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

Edizione di martedì 6 settembre 2022

Impugnazioni

La parte vittoriosa nel merito ma soccombente su eccezioni di rito deve proporre appello incidentale
di **Valentina Baroncini, Avvocato e Ricercatore di Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Verona**

Procedimenti di cognizione e ADR

L'assenza del mandato difensivo può essere eccepita anche al di fuori del giudizio in cui l'avvocato ha prestato la propria opera
di **Valentina Baroncini, Avvocato e Ricercatore di Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Verona**

Procedimenti cautelari e monitori

Opposizione a decreto ingiuntivo e onere di contestazione specifica
di **Valentina Scappini, Avvocato**

Responsabilità civile

La responsabilità del creditore per eccesso nell'iscrizione di ipoteca
di **Paolo Cagliari, Avvocato**

Comunione – Condominio - Locazione

La realizzazione di un cappotto termico all'edificio rientra nel campo delle innovazioni ex art.1120 c.c.
di **Saverio Luppino, Avvocato**

Diritto e procedimento di famiglia

Pensione di reversibilità: per la suddivisione tra ex coniugi non si calcola solo la durata del matrimonio
di **Giuseppina Vassallo, Avvocato**

Diritto e reati societari

La mancata tenuta delle scritture contabili non esonera il curatore fallimentare dall'onere di dimostrare il nesso di causalità tra il dissesto e la condotta degli amministratori
di **Eleonora Giacometti, Avvocato**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Fallimento del debitore inadempiente ammesso al concordato preventivo omologato
di **Federico Callegaro, Cultore di Diritto Commerciale presso l' Università degli Studi di Verona**

Diritto Bancario

Decorrenza della prescrizione e natura dei pagamenti (solutori o ripristinatori)
di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

Nuove tecnologie e Studio digitale

Eventi, comunicazione e marketing per lo studio legale
di **Mario Alberto Catarozzo - Coach, Formatore, Consulente – CEO di MYPlace Communications**

Impugnazioni

La parte vittoriosa nel merito ma soccombente su eccezioni di rito deve proporre appello incidentale

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

Cass., sez. II, 13 settembre 2022, n. 26850, Pres. Falaschi – Est. Falaschi

[1] Eccezioni di rito – Rigetto- Appello incidentale – Riproposizione (artt. 342, 343, 346 c.p.c.)

Massima: *"Con riguardo alle eccezioni di rito, qualora esse siano state disattese espressamente o indirettamente dal primo giudice, non è dubbio che la parte soccombente su di esse, ma vittoriosa quanto all'esito finale della lite, si trovi in posizione di soccombenza. Ne deriva che se essa vuole ottenere che l'eccezione sia riesaminata dal giudice del gravame, investito dell'appello principale sul merito della controparte, deve farlo proponendo appello incidentale, non invece ai sensi dell'art. 346 c.p.c.".*

CASO

[1] Il provvedimento che si commenta ha deciso un giudizio scaturito dalla riunione tra un primo processo di divisione ereditaria e un differente giudizio che uno dei figli del *de cuius*, donatario di un bene immobile, instaurava nei confronti di un fratello al fine di ottenere il rilascio di tale bene, detenuto senza titolo dal convenuto, il quale, a sua volta, proponeva domanda riconvenzionale per il rimborso delle migliorie apportate all'immobile.

Dopo la disposta la riunione delle cause, i convenuti costituiti nel primo giudizio proponevano domanda riconvenzionale di usucapione sui beni ereditari.

Per quanto di interesse ai fini del presente commento, rileviamo che l'adito Tribunale di Isernia, con sentenza non definitiva, in riferimento alla prima causa rigettava le domande riconvenzionali di usucapione, disponendo la prosecuzione del giudizio con supplemento di CTU, ai fini della predisposizione di un progetto divisionale.

Investita di gravame – su tale sentenza e sulla successiva, definitiva, di scioglimento della comunione ereditaria e assegnazione delle quote come descritte nella relazione del CTU -, la Corte d'appello di Campobasso riformava la pronuncia non definitiva dichiarando – in accoglimento dell'eccezione sollevata da alcuni eredi nella comparsa di costituzione in appello – l'inammissibilità della riconvenzionale di usucapione formulata dagli appellanti.

