 n. 5 c.p.c. (Nella specie, rispetto alla valorizzazione operata dal giudice di merito di un'ammissione effettuata dal contribuente, è stata reputata inammissibile la critica intesa ad infirmarne la validità contrapponendo un diverso elemento istruttorio, la cui valenza probatoria era stata espressamente disattesa, in tal modo prospettando surrettiziamente una rivalutazione del materiale acquisito al processo).

CASO

[1] In riforma della pronuncia di primo grado, la Corte d'Appello di Roma rigettava l'opposizione proposta da un contribuente avverso una cartella esattoriale con cui gli veniva

ingiunto il pagamento di contributi a favore dell'INPS; in particolare, il giudice di seconde cure riteneva doversi attribuire valore probatorio decisivo a una dichiarazione resa dal contribuente circa l'abitualità e la prevalenza dell'attività lavorativa svolta a beneficio di una s.r.l.., della quale egli era anche amministratore delegato e perciò iscritto alla Gestione separata.

Avverso tale decisione il contribuente presentava ricorso per cassazione lamentando, per quanto di interesse nella presente sede, violazione e falsa applicazione di legge in relazione all'art. 2729 c.c., per avere la Corte di merito attribuito valore probatorio decisivo alla dichiarazione summenzionata: ad avviso di parte ricorrente, in particolare, i giudici di merito avrebbero errato nel non considerare che detta dichiarazione era stata rilasciata nove anni prima dei fatti di causa e, oltre a non essere corroborata da ulteriori elementi di prova o almeno indiziari, risultava smentita dalle deposizioni rese sul punto da un testimone.

SOLUZIONE

[1] La Suprema Corte giudica inammissibile il motivo di ricorso proposto.

La Cassazione, infatti, ricorda come la violazione dell'art. 2729 c.c., veicolata quale vizio *ex* art. 360, n. 3), c.p.c., debba esprimersi in una censura inerente alla sussistenza dei tre caratteri che individuano una presunzione semplice (gravità, precisione, concordanza), restando invece escluso che possa essere configurata mediante il richiamo a risultanze istruttorie di segno contrario rispetto alla presunzione costruita dal giudice di merito.

Nel caso di specie, il ricorrente non avrebbe censurato la (mancata) ricorrenza dei requisiti integranti una presunzione semplice, ma avrebbe preteso di infirmare l'accertamento del fatto presunto contrapponendovi un altro fatto desumibile da una deposizione testimoniale (ritenuta inidonea, dal giudice di merito, a smentire tale presunzione).

Non ricorrendo i requisiti per una corretta censura di violazione di legge in relazione all'art. 2729 c.c., la Suprema Corte ha quindi dichiarato il motivo di ricorso inammissibile.

QUESTIONI

[1] La pronuncia in commento ha ad oggetto la definizione delle corrette modalità di denuncia del vizio di violazione di legge, *ex* art. 360, n. 3), c.p.c., in relazione all'art. 2729 c.c., ossia la norma disciplinante le presunzioni semplici e, con esse, il ragionamento inferenziale compiuto dal giudice di merito nella costruzione del giudizio di fatto.

Anzitutto, è opportuno ricordare il testo della norma da ultimo citata, per poi procedere all'analisi della stessa e dell'elaborazione giurisprudenziale che ne è scaturita, con particolare riguardo alle modalità di denuncia dei vizi che possono infirmare il ragionamento giudiziale fondato su presunzioni semplici.

L'art. 2729 c.c., dedicato appunto a tale categoria di presunzioni, prevede, al suo primo comma,

che «le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti».

Gravità, precisione e concordanza sono dunque le caratteristiche integranti una presunzione semplice – per il resto connotata da assoluta atipicità -, a partire dalla quale il giudice di merito è legittimato a fondare, nella costruzione del giudizio di fatto, un ragionamento di tipo inferenziale.

Passando rapidamente in rassegna il significato di tali requisiti, si intende: *a*) per *gravità*, la capacità della presunzione di produrre conclusioni relative al *factum probandum* che abbiano un rilevante grado di attendibilità; secondo la giurisprudenza di legittimità, affinché vi sia gravità non occorre che tra il fatto noto e quello ignoto sussista un legame di assoluta ed esclusiva necessità causale, essendo sufficiente che il fatto da provare sia desumibile dal fatto noto come conseguenza ragionevolmente possibile secondo un criterio di normalità, ossia che il rapporto di dipendenza logica tra il fatto noto e quello ignoto sia accertato alla stregua di canoni di ragionevolezza e di probabilità (*ex multis*, Cass., 8 ottobre 2013, n. 22898; Cass., 31 ottobre 2011, n. 22656); *b*) per *precisione*, l'idoneità della presunzione a produrre conclusioni chiare, convergenti e non equivoche sui fatti ignorati; *c*) in relazione alla *concordanza*, l'opinione dominante ha infine sposato un'interpretazione estensiva, secondo la quale non occorre, per fondare un ragionamento inferenziale, il ricorso di plurime e concordi presunzioni, ben potendo anche solo una presunzione, laddove sufficientemente grave e particolarmente precisa, costituire da sola il fondamento probatorio dell'accertamento del fatto ignorato (così, Cass., 29 luglio 2009, n. 17574; Cass., 11 settembre 2007, n. 19088).

Passando alla censurabilità in Cassazione del ragionamento presuntivo, occorre premettere come la costante giurisprudenza escluda la possibilità di un tale sindacato, purché la decisione del giudice appaia congruamente motivata (*ex multis*, Cass., 22 gennaio 2009, n. 1632; Cass., 26 novembre 2008, n. 28224).

Vi è spazio, peraltro, per censurare l'erronea applicazione, commessa dal giudice del merito, dell'art. 2729 c.c.: in particolare, ciò può accadere sia in caso di erronea interpretazione della norma, sia in caso di erronea sussunzione del fatto entro di essa.

Con specifico riguardo alla violazione dell'art. 2729 c.c., la giurisprudenza costante afferma infatti che, qualora il giudice di merito sussuma erroneamente sotto i tre caratteri che individuano una presunzione (gravità, precisione, concordanza) fatti concreti che non sono invece rispondenti a quei requisiti, il relativo ragionamento possa essere censurato in sede di legittimità *ex* art. 360, n. 3), c.p.c., dovendosi sempre verificare se la norma di cui all'art. 2729 c.c., oltre a essere applicata esattamente a livello di declamazione astratta, lo sia stata anche sotto il profilo dell'applicazione a fattispecie concrete che effettivamente risultino ascrivibili alla fattispecie astratta (tali principi sono stati espressi da Cass., 16 novembre 2018, n. 29635; Cass., 4 agosto 2017, n. 19485; Cass., 26 giugno 2008, n. 17535).

Nell'ambito della violazione di legge, la critica della decisione giudiziale deve quindi

concentrarsi sull'insussistenza dei requisiti richiesti nella presunzione utilizzata nel ragionamento condotto dal giudice (gravità, precisione, concordanza), non potendo invece esprimersi per il tramite di argomentazioni dirette puramente e semplicemente a infirmare la plausibilità del ragionamento presuntivo condotto dal giudice di merito, criticando la ricostruzione del fatto che questi abbia operato (ciò che, se del caso, potrebbe piuttosto essere veicolato quale motivo di ricorso *ex* art. 360, n. 5), c.p.c.).

In altri termini – e qui si richiama il ragionamento condiviso anche dal provvedimento in commento e posto a giustificazione della declaratoria di inammissibilità del motivo di ricorso presentato, dove si pretendeva di censurare la violazione dell'art. 2729 c.c. tramite l'allegazione di una deposizione testimoniale di tenore opposto al risultato del ragionamento inferenziale condotto -, non è logicamente possibile configurare una violazione dell'art. 2729 c.c. mediante il richiamo a risultanze istruttorie di segno contrario rispetto alla presunzione costruita dal giudice di merito, dal momento che ciò equivarrebbe a confondere la violazione di legge con l'allegazione di un'erronea ricognizione della fattispecie concreta a mezzo delle risultanze di causa, operazione estranea rispetto all'esatta interpretazione della norma e inerente, appunto, alla tipica valutazione riservata al giudice di merito.