In particolare, la Corte distrettuale, in riferimento alla regolarità della costituzione in primo grado dei convenuti, affermava che la dichiarazione del giudice istruttore secondo cui i medesimi si erano regolarmente costituiti non equivaleva ad attestare la loro tempestiva costituzione, con conseguente decadenza degli stessi dalla facoltà di proporre domande riconvenzionali. Aggiungeva la Corte che la relativa eccezione di decadenza – pur non sollevata in primo grado né rilevata d'ufficio dal giudice di prime cure – era stata tempestivamente proposta in sede di appello ai sensi dell'art. 345, 2°co., c.p.c. dagli appellanti in via incidentale, per cui era idonea a impedire la formazione del giudicato interno sul punto. Pertanto, in riforma della sentenza non definitiva, la Corte di merito dichiarava inammissibile per tardività la domanda di usucapione formulata in via riconvenzionale.

Avverso tale decisione, i convenuti in primo grado proponevano ricorso per cassazione lamentando, per quanto di rilievo ai fini del presente commento, violazione e falsa applicazione, *ex* art. 360, n. 3), c.p.c., degli artt. 324, 329, 340, 343 e 354, 2°co., c.p.c., nonché l'omesso esame di un fatto storico principale desumibile dal testo della sentenza non definitiva del Tribunale di Isernia e dagli atti processuali. In particolare, i ricorrenti hanno censurato la sentenza di secondo grado laddove dichiarava l'inammissibilità per tardività della domanda riconvenzionale di usucapione, in accoglimento dell'eccezione preliminare sollevata dagli appellanti in via incidentale, la quale sarebbe stata da considerare irrituale e intempestiva, con conseguente formazione di giudicato interno sul punto. I ricorrenti hanno sostenuto che l'eccezione di inammissibilità della domanda riconvenzionale sollevata da controparte non avrebbe dovuto essere formulata in via di semplice eccezione ma, al contrario, avrebbe dovuto essere introdotta nella forma e come motivo di appello incidentale *ex* art. 343, 2°co., c.p.c. avverso la sentenza non definitiva.

SOLUZIONE

[1] La Cassazione ritiene fondato il motivo di ricorso proposto.

I giudici di legittimità hanno dapprima evidenziato che dall'esame del fascicolo d'ufficio – attività ammissibile in tal sede, per essere stato prospettato nella sostanza un *error in procedendo* pur sotto la forma dell'*error in iudicando* – fosse possibile evincere che i resistenti avessero sollevato in primo grado l'eccezione di inammissibilità per tardività della domanda riconvenzionale solo nelle memorie di replica alla comparsa conclusionale. Altrettanto pacifico era che, nella sentenza non definitiva di primo grado, la questione della tardività della domanda riconvenzionale non risultasse esaminata, avendo il Tribunale rigettato tale domanda per carenza di prova, senza dedicare alcun cenno alla questione della relativa tempestività. Dal tenore di tale sentenza emerge, quindi, che l'eccezione circa la tardività della domanda riconvenzionale dei predetti convenuti non avesse formato oggetto di alcuna pronuncia di accertamento positivo, sia pure indiretta, ma sia stata semplicemente trascurata dal tribunale. Va dunque escluso che la sentenza di primo grado contenesse alcuna statuizione di ammissibilità della domanda riconvenzionale dei convenuti.

Secondo la Cassazione, poiché l'eccezione di rito doveva essere esaminata prima del merito e

ne condizionava l'esame, il silenzio del giudice si è risolto (ancorché la sua opinione sull'eccezione di rito non sia stata manifestata e possa, in ipotesi, essere espressione di scelta della soluzione "più liquida") in un *error in procedendo*, cioè nell'inosservanza della regola per cui il merito si sarebbe potuto esaminare solo per il caso di infondatezza dell'eccezione di rito. La violazione di tale regola, in quanto ha inciso sulla decisione, esigeva allora una reazione con l'appello incidentale e non la riproposizione dell'eccezione di rito, perché è necessario che essa venga espressa con un'attività di critica del *modus procedendi* del giudice di primo grado, che necessariamente avrebbe dovuto esaminare l'eccezione di rito. Il giudice d'appello doveva esser investito dalla denuncia dell'esistenza del vizio della sentenza per l'eccezione di rito di cui trattasi (in termini, Cass. n. 1791 del 2009; Cass. n. 10073 del 2003; Cass. n. 603 del 2003; Cass. n. 3927 del 2002; Cass. n. 14670 del 2001; Cass. n. 5482 del 1997).