Esecuzione forzata

Opposizione a decreto ingiuntivo e mancato esperimento della mediazione obbligatoria nel termine assegnato: idee poche e confuse

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

Cassazione civile, Sez. III, Sentenza 22 marzo 2021, n. 8015. Pres. Amendola, Estensore Cricenti

Procedimento monitorio – Opposizione a decreto ingiuntivo – Procedura di mediazione – Mancato esperimento della procedura di mediazione – Art. 5 d. lgs. 28/2010 – Improcedibilità

CASO

Su istanza di Banca Alfa S.p.a. il Tribunale emetteva un decreto ingiuntivo contro Tizio e Caio, che spiegavano opposizione. Nel corso dell'opposizione, il giudice di prime cure pronunciava i provvedimenti sulla provvisoria esecuzione e concedeva termine per l'attivazione della procedura di mediazione.

Nessuna delle due parti provvedeva all'instaurazione della suddetta procedura. Pertanto il Tribunale, con sentenza, dichiarava improcedibile la spiegata opposizione, affermando che, pur gravando l'onere di iniziare la procedura di mediazione in capo agli ingiunti, costoro non lo avevano assolto.

Tizio e Caio ricorrevano così alla Corte d'Appello competente, lamentando di essere stati erroneamente gravati dell'onere di iniziare la procedura di mediazione, ma la Corte confermava la decisione del primo giudice, ribadendo che tale onere incombesse proprio in capo agli opponenti.

I due ingiunti ricorrono per Cassazione presentando due motivi di ricorso. Presenta controricorso Banca Alfa S.p.a.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione, richiamando Cass. Sez. Un. n. 19596/2020, conferma che, a seguito di opposizione a decreto ingiuntivo, l'onere di attivare la procedura di mediazione spetta all'opposto, non all'opponente. Nel caso di mancata instaurazione della procedura, segue l'improcedibilità della domanda e la revoca del decreto ingiuntivo opposto. Tuttavia, la Corte rigetta il ricorso, limitandosi a correggere la motivazione della sentenza impugnata.

QUESTIONI

Sia la Corte d'Appello che il Tribunale avevano fondato in capo agli opponenti l'onere di attivare la procedura di mediazione in base a una giurisprudenza di legittimità, segnatamente Cass. n. 24629/2015, richiamandosi integralmente alle motivazioni in essa contenute.

I ricorrenti contestano simili assunzioni con due motivi di ricorso.

Con il primo motivo denunciano violazione dell'art. 132 c.p.c., affermando che i giudici di merito avrebbero argomentato in modo apodittico e insufficiente, limitandosi a richiamare un unico precedente di legittimità il cui orientamento non risulta, a detta dei ricorrenti, seguito dalla maggior parte dei giudici di merito.

Con il secondo motivo si denuncia violazione dell'art. 5, d. lgs. 28 del 2010, che disciplina le condizioni di procedibilità e i rapporti con il processo della procedura di mediazione, ravvisando nel mancato esperimento della procedura di mediazione, per determinate materie, la parallela mancanza di una condizione di procedibilità della domanda. Più nello specifico, i ricorrenti contestano quanto statuito dai giudici di merito e affermano che l'onere di iniziare la procedura di mediazione deve considerarsi spettante non già all'opponente, ma all'opposto in quanto attore sostanziale nella disciplina del d. lgs. 28 del 2010, la quale prevede, per l'appunto, che l'onere di iniziare la procedura insorga solo dopo la pronuncia sulla provvisoria esecuzione, segno che è interesse di chi agisce in giudizio (attore sostanziale) quello di avviare la procedura.

La Corte di cassazione, nel trattare congiuntamente i motivi di ricorso, ritiene che il dispositivo sia conforme a diritto, in quanto nessuna delle parti ha provveduto a instaurare la procedura di mediazione nonostante i termini all'uopo concessi dal giudice di merito, che pertanto ha correttamente pronunciato l'improcedibilità. La Suprema Corte rileva inoltre come il dispositivo non possa in tale sede essere oggetto di annullamento, ma, ai sensi dell'art. 384 ult. co. c.p.c., al più possa correggersi la motivazione.

Il Supremo Collegio richiama la sopravvenuta pronuncia resa a Sezioni Unite, Cass. Sez. Un. n. 19596/2020, che, componendo il contrasto giurisprudenziale sulla questione che ci occupa, hanno stabilito molto chiaramente l'univocità delle disposizioni contenute nel d. lgs. 28/2020 nel senso che l'onere di attivarsi per promuovere la mediazione spetta all'opposto. Peraltro, occorre notare che le Sezioni Unite precisano che l'allocazione di tale onere in capo a

quest'ultimo non è irrilevante sul piano delle conseguenze, in quanto, pur determinandosi in ogni caso l'improcedibilità della domanda, se l'onere grava sull'opposto il decreto ingiuntivo è revocato, mentre se spetta all'opponente l'ingiunzione diviene irrevocabile.

Nel caso di specie, l'onere di intraprendere la procedura di mediazione sarebbe dunque spettato, secondo quanto avevano allegato i ricorrenti, alla Banca opposta. Tuttavia, non senza destare sconcerto, la Corte di cassazione rigetta il ricorso, in quanto la decisione del giudice di prime cure di dichiarare improcedibile l'opposizione, confermata in appello, sarebbe conforme a diritto, non potendosi decidere altrimenti in caso di inerzia di entrambe le parti nell'attivazione della procedura di mediazione, ma corregge la motivazione della decisione impugnata, proprio perché l'onere di attivare la mediazione compete all'opposto anziché, come ritenuto dai giudici di merito, all'opponente.

Nulla di più erroneo, posto che ambedue i giudici di merito, seguendo la pregressa giurisprudenza della Corte, avevano dichiarato improcedibile l'opposizione, non già la domanda del creditore monitoriamente azionata. Sicché la Corte avrebbe dovuto accogliere il ricorso, cassare la sentenza e, con pronuncia sostitutiva, revocare il decreto ingiuntivo opposto.

Quandoque bonus dormitat Homerus…

Obbligazioni e contratti

L'errore sulla situazione patrimoniale della società nella vendita di partecipazioni sociali

di **Paolo Cagliari, Avvocato**

Cass. civ., sez. VI, 16 giugno 2021, n. 17053 – Pres. Lombardo – Rel. Falaschi

Parole chiave: Partecipazione sociale – Trasferimento – Mancanza di qualità inerente al patrimonio sociale – Rilevanza ai fini dell'annullamento o della risoluzione del contratto – Garanzia contrattuale specifica – Necessità

[1] Massima: *Nella compravendita di partecipazioni sociali, in mancanza di specifiche garanzie assunte dal venditore in ordine alla consistenza patrimoniale della società, la determinazione del prezzo è rimessa alla libera volontà delle parti, senza che assuma rilevanza, ai fini dell'annullamento o della risoluzione del contratto, l'errore in ordine al valore reale della quota che sia determinato dall'omissione di informazioni sulla situazione patrimoniale dell'ente, salvo che la condotta del venditore sia accompagnata da malizie o astuzie volte a ingannare la controparte e idonee a sorprendere una persona di normale diligenza.*

Disposizioni applicate: cod. civ., artt. 1429, 1439, 1440, 1453, 1455, 1460, 1490, 1497

CASO

Il titolare di una partecipazione in una società in nome collettivo addiveniva alla sua cessione in favore di un terzo, il quale, tuttavia, non provvedeva al pagamento del prezzo, adducendo l'esistenza di debiti sociali non dichiarati, ovvero di ammontare notevolmente superiore rispetto a quanto dichiarato dal cedente, che avrebbero inciso in maniera determinante sul valore della quota.

La domanda di risoluzione del contratto per inadempimento del cessionario proposta dal cedente veniva accolta dal Tribunale di Bergamo.