Quindi, nel caso di specie, secondo i giudici di legittimità la devoluzione al giudice d'appello dell'eccezione andava necessariamente introdotta da appello incidentale: tutte le ragioni di dissenso rispetto alla decisione del primo giudice debbono essere infatti manifestate con l'impugnazione e ciò anche rispetto a quanto quel giudice non ha deciso affatto, nei termini sopra intesi.

A conferma di tale conclusione la Suprema Corte richiama l'art. 342 c.p.c.: la valutazione del primo giudice sull'eccezione è infatti omessa nella motivazione della sua sentenza, onde, rispetto ad essa, la posizione di chi risulti nel merito vittorioso non può che essere omologa a quella dell'appellante principale, che, di fronte ad una parte della motivazione che gli dà torto, se la vuole ridiscutere, deve farla oggetto dell'appello; altro, all'opposto, è contenuto concettuale e normativo dell'istituto della mera riproposizione delle difese ed eccezioni.

Con riferimento quindi alle eccezioni di rito, come certamente era quella della tardività della domanda riconvenzionale nel presente caso, in quanto diretta a ottenere la dichiarazione di inammissibilità della medesima, qualora esse siano state disattese espressamente o indirettamente dal primo giudice, non è dubbio che la parte soccombente su di esse, ma vittoriosa quanto all'esito finale della lite si trovi, dunque, in posizione di soccombenza. Ne deriva che se essa vuole ottenere che l'eccezione sia riesaminata dal giudice del gravame, investito dell'appello principale sul merito della controparte, deve farlo proponendo appello incidentale e non ai sensi dell'art. 346 c.p.c.

La Suprema Corte conclude ritenendo che l'impugnazione incidentale costituisca l'unico rimedio per ovviare al rigetto (espresso o implicito) nonché all'omesso esame (ricomprendendosi in quest'ultima espressione tanto l'ipotesi di illegittima pretermissione quanto la violazione dell'ordine di decisione delle domande e/o delle eccezioni impresso dalla parte) di una domanda e/o di un'eccezione; la riproposizione entra in gioco nei soli casi in cui non vi è la necessità di spiegare una critica nei confronti della sentenza impugnata, ovvero nelle ipotesi di legittimo assorbimento, nelle quali la parte può limitarsi – mancando una decisione sulla domanda e/o sull'eccezione avanzata – a riproporre l'istanza non esaminata, cioè non accolta in quanto ritualmente assorbita.

Alla luce di tale orientamento, la parte totalmente vittoriosa nel merito, ma soccombente su questione pregiudiziale di rito e/o preliminare di merito, per devolvere alla cognizione del giudice superiore la questione rispetto alla quale ha maturato una posizione di soccombenza (teorica), deve spiegare appello incidentale.

Ciò impone, sul piano della tecnica processuale, il rispetto dei rigidi dettami di cui all'art. 342 c.p.c. nonché dei tempi di cui all'art. 343 c.p.c., pena l'inammissibilità del gravame e il conseguente passaggio in giudicato della stessa questione *ex* art. 329, 2°co., c.p.c.

Per tali motivi, la Corte ha accolto il primo motivo di ricorso, cassando la sentenza impugnata con rinvio alla Corte di appello di Campobasso, in diversa composizione.

QUESTIONI

[1] La questione di diritto risolta dalla Suprema Corte si identifica nello stabilire se il giudice di appello debba e possa rilevare d'ufficio la tardività di una domanda riconvenzionale che il giudice di primo grado abbia rigettato nel merito senza, tuttavia, pronunciarsi sulla tempestività della medesima, nonché sull'eccezione di tardività pure sollevata dalle controparti in primo grado, ma non introdotta dalle stesse in appello se non in via di mera eccezione.

Su tali questioni la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di esprimersi a più riprese, proponendo tuttavia soluzioni non univoche.

In senso contrario alla possibilità che la tardività della domanda riconvenzionale del convenuto, non rilevata in primo grado, possa, in difetto di specifica impugnazione sul punto da parte dell'attore, essere rilevata d'ufficio dal giudice di appello sembra muovere l'argomentazione rinvenibile in Cass., sez. un., n. 11799 del 2017, là dove si afferma che il mancato esame di una eccezione pregiudiziale di rito astrattamente idonea a precludere l'esame di una domanda che, di fatto, sia stata esaminata dal giudice e rigettata nel merito, onera la parte che l'aveva proposta, ancorché vittoriosa nel merito, di proporre appello incidentale, restando quindi preclusa, in mancanza di impugnazione, la possibilità per la parte di riproporre l'eccezione ai sensi dell'art. 346 c.p.c.