La Corte d'appello di Brescia confermava la pronuncia di primo grado, pur escludendo l'effetto ripristinatorio delle posizioni delle parti, stante l'assenza di una esplicita ed espressa richiesta del cedente in tale senso.

Il cessionario proponeva, quindi, ricorso per cassazione, lamentando la mancata considerazione, da parte dei giudici di merito, della condotta reticente del venditore, che aveva dolosamente taciuto, in sede di trattative, l'esistenza di debiti sociali di entità tale da influire in misura rilevante sul valore della quota e sul corrispettivo conseguentemente pattuito e da escludere, così, che il rifiuto di pagarlo potesse reputarsi ingiustificato.

SOLUZIONE

[1] La Corte di cassazione ha respinto il ricorso, ritenendo che le circostanze addotte dal cessionario per giustificare il mancato adempimento dell'obbligo di pagamento del corrispettivo della cessione non fossero idonee a giustificare l'annullamento del contratto per dolo o la fondatezza dell'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c.

QUESTIONI

[1] L'ordinanza che si annota torna sul tema delle garanzie in ordine alle condizioni patrimoniali della società connesse alla compravendita di partecipazioni sociali, escludendo che, in loro assenza, il valore economico della quota rientri tra le qualità che l'art. 1429 c.c. considera essenziali affinché possa essere pronunciato l'annullamento del contratto per errore, quand'anche l'acquirente sostenga che il prezzo pattuito non corrisponda all'effettivo valore del bene e che ciò sia la conseguenza di false informazioni rese dal venditore in sede di trattative.

Accade spesso che, in sede di cessione di partecipazioni sociali, vengano previste clausole volte a garantire non già determinate caratteristiche delle quote (che costituiscono l'oggetto immediato del contratto), bensì una certa situazione patrimoniale e reddituale della società (che rappresenta, invece, solo l'oggetto mediato del negozio), ossia la consistenza e la capacità di generare utili dell'impresa (si parla, a tale riguardo, di *business warranties*). Tale garanzia, in linea di massima, può riguardare la composizione del patrimonio sociale, oppure elementi atti a incidere in via indiretta su di essa (quali l'ottemperanza di obblighi previsti dalla disciplina fiscale, valutaria o contributiva, la non insorgenza di sopravvenienze passive successive al trasferimento ma riconducibili a circostanze o comportamenti anteriori).

Infatti, dato che le quote sociali hanno natura di beni di secondo grado – essendo rappresentative di diritti relativi a beni economicamente riferibili, attraverso l'entità giuridica di cui è parte, al titolare delle quote stesse – e, come tali, non sono del tutto distinte e separate dal patrimonio sociale, le varie componenti di quest'ultimo non risultano completamente estranee al contratto di cessione, sicché deve reputarsi lecito e meritevole di tutela il patto con cui il venditore assicura al compratore una determinata consistenza quantitativa e qualitativa di detto patrimonio, incidente sulla solidità economica e produttiva della società e,

in definitiva, sul valore stesso delle quote.

Purtuttavia, nella cessione di azioni o di quote di società, oggetto della vendita rimangono sempre e soltanto le partecipazioni sociali (che conferiscono al loro titolare i diritti di partecipazione all'attività di gestione dell'impresa, con i connessi poteri e le relative facoltà) e non i beni costituenti il patrimonio sociale, che sono e restano di proprietà della società e non dei soci, i quali non sono titolari di un diritto reale su tali beni e subiscono, per effetto delle perdite del capitale sociale, un danno riflesso, consistente nella diminuzione del valore della loro partecipazione.

Le clausole di garanzia, dunque, non concernono l'adempimento dell'obbligazione di trasferimento delle quote, ma – di norma – attribuiscono all'acquirente il diritto a un indennizzo qualora la consistenza patrimoniale della società (che non integra una qualità promessa delle partecipazioni vendute, non attenendo alla loro struttura materiale, alla loro funzionalità o a un loro attributo giuridico) si riveli diversa da quella considerata dalle parti al momento della conclusione del contratto di cessione. In altri termini, gli eventi relativi alla consistenza e alla redditività della società, pur potendo influire sul valore delle quote cedute, non incidono comunque sulle qualità intrinseche di queste ultime e non legittimano, quindi, il compratore a invocare la garanzia legale prevista dagli artt. 1490 e 1497 c.c., venendo in gioco il diverso aspetto della convenienza economica dell'operazione di cessione.

Le clausole in questione, avendo lo scopo di assicurare l'esito economico dell'operazione, ossia che il prezzo pattuito corrisponda al valore della società di cui sono trasferite le quote, prevedono prestazioni accessorie alla cessione che non hanno per oggetto le qualità del bene oggetto della compravendita e non soggiacciono, così, alla disciplina legale dettata in materia di vizi.

In quest'ottica, anche la circostanza per cui il bilancio della società pubblicato prima della vendita sia falso e nasconda la ricorrenza di una situazione in forza della quale si deve applicare la disciplina in materia di riduzione e perdita del capitale sociale, non implica la possibilità di ravvisare una qualità della partecipazione sociale nel senso fatto proprio dall'art. 1429 c.c.

Tale norma, infatti, fa riferimento a due elementi, rappresentati dal comune apprezzamento delle parti (che attiene alla destinazione economica e oggettiva della cosa a realizzare il tipico scopo del contratto prescelto) e dalle circostanze ricorrenti nel caso concreto (che possono identificarsi in dati di fatto o in criteri di stima influenti sul valore della cosa venduta); deve trattarsi di caratteristiche inerenti al bene oggetto del contratto, che non consentono margini di opinabilità, non dipendendo da valutazioni estimative o soggettive del contraente e non riguardando la semplice convenienza dell'affare nella prospettiva di una delle parti, onde evitare che venga surrettiziamente fornita tutela ai meri motivi che inducono a contrattare e alle valutazioni personali che rientrano nell'ambito di rischio di ciascun contraente.

È il principio dell'autonomia delle parti, che informa e permea la disciplina del contratto, a

rendere irrilevanti i meri errori di valutazione, che influiscono soltanto sul prezzo, restando confinata nella sfera dei motivi individuali – come tali non rilevanti ai fini dell'annullamento della compravendita – l'apprezzamento in ordine all'utilità o alla convenienza dell'affare.

Le qualità che assumono rilevanza ai fini del consenso debbono, dunque, ritenersi soltanto quelle che attengono alla funzione tipica delle partecipazioni sociali, individuabile nell'attribuzione al loro titolare di una serie di diritti e di facoltà nell'ambito dell'organizzazione e della struttura societaria.

Al contrario, non può avere rilievo il valore di mercato delle quote o delle azioni, quale risultante dal bilancio, dallo stato patrimoniale della società e da tutti gli altri elementi, interni ed esterni (quali, per esempio, le possibilità di sviluppo dell'attività economica, la congiuntura di mercato, l'appartenenza della società a un gruppo piuttosto che a un altro), che influiscono, in via riflessa, sul corrispettivo della vendita, anche ai sensi e per gli effetti previsti dall'art. 1497 c.c.

Secondo i giudici di legittimità, il contraente che compra o vende le partecipazioni sociali non può essere esposto al rischio di vedere annullato il contratto che ha concluso a un prezzo concordato, mediante un'azione di annullamento o di risoluzione fondata su un preteso errore di valutazione ascrivibile a una situazione diversa da quella emergente dagli atti contabili, salvo che non abbia prestato apposita garanzia in merito alla consistenza patrimoniale della società che ricolleghi esplicitamente a essa il valore della partecipazione.

Al di fuori di questa ipotesi, non si possono nemmeno distinguere le oscillazioni di valore che rientrano nell'ambito degli elementi discrezionalmente valutabili e quelle che dipendono dall'esistenza di circostanze tali da portare a una modifica della funzionalità della società (quale può essere la perdita del capitale che impone la messa in liquidazione): si tratta, infatti, di una differenza di misura che non incide sul contenuto giuridico della quota o dell'azione, da intendersi quale titolo di partecipazione alla società (al contrario di quanto sarebbe a dirsi, per esempio, qualora si trattasse delle caratteristiche che identificano le diverse categorie di azioni, fornite di diritti diversi), dal momento che non assumono rilievo le utilità economiche – cioè le aspettative di profitto – che l'acquirente si prefigge allorché si determina a effettuare l'acquisto (rientrando anche questo aspetto nell'ambito della valutazione di convenienza dell'affare, ovvero nella sfera dei motivi).

Di conseguenza, nella compravendita di partecipazioni sociali e in mancanza di specifiche garanzie assunte dal venditore, l'errore in ordine al loro valore reale non esplica rilevanza quand'anche abbia influito sulla determinazione del prezzo, che rimane riservata all'autonomia delle parti. Da questo punto di vista, pur non negando che possa ricorrere il dolo, i giudici di legittimità hanno precisato che il semplice mendacio o l'omissione di informazioni sulla situazione patrimoniale della società non sono da sole sufficienti per provocare l'annullamento del contratto, dovendo tali condotte essere accompagnate da malizie o astuzie volte a indurre in inganno la controparte in buona fede e normalmente avveduta, cui non sia imputabile un difetto di diligenza o un'ignoranza colpevole.

Nel caso di specie, dunque, la mera consapevolezza, da parte del venditore, di ulteriori posizioni debitorie della società sottaciute, non accompagnata da artifici volti a provocare l'errore di percezione e di valutazione da parte dell'acquirente, non costituiva elemento sufficiente per accogliere le doglianze di quest'ultimo, a fronte dell'insussistenza, nel regolamento negoziale, di alcuna garanzia attinente alla consistenza patrimoniale della società delle cui partecipazioni si trattava.

Comunione – Condominio - Locazione

La natura e i limiti del diritto di antenna: il diritto di proprietà soccombe difronte a quello d'informazione

di **Saverio Luppino, Avvocato**

[Tribunale di Castrovillari, Civile, Sentenza 7 agosto 2020 n. 694.]

Diritto di antenna – Natura – Possibilità di installare le antenne anche nelle proprietà altrui – limiti

*"Il cd. "**diritto di antenna**" consiste nella possibilità di installare la propria antenna per la ricezione del segnale radiotelevisivo e tutti gli accessori connessi al suo funzionamento, su proprietà altrui o condominiale**. Rappresenta un diritto soggettivo perfetto di natura personale in quanto conseguente al diritto di informazione del singolo.** Siffatto diritto comprende anche la possibilità di accedere alla proprietà altrui per compiere i necessari interventi di manutenzione e riparazione degli impianti di ricezione senza che ciò arrechi danno alla proprietà altrui. In nessun caso, comunque, può essere impedito al singolo condomino di installare o mantenere un'antenna individuale, anche nel caso in cui sia presente un'antenna centralizzata. **Le antenne,** dunque, **possono essere installate in qualunque parte dell'edificio, anche di proprietà altrui o comune,** purché non rechino pregiudizio all'uso della proprietà altrui; non alterino la destinazione originaria del bene; preservino il decoro architettonico, la stabilità e la sicurezza dell'edificio. Nei limiti del rispetto di tali requisiti, i proprietari degli immobili le cui parti sono utilizzate per l'installazione delle antenne devono consentire l'accesso per la loro progettazione ed installazione e non possono opporsi al passaggio di condutture, fili o qualsiasi altro impianto sia necessario."*

CASO

La vertenza in rassegna prende avvio mediante giudizio radicato dai proprietari di un immobile nei confronti dei vicini abitanti in altro fabbricato limitrofo, allo scopo di ordinare la rimozione di un'antenna televisiva ivi installata, asserendone la pericolosità e l'insorgere di una conseguente servitù per il passaggio e manutenzione.

I convenuti, regolarmente costituiti, si difendevano deducendo, invece, che l'antenna era correttamente ancorata al muro del proprio fabbricato e che, ad ogni modo, il "fastidio" subìto dagli attori fosse da ritenere "soccombente" rispetto alle loro esigenze di "informazione" legate alla installazione dell'antenna.

SOLUZIONE

Il Tribunale di Castrovillari, definitivamente pronunciandosi rigettava la domanda degli attori e parimenti li condannava alla refusione delle spese di lite in favore delle parti convenute.

QUESTIONI

Il Tribunale adito rigettava la tesi degli attori, ritenendo che non sussistesse alcun pregiudizio per la di loro proprietà posto che l'antenna in contestazione era fissata sul muro di proprietà dei convenuti e che anche per la manutenzione non si rendeva necessario il passaggio nell'immobile degli attori stessi. Ad ogni modo, alcun pregiudizio vi poteva essere anche se l'antenna fosse stata installata nella loro proprietà e, parimenti, anche qualora per la manutenzione fosse stato davvero necessario transitare sul tetto altrui.

Difatti, spiegava il Giudice, veniva in rilievo il cosiddetto **diritto di antenna**, (legge n. 554/1940, articoli 1 e 3; Dpr n. 156/1973, articolo 231; D.lgs. n. 259/2003, articoli 91 e 209), esplicitamente riconosciuto dalla Riforma del condominio del 2012 attraverso l'introduzione dell'art. 1122 bis nel codice civile. Detto diritto «*consiste nella possibilità riconosciuta a un soggetto di installare la propria antenna per la ricezione del segnale radiotelevisivo e tutti gli accessori connessi al suo funzionamento, su proprietà altrui o condominiale*»; ovvero una prerogativa riconosciuta dalla giurisprudenza quale **diritto soggettivo perfetto di natura personale** in quanto conseguente al diritto di informazione del singolo, così come riconosciuto dalla Costituzione. Tale diritto può dirsi comprende altresì "*la possibilità di accedere alla proprietà altrui per compiere i necessari interventi di manutenzione e riparazione degli impianti di ricezione senza che ciò arrechi danno alla proprietà altrui*". Di conseguenza, non può essere impedita al singolo condomino di installare e mantenere un'antenna individuale, anche qualora sia presente una centralizzata[1].

Secondo consolidato orientamento di legittimità, infatti, **le antenne televisive possono essere installate in qualunque parte dell'edificio, anche di proprietà altrui, purché risultino rispettate talune condizioni: non rechino pregiudizio all'uso della proprietà altrui o comune, non alterino la destinazione originaria del bene; preservino il decoro architettonico, la stabilità e la sicurezza dell'edificio.**

Nei limiti del rispetto di tali requisiti, dunque, i proprietari degli immobili le cui parti sono utilizzate per l'installazione delle antenne devono sempre consentire l'accesso per l'installazione e non possono opporsi al passaggio in caso di manutenzione. Parimenti, questi non possono altresì negare il passaggio di condutture, fili o qualsiasi altro impianto sia necessario. Mentre, qualora il proprietario dell'immobile le cui parti sono utilizzate per

ancorare l'antenna, debba effettuare qualche intervento sul suo bene, deve esclusivamente avvertire l'utente, il quale dovrà provvedere, a proprie cura e spese, a rimuovere o collocare diversamente l'antenna.

Detto ciò, però, occorre rimarcare che il diritto di collocare antenne televisive nell'altrui proprietà è naturalmente subordinata all'impossibilità per l'utente di servizi radiotelevisivi di utilizzare spazi propri, giacché altrimenti sarebbe ingiustificato il sacrificio imposto ai proprietari, considerato che il diritto alla installazione non comporta anche quello di scegliere a piacimento il sito preferito per l'antenna[2].

Si tratta di un principio costante enunciato dalla giurisprudenza in molteplici occasioni[3].

Infatti è stato affermato che il diritto all'installazione di antenne ed accessori, sia esso configurabile come diritto soggettivo autonomo che come facoltà compresa nel diritto primario all'informazione e diretta alla attuazione di quest'ultimo (ex art. 21 Cost.), è limitato soltanto dal pari diritto di altro condomino o di altro coabitante nello stabile e dal divieto di menomare in misura apprezzabile il diritto di proprietà di colui che deve consentire l'installazione su parte del proprio immobile

Concludendo, sulla scorta di detti motivi il Giudicante adito – tenuto conto delle circostanze di fatto esistenti, dell'impossibilità di negare ai convenuti l'accesso per la manutenzione dell'antenna televisiva e che la stessa, all'esito dell'istruttoria e della documentazione prodotta non risultava recare alcun pregiudizio al diritto di proprietà degli odierni attori – rigettava la domanda degli attori e, secondo il principio della soccombenza, li condannava alla refusione delle spese di lite in favore dei convenuti.

[1] Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza 6 maggio 2005 n. 9393.

[2] Corte di Cassazione, Sezione 1, Civile, Sentenza 7 luglio 2017 n. 16865.

[3] Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza 21 aprile 2009 n. 9427.

Diritto e procedimento di famiglia

Trasferimenti immobiliari pattuiti negli accordi di separazione e divorzio: le Sezioni Unite della Cassazione ne dichiarano l'ammissibilità e la diretta validità ai fini della trascrizione

di **Giuseppina Vassallo, Avvocato**

[Cassazione civile S.U. 29/07/2021, n. 21761]

Trasferimenti immobiliari nei procedimenti separativi consensuali – adempimenti – validità ai fini della trascrizione

(art. 19 D.L. n. 78/2010 – art. 2657 c.c. – art. 1322 c.c.)

Sono valide le clausole dell'accordo di divorzio congiunto, o di separazione consensuale, che trasferiscono a uno o a entrambi i coniugi o ai figli, la proprietà di beni mobili o immobili, o di altri diritti reali, al fine di assicurarne il mantenimento.

L'accordo, in quanto inserito nel verbale d'udienza redatto da un ausiliario del giudice, assume forma di atto pubblico ai sensi e per gli effetti dell'art. 2699 c.c. e, se contiene il trasferimento di diritti reali immobiliari – dopo la sentenza di divorzio ovvero dopo l'omologazione che lo rendono efficace – costituisce titolo per la trascrizione a norma dell'art. 2657 c.c..

La validità dei trasferimenti immobiliari presuppone l'attestazione, da parte del cancelliere, che le parti abbiano prodotto gli atti e rese le dichiarazioni di cui alla L. n. 52 del 1985, art. 29, comma 1-bis; non produce nullità del trasferimento, il mancato compimento, da parte dell'ausiliario, dell'ulteriore verifica circa l'intestatario catastale dei beni trasferiti e la sua conformità con le risultanze dei registri immobiliari".

CASO

Nel giudizio di divorzio Innanzi al tribunale di Pesaro, i coniugi si accordavano sulle condizioni di mantenimento di moglie e figli e in particolare l'uomo dichiarava di trasferire la sua quota

del 50% dell'immobile adibito a casa familiare in comproprietà con la moglie,

ai figli, e l'usufrutto alla stessa.

Nel procedimento intervenivano anche i figli dei ricorrenti entrambi maggiorenni, esprimendo il loro pieno consenso agli accordi.

Successivamente al deposito del ricorso, la cancelleria comunicava una richiesta di chiarimenti del Presidente del Tribunale, in relazione ai trasferimenti immobiliari contenuti nelle condizioni di divorzio congiunto.

In base alla prassi del Tribunale di Pesaro si escludeva la possibilità di inserire nelle domande congiunte di divorzio, disposizioni accessorie aventi ad oggetto trasferimenti immobiliari a qualsiasi titolo, "a causa di problematiche organizzative".

Le parti evidenziavano, tuttavia, che la diversa possibilità – consentita dalla prassi del Tribunale di Pesaro – di inserire negli accordi di divorzio un mero accordo preliminare di vendita, oltre a comportare una spesa per l'atto notarile definitivo, implicava il rischio che se una delle parti si fosse resa inadempiente, si sarebbe dovuto instaurare un ulteriore procedimento dalla durata e dagli esiti incerti, con grave pregiudizio per i ricorrenti e per i loro figli.

Il Tribunale di Pesaro, tuttavia, pronunciava la cessazione degli effetti civili del matrimonio, contratto dai ricorrenti, stabilendo che i trasferimenti previsti nelle condizioni fossero da qualificare come preliminari di vendita e acquisto.

La Corte d'appello di Ancona confermava la decisione del Tribunale.

I coniugi ricorrono in Cassazione e la prima sezione civile, ritenendo la questione di particolare importanza a causa delle decisioni contrastanti della giurisprudenza nazionale, ha rimesso gli atti per la trattazione alle sezioni unite.

Soluzione e percorso argomentativo seguito dalla Cassazione

La Corte ha dichiarato fondato il ricorso ritenendo opportuno fare chiarezza sulla questione.

Richiamando il tradizionale orientamento risalente a una pronuncia del 1997, i giudici hanno evidenziato come la giurisprudenza maggioritaria abbia riconosciuto al verbale in cui le parti abbiano espresso le condizioni di separazione personale, a seguito dell'omologa, l'efficacia di atto pubblico e di titolo per la trascrizione a norma dell'art. 2657 c.c. (Cass. Civ. 25/10/2019, n. 27409 e Cass. Civ. 15/04/2019, n. 10443).

In senso contrario rispetto alla suddetta interpretazione proveniente dalla giurisprudenza di legittimità, si è espressa la maggior parte delle pronunce rese dai giudici di merito,

prevalentemente orientate a negare le possibilità di intese immediatamente traslative all'interno del verbale di separazione consensuale o di divorzio congiunto.

In sostanza, le parti possono integrare le clausole costituenti il contenuto necessario delle pattuizioni di separazione e di divorzio, ma dovrebbero ricorrere "alla tecnica obbligatoria", e non a quella reale.

Secondo questa impostazione adottata dai tribunali di merito, il verbale contenente tali accordi non costituirebbe né atto pubblico, né scrittura privata autenticata, bensì una semplice scrittura privata, la cui efficacia nei confronti dei terzi è sottoposta alla necessaria ripetizione del contratto nella forma dell'atto pubblico notarile, ai fini della trascrizione ai sensi dell'art. 2657 c.c.

Nella pronuncia in esame i giudici della Cassazione prendono una precisa posizione, dichiarando che la Corte territoriale ha errato nel porre un limite ingiustificato all'esercizio dell'autonomia privata ex art. 1322 c.c. comma 2, per di più in presenza di situazioni di crisi coniugale che impongono una soluzione rapida, almeno delle questioni economiche che possono tradursi in ulteriori motivi di contrasto tra i coniugi.

Infine, quanto alla questione degli adempimenti previsti a pena di nullità, i ricorrenti avevano dichiarato la conformità dello stato di fatto dell'immobile ai dati catastali e alle planimetrie allegate, e che l'intestazione catastale era conforme alle risultanze dei registri immobiliari.

Alla dichiarazione era inoltre allegata una perizia giurata, oltre a tutta la documentazione necessaria per il trasferimento immobiliare, come le dichiarazioni di conformità alla legge degli impianti elettrico e termico.

In conclusione, tutti gli adempimenti che la norma del D.L. n. 78/2010, art. 19, pone a carico del notaio, possono essere eseguiti dalle stesse parti con l'attestazione dell'ausiliario del giudice che le parti hanno gli atti e rese le dichiarazioni di legge per la validità del trasferimento.

Questioni: il problema della nullità dei trasferimenti.

Emanando il principio di diritto secondo cui è consentito alle parti inserire nell'accordo di separazione o divorzio clausole di trasferimento di beni immobiliari tra coniugi e figli, la Cassazione risolve il nodo spinoso dell'attività di verifica dei requisiti richiesti, che, in questo caso è demandata al Tribunale.

Pertanto, il verbale contenente le pattuizioni delle parti, dopo la sentenza o l'omologazione che lo rende efficace, è titolo per la trascrizione a norma dell'art. 2657 c.c..

"La validità dei trasferimenti immobiliari presuppone l'attestazione, da parte del cancelliere, che le parti abbiano prodotto gli atti e rese le dichiarazioni di legge e non produce nullità del

trasferimento il mancato compimento, da parte dell'ausiliario, dell'ulteriore verifica circa l'intestatario catastale dei beni trasferiti e la sua conformità con le risultanze dei registri immobiliari".

Diritto e reati societari

Cambio di rotta delle Sezioni Unite: la fusione per incorporazione comporta l'estinzione della società incorporata

di **Virginie Lopes, Avvocato**

Cassazione Civile, Sez. Unite, 30 luglio 2021, n. 21970

Parole chiave: Estinzione – Legittimazione attiva e passiva in sede processuale – Intervento della società incorporante – Effetti

Massima: "*La fusione per incorporazione estingue la società incorporata, la quale non può dunque iniziare un giudizio in persona del suo ex amministratore, avendo facoltà della società incorporante di spiegare intervento in corso di causa, ai sensi dell'art. 105 c.p.c., nel rispetto delle regole che lo disciplinano.*"

Disposizioni applicate: art. 105 c.p.c., art. 2504 *bis* c.c.

Nell'ambito di una causa promossa da una società a responsabilità limitata avente ad oggetto l'accertamento della simulazione di due contratti di compravendita, il Tribunale di prime cure e successivamente la Corte d'Appello avevano accolto la domanda della società, la Corte d'Appello ritenendo inoltre insussistenti l'inesistenza o la nullità dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado proposto da tale società, seppure la stessa fosse stata fusa per incorporazione in altra società e cancellata dal registro delle imprese, ciò anche alla luce dell'avvenuta costituzione in giudizio della società incorporante.

Nell'ambito del procedimento in Cassazione, la causa è stata assegnata alle Sezioni Unite al fine di dirimere il contrasto giurisprudenziale sussistente in relazione al tema della legittimazione processuale della società incorporata e cancellata dal registro delle imprese.

Le Sezioni Unite hanno enunciato il seguente principio di diritto: "***la fusione per incorporazione estingue la società incorporata, la quale non può dunque iniziare un giudizio in persona del suo ex amministratore, avendo facoltà la società incorporante di spiegare intervento in corso di causa, ai***

sensi dell'art. 105 c.p.c., nel rispetto delle regole che lo disciplinano".

Per giungere a tale conclusione, le Sezioni Unite si sono soffermate ad analizzare gli aspetti "sostanziali" della vicenda della fusione societaria, ovvero ***(i)*** la concentrazione, ***(ii)*** l'estinzione e ***(iii)*** la successione, indicando che tali aspetti "sostanziali" non possono essere disgiunti da quelli "processuali". Ciò premesso, ripercorriamo il ragionamento delle Sezioni Unite.

Per quanto riguarda in primo luogo la concentrazione conseguente alla fusione, le Sezioni Unite hanno indicato che la fusione, generando una vicenda modificativa dell'atto costitutivo per tutte le società che vi partecipano, determina un fenomeno di concentrazione giuridica ed economica, con la conseguenza che tutti i rapporti giuridici, attivi e passivi, di cui era titolare la società incorporata o fusa vengono ormai imputati ad un diverso soggetto giuridico, la società incorporante o la società risultante dalla fusione, e la società incorporata viene cancellata dal registro delle imprese.

Per quanto riguarda in secondo luogo l'estinzione, le Sezioni Unite hanno dedotto dal fatto che, con la fusione per incorporazione, tutti i rapporti passano ad altro soggetto, con cancellazione dal registro delle imprese, che la società incorporata non li conserva, bensì si estingue.

Le Sezioni Unite hanno infatti evidenziato come, se nessuna posizione giuridica soggettiva residua in capo alla società incorporata, non ha alcun senso affermare la permanenza di un soggetto, privo di rapporti o situazioni soggettive di sorta nella propria sfera giuridica.

L'estinzione colpisce quindi unicamente la società incorporata, mentre l'incorporante (o la società risultante dalla fusione) permane come soggetto giuridico in capo al quale proseguono, a norma dell'art. 2504 *bis* c.c., tutti i rapporti giuridici anteriori alla fusione.

Infine, le Sezioni Unite hanno evidenziato che la fusione opera una successione a titolo universale, paragonandola alla successione *mortis causa*, successione che, come detto, da un lato, produce l'estinzione della società incorporata e, dall'altro, la contestuale sostituzione a questa, nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, della società incorporante, che rappresenta il nuovo (ed unico) centro di imputazione e di legittimazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti incorporati.

Sulla scia di queste deduzioni, le Sezioni Unite hanno chiarito che la successione dell'incorporante nei rapporti giuridici dell'incorporata fonda la legittimazione attiva dell'incorporante ad agire e proseguire nella tutela dei diritti e la sua legittimazione passiva a subire e difendersi avverso le pretese altrui, con riguardo ai rapporti originariamente facenti capo alla società incorporata, la quale è priva di una propria autonoma legittimazione processuale attiva o passiva dell'incorporata, avendo la stessa, dopo la fusione e la cancellazione dal registro delle imprese, perso la propria soggettività, nonché una propria autonoma legittimazione processuale attiva o passiva.

Alla luce di quanto precede, **le Sezioni Unite hanno ritenuto, ponendo fine ad un contrasto giurisprudenziale[1], che non sussiste in capo alla società estinta per fusione la facoltà di intraprendere un giudizio**.

[1] Fra le varie, vedasi Cass. civ., Sez. II, Sent., 13/08/2004, n. 15737; Cass. civ., Sez. I, Sent., 29/12/2004, n. 24089; Cass. civ., Sez. Unite, Ord., 08/02/2006, n. 2637; Cass. civ., Sez. III, Sent., 23/06/2006, n. 14526; Cass. civ., Sez. Unite, Sent., 17/09/2010, n. 19698; Cass. civ., Sez. lavoro, Sent., 15/02/2013, n. 3820; Cass. civ., Sez. lavoro, Sent., 16/09/2016, n. 18188; Cass. civ., Sez. VI – 5, Ord., 16/05/2017, n. 12119; Cass. civ., Sez. V, Sent., 10/12/2019, n. 32208; Cass. civ., Sez. III, Sent., 10/12/2019, n. 32142; Cass. civ., Sez. I, Sent., 19/05/2020, n. 9137.

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Il bonifico bancario effettuato per errore ad una società poi fallita non può essere oggetto di rivendicazione

di **Andrea Cassini, Avvocato**

Corte di Cassazione Civile, Sez. I, Ordinanza n. 13511/2021 del 18/05/2021 (Ud. 10/10/2021), Pr. A. Scaldaferri – Rel. L. Caradonna.

Parole chiave: Fallimento – beni mobili – denaro – accredito su conto corrente – rivendicazione – restituzione – esclusione – amissione al passivo – chirografo – configurabilità.

Massima: "*In sede fallimentare le cose mobili fungibili, compreso il denaro, sono rivendicabili solo se sia intervenuto un fatto che abbia determinato la loro individuazione ed evitato la confusione con il patrimonio del fallito, essendo ammissibile, nel caso di avvenuta confusione, soltanto una domanda di insinuazione allo stato passivo per un credito pari al valore dei beni appresi al fallimento. (La S.C. ha espresso il principio in giudizio in cui il creditore affermava di avere effettuato un bonifico, in favore della società poi fallita, per mero errore)*" (massima ufficiale).

Disposizioni applicate: Artt. 93 e 103 l. fall.; artt. 812 e 2033 c.c..

CASO

La società Alfa ha presentato opposizione allo stato passivo in ragione del rigetto da parte del Giudice delegato della domanda di **restituzione** della somma di USD 510.000,00 disposta con bonifico bancario, per mero errore, qualche giorno prima della sentenza dichiarativa di fallimento di Beta. Tuttavia, il Giudice ha accolto la domanda subordinata di **ammissione al passivo** in chirografo, ritenendo provato il carattere di indebito del pagamento, non riconoscendo, però, né la prededuzione, atteso che il bonifico era stato eseguito prima del fallimento, né il privilegio, per mancata allegazione.

Il Tribunale di Udine ha confermato lo stato passivo, respingendo così l'opposizione proposta da Alfa per un molteplice ordine di ragioni. In linea di principio si è affermato che la domanda

di **restituzione** *ex* art. 103 l. fall. non può avere ad oggetto una mera somma di **denaro**, anche se disposta con bonifico con valuta estera, ad eccezione dei casi in cui vi sia un fatto distinto che ne consenta l'individuazione e ne impedisca la confusione con il patrimonio del fallito.

Non condividendo le ragioni del rigetto, Alfa ha presentato ricorso per cassazione, lamentando in primo luogo che il **denaro** non poteva essere della fallita perché la disposizione di pagamento era stata fatta per errore, di talché senza causa. Di poi, la ricorrente ha rilevato come nella fattispecie in esame non fosse configurabile la confusione del **denaro** con il patrimonio di Beta, stante la possibilità di individuare i riferimenti del bonifico e in considerazione del fatto che l'accredito era avvenuto in dollari americani e, quindi, non poteva confondersi con quanto presente sul conto corrente.

SOLUZIONE

Dopo un esame congiunto dei motivi, la Corte ha rigettato il ricorso di Alfa, confermando, in sostanza, i principi richiamati nel provvedimento del Tribunale di Udine e già espressi in altre precedenti pronunce della Cassazione. In particolare, per le fattispecie riguardanti le **cose fungibili**, in assenza di un titolo comprovante il trasferimento della proprietà, è ammessa l'azione di cui trattasi solo e soltanto quando vi sia un fatto idoneo a determinare l'individuazione dei **beni rivendicabili** e ad impedirne la confusione con il patrimonio del fallito.

QUESTIONI

La decisione sopra richiamata tratta alcuni aspetti rilevanti in merito all'azione di **rivendicazione** di cui all'art. 103 l. fall.. La pronuncia non fornisce però elementi positivi per comprendere in quali casi poter esperire la **rivendica**, ma, a contrario, elenca le circostanze di fatto che ne escludono l'esperibilità.

Preliminarmente, si deve ricordare che la giurisprudenza ritiene ammissibile tale azione con riferimento ai **beni fungibili**, e dunque anche al **denaro**, purché siano determinati nella loro "*specifica e precisa individualità*" e tenuti distinti dalle altre cose dello stesso genere. Tale principio vale non solo per le ipotesi di apposita previsione legislativa (come, ad esempio, l'art. 22 TUF, rubricato, per l'appunto, "*separazione patrimoniale*"), ma anche in relazione a casi "*che abbiano origine e impronta di segno convenzionale*". Ciò che determina, dunque, il passaggio di proprietà a favore dell'*accipiens* è la conformazione concreta del titolo che ne disciplina la consegna e non la natura **fungibile** del bene.

Visti i presupposti in astratto, occorre allora verificare quali siano in concreto i fatti che ostacolano l'esperibilità dell'**azione di rivendicazione** di **somme** di **denaro**.

Nella fattispecie in esame, per la Corte, la circostanza che il bonifico sia stato disposto in valuta estera, e poi accreditato in euro, non ne impedisce la confusione con il patrimonio della società fallita, con l'evidenza che tale condizione non è idonea per l'accoglimento della

richiesta di restituzione.

Allo stesso modo, è stata respinta la tesi secondo cui si sarebbe potuto individuare il pagamento tramite gli estremi del bonifico. Infatti, con l'accredito la **somma** è entrata nella disponibilità effettiva del correntista, risultando così avvenuta la *traditio*, che non deve essere necessariamente materiale.

Di poi, non è stata approvata neppure l'argomentazione per cui l'accreditamento sul conto corrente sia una mera operazione contabile e quindi invocabile per giustificare una domanda *ex* art. 103 l. fall., dal momento che l'acquisizione sul conto della società determina un vero e proprio trasferimento del possesso a favore del ricevente, con conseguente disponibilità di quanto accreditato già a partire dall'esecuzione del bonifico.

Ulteriore aspetto oggetto di trattazione concerne l'assenza di giustificazione *ab origine* del pagamento, che, secondo la ricorrente, dovrebbe comportare per il correntista solo la disponibilità materiale delle **somme** e non la **titolarità giuridica**, essendo tale ipotesi diversa rispetto a quella in cui la causa verrebbe meno in un momento successivo. Per la Corte siffatto ragionamento non merita di essere condiviso perché la nozione di difetto dell'obbligo concerne sia l'inesistenza originaria sia quella successiva. Sicché, si deve ritenere che il **denaro** fosse entrato nella titolarità giuridica della società poi fallita a far data dall'accredito.

In conclusione, in assenza di specifici fatti idonei a determinare l'individuazione della *res* intesa come **denaro**, si verifica la confusione della stessa con il patrimonio del fallito, con la conseguenza che per ottenerne la **restituzione** il creditore dovrà presentare domanda di **ammissione al passivo** secondo le regole concorsuali e **non** quella di **rivendicazione** ai sensi dell'art. 103 l. fall..

Diritto Bancario

Mutui: alcune questioni operative

di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

Nei mutui, il problema dell'anatocismo riguarda soprattutto gli interessi moratori, cioè gli interessi previsti in caso di ritardo nel pagamento di ciascuna rata (composta da una quota capitale e da una quota interessi). La banca non può esigere – al di fuori della regola generale imposta dall'art. 1283 c.c. e in assenza di espresse previsioni normative – il pagamento automatico e immediato degli interessi moratori anche sulla quota degli interessi corrispettivi che compongono le rate scadute di un mutuo bancario; gli interessi di mora devono dunque essere calcolati esclusivamente sulla quota capitale anziché sull'intero importo della rata ovvero, citando la Cassazione, « la banca mutuante non può pretendere il pagamento degli interessi moratori sul credito scaduto per interessi corrispettivi » (Cass. n. 11400/2014; Cass. n. 18275/2021).

Le somme anatocistiche illegittimamente addebitate dalla banca potranno essere recuperate attraverso la tradizionale azione di ripetizione di indebito *ex* art. 2033 c.c.

Secondo un isolato orientamento giurisprudenziale di merito (Trib. Lecce 18.8.2014), che intende valorizzare quanto affermato da Cass., Sez. Un., n. 24418/2010 (versamenti solutori e ripristinatori), essendo nei contratti di mutuo il pagamento sempre di natura solutoria – in quanto destinato ad estinguere un debito e non a ripristinare una linea di credito utilizzata dal cliente – l'azione di ripetizione degli eventuali interessi anatocistici si prescrive in dieci anni decorrenti dal pagamento di ogni singola rata prevista dal piano di ammortamento finanziario.

Sul punto, è preferibile confermare l'orientamento tradizionale, secondo cui il pagamento di ratei del mutuo configura un'obbligazione unica ed il relativo debito non può considerarsi scaduto prima della scadenza dell'ultima rata (Cass. n. 17798/2011; Cass. n. 19291/2010; Cass. n. 2301/2004; Trib. Salerno 1.7.2020 (inedita); Trib. Rimini 21.7.2020; Trib. Padova 28.6.2016; Trib. Varese 29.11.2016). È infatti diffuso il convincimento giurisprudenziale secondo cui il pagamento delle singole rate costituisce l'adempimento parziale dell'unica obbligazione restitutoria derivante dal mutuo e conseguentemente per i ratei già scaduti non opera il termine prescrizionale di cui all'art. 2948 c.c. relativo alla prescrizione delle prestazioni

periodiche. La data di decorrenza dalla prescrizione deve quindi essere individuata con riferimento alla scadenza dell'ultima rata del mutuo e non prendendo in considerazione la data di stipula dello stesso.

L'unicità del debito, seppur ratealmente frazionato, impone la decorrenza di un unitario termine di prescrizione che, trattandosi di debito rateizzato, decorre dal termine contrattualmente statuito per il pagamento dell'ultima rata dato che prima di detta scadenza il mutuante non può legittimamente pretendere il pagamento e quindi non ha azione per costringere il debitore all'adempimento. L'unitarietà della prestazione e l'unicità della *causa debendi* determinano l'inapplicabilità anche per gli interessi dell'art. 2948 c.c. (Cass. n. 1110/1994).

Il criterio informatore dell'art. 2948 c.c., nn. 1-4, è quello di liberare il debitore dalle prestazioni scadute, non richieste tempestivamente dal creditore, quando le prestazioni siano periodiche, in relazione ad una *causa debendi* continuativa; perciò, dalla previsione della citata norma resta esclusa l'ipotesi di debito unico, rateizzato in più versamenti periodici: e quando nei versamenti rateizzati siano inclusi gli interessi sulla somma dovuta, anche il debito di interessi si sottrae all'applicazione della prescrizione quinquennale, giacché identica è la *causa debendi* sia della prestazione principale che di quella degli interessi (Cass. n. 1546/1965; Cass. n. 17798/2011).

Nuove tecnologie e Studio digitale

L'intelligenza artificiale e la robotizzazione fanno ingresso negli studi professionali

di **Alessandro Siess – MpO & Partners**

Studi legali e l'ingresso dell'intelligenza artificiale: nuove opportunità per i professionisti

Il costante aumento nell'utilizzo dell'Intelligenza Artificiale negli studi professionali (ma anche in altri settori) sta creando grande preoccupazione soprattutto sul futuro del ruolo umano sui posti di lavoro.

Tale processo costituisce un'ipotesi fantascientifica per il professionista di oggi?

Per rispondere a tale domanda occorre partire da una singolare sfida organizzata nel 2018 dalla società americana LawGeex la quale ha contrapposto da una parte 20 avvocati specializzati in diritto societario, appartenenti ai più prestigiosi studi legale statunitensi, dall'altra un algoritmo basato sull'intelligenza artificiale. La gara consisteva nell'individuare, nel minor tempo possibile, gli errori inseriti in cinque contratti, aventi ad oggetto accordi di riservatezza (NDA) generalmente utilizzati nell'ambito degli accordi commerciali tra le aziende. Qual è stato l'esito della gara? Mentre l'intelligenza artificiale dell'algoritmo ha raggiunto un tasso di accuratezza del 94% gli avvocati hanno raggiunto un valore dell'85%. Fin qui sembra quasi un pareggio! E invece no! Il dato clamoroso è costituito dal raffronto fra il tempo medio impiegato dagli avvocati ed il tempo occorso al robot per concludere il lavoro. Questi i risultati:

1. Avvocati: media di 92 minuti per individuare le falle nei contratti (tempo più rapido 51 minuti)
2. Algoritmo: 26 secondi.

A ben riflettere l'intelligenza artificiale ha già fatto ingresso negli studi legali e dei commercialisti, sostituendo il professionista nello svolgimento di alcune attività meccaniche e ripetitive, tramite programmi in grado di leggere, catalogare ed archiviare documenti, condurre

ricerche e fornire pareri in risposta a specifici quesiti. Tali soluzioni permettono di ridurre i costi e limitare gli errori, consentendo al professionista di avere più tempo da investire nelle attività intellettuali a più alto valore aggiunto. Dana Remus e Frank S. Levy nella loro pubblicazione intitolata "Can robots be lawyers?" individuano un vantaggio, ottenibile dalle varie soluzioni già presenti sul mercato, quantificabile in una riduzione del 13% dell'orario lavorativo di un avvocato.

Dando uno sguardo oltre i confini italiani già gli studi legali americani e anglosassoni impiegano software di analisi della giurisprudenza esistente in relazione ad un caso concreto. Infatti, già nel 2017 JP Morgan ha adottato un software denominato Contract Intelligence (COIN) il quale, in pochi secondi, è in grado di svolgere un'attività di analisi di documenti che altrimenti impiegherebbe circa 360.000 ore di lavoro per collaboratori e assistenti. Esistono sul mercato anche degli strumenti in grado di fornire una risposta ad uno specifico quesito legale (un esempio fra tanti è il ROSS).

Sicuramente uno dei settori maggiormente interessato all'ingresso dell'intelligenza artificiale è quello contabile tanto è vero che l'Università di Oxford classifica l'attività della tenuta della contabilità tra le occupazioni più facilmente automatizzabili (in quanto attività ripetitive e con una probabilità di computerizzazione del 96%) e McKinsey prevede che l'86% delle attività legate alla contabilità sarà automatizzato (basti pensare ad esempio all'attività di data entry e/o l'elaborazione dei cedolini paga).

Recentemente H&R Block, società americana specializzata in dichiarativi, ha stretto una partnership con il colosso informatico IBM, avente ad oggetto l'utilizzo dell'Intelligenza Artificiale denominata 'Watson', al fine di automatizzare l'attività della dichiarazione dei redditi e supportare la medesima con l'analisi in tempi rapidissimi della normativa di riferimento, nonché con l'individuazione delle agevolazioni applicabili al caso di specie. Anche Deloitte sta sviluppando un progetto simile ed in generale tutte le principali società di consulenza hanno già adottato diverse soluzioni di Intelligenza Artificiale e di automatizzazione, principalmente con riferimento ad analisi dei contratti, M&A, individuazione frodi e risk assessment.

Con il consueto ritardo rispetto al mondo anglosassone anche nei principali studi legali italiano si stanno introducendo prodotti tecnologici sopra descritti e in considerazione della velocità con la quale l'innovazione tecnologica sta trasformando il mondo, nel prossimo futuro molte attività svolte saranno quasi totalmente automatizzabili grazie a strumenti basati sull'intelligenza artificiale. Ciò comporterà un significativo cambiamento del settore e delle professioni contabili. Dai dati elaborati dall'Osservatorio professionisti e innovazione digitale del Politecnico di Milano in Italia il 61% degli studi di avvocati e commercialisti hanno un fatturato inferiore ai 100.000€ ed il budget per le tecnologie informatiche è di soli 8.700€ per i commercialisti e consulenti del lavoro e di 4.600€ per gli avvocati. In un tale contesto, l'evoluzione tecnologica farebbe fatica ad avanzare e le soluzioni già adottate in altri paesi potrebbero apparire di difficile espansione, con il rischio che il mercato venga aggredito da competitors in grado di fornire servizi di qualità, in tempi più brevi e ad un prezzo più basso.

Quale la possibile risposta da parte dei professionisti?

Ad oggi è molto difficile fare una previsione attendibile sulle tempistiche nell'ambito delle quali si realizzerà tale fenomeno: 5 anni? 10 anni? di più? Non abbiamo una risposta ma siamo certi che prima o poi i robot sostituiranno gli umani ad esempio nell'attività di pareristica legale, di elaborazioni di contratti o di individuazione di falle negli stessi, etc.

Ma come i professionisti potranno fronteggiare questa rivoluzione?

Sicuramente una delle vie di uscita potrebbe essere quella di superare l'ormai inadeguato modello di studio mono-professionale. Infatti, sicuramente un'accelerazione del processo di aggregazione fra professionisti permetterebbe da un lato la possibilità di rendere più agevoli gli investimenti necessari per la digitalizzazione e la robotizzazione degli studi, dall'altro renderebbe possibile ai professionisti, sgravati grazie alla tecnologia dagli adempimenti di scarso valore intellettuale, di dedicarsi ad attività consulenziali più qualificanti, ripartendosi con i soci le specializzazioni necessarie per fronteggiare la domanda del mercato.

Quindi ci si aspetta una riduzione dei posti di lavoro negli studi professionali?

Assolutamente no!

Nell'ambito del processo di robotizzazione, i professionisti potranno e dovranno riqualificare il personale sostituito dalle macchine impiegandolo in una più vasta gamma di servizi a favore dei clienti elevando, di conseguenza, anche il livello qualitativo e di preparazione di dipendenti e collaboratori.

In questo modo il professionista avrebbe l'opportunità di tornare a svolgere una vera attività professionale ampliando, tramite organizzazione e specializzazione, la platea di clientela a cui rivolgersi.