Per la rilevabilità officiosa della inammissibilità della domanda riconvenzionale tardivamente proposta, non rilevata in primo grado e non dedotta con motivo di gravame, si sono espresse, tra le altre, Cass. n. 7941 del 2020 e Cass. n. 24606 del 2006, che hanno ritenuto non preclusa la rilevabilità *ex officio* da parte del giudice di appello della decadenza in cui la parte è incorsa in primo grado nella attività di deduzione probatoria, per inosservanza del termine perentorio assegnato dal giudice, trattandosi di decadenza sottratta alla disponibilità delle parti.

L'argomento posto a fondamento della tesi appena esposta può essere così compendiato: nel caso in cui il vizio di nullità acceda come mero presupposto logico all'ingresso dell'esame e della decisione di una questione di merito (domanda o eccezione che sia), la statuizione della

sentenza che decide sulla questione di merito, senza occuparsi del predetto vizio processuale (non eccepito né rilevato *ex officio*), non comporta – in difetto di specifica impugnazione volta a far valere il vizio presupposto – la cristallizzazione della invalidità/decadenza attraverso il giudicato implicito interno, con la conseguenza che non è dato ravvisare limiti alla denunciabilità/rilevabilità officiosa del vizio in ogni stato e grado del processo e quindi anche, per la prima volta, nel giudizio di legittimità.

La questione è stata sottoposta all'esame della Cassazione anche di recente: nel condividere la soluzione testé riportata, la Suprema Corte ha elaborato il seguente principio di diritto: "il potere di rilievo anche *ex officio* dei vizi relativi alla attività processuale, attribuito dalla norma del processo o desumibile dallo scopo di interesse pubblico, indisponibile dalle parti, sotteso alla norma processuale che stabilisce un requisito formale, prescrive un termine di decadenza o prevede il compimento di una determinata attività, deve essere esercitato dal giudice di merito, in difetto di espressa autorizzazione normativa alla rilevazione in ogni stato e grado ed escluse le ipotesi di vizi relativi a questioni fondanti (che rendono l'attività svolta del tutto difforme dal modello legale del processo), al più tardi entro il grado di giudizio nel quale il vizio si è manifestato, rimanendo precluso tanto al giudice del gravame, quanto alla Corte di cassazione, il potere di rilevare, per la prima volta, tale vizio di ufficio (o su eventuale sollecitazione della parte interessata all'esercizio di tale potere officioso), ove la relativa questione non abbia costituito specifico motivo di impugnazione, ovvero sia stata ritualmente riproposta, atteso che, qualora il giudice di primo grado abbia deciso la controversia nel merito, omettendo di pronunciare espressamente sul vizio (e nonostante la eventuale eccezione della parte interessata), la relazione di implicazione necessaria tra la soluzione – ancorché implicita – adottata in ordine alla validità/ammissibilità della domanda/eccezione di merito (questione processuale pregiudiziale) e l'esame e la pronuncia espressa sulla domanda/eccezione (questione di merito dipendente), determina la intangibilità della decisione implicita sulla questione processuale ove non specificamente investita con i mezzi impugnatori, in applicazione del principio di conversione del vizio in motivo di gravame *ex* art. 161, 1°co., c.p.c., non trovando ostacolo nel carattere implicito della decisione la formazione del giudicato processuale interno".

Il provvedimento in epigrafe, evidentemente, condivide siffatta impostazione, avendo ritenuto che, nel caso di specie, il Tribunale di Isernia ha violato l'art. 276 c.p.c., trattando direttamente – e solamente – il merito della causa, senza affrontare dapprima la questione preliminare in rito riguardante la tardività della stessa domanda riconvenzionale, pure eccepita dalla controparte. Tale disinteresse, a differenza di quello su un'eccezione di merito, non si presta affatto solo a una valutazione astratta di infondatezza dell'eccezione ma può anche essere indice del fatto che il giudice ha solo scelto la soluzione più liquida per risolvere la controversia o, si tratta di una questione del tutto autonoma rispetto a quella, esaminata, relativa alla fondatezza della domanda medesima, sicché non può ragionarsi, in questo caso, in termini di assorbimento, che consente alla parte totalmente vittoriosa di riproporre la questione senza necessità di prospettare uno specifico motivo di impugnazione.

Procedimenti di cognizione e ADR

L'assenza del mandato difensivo può essere eccepita anche al di fuori del giudizio in cui l'avvocato ha prestato la propria opera

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

Cass., sez. II, 3 agosto 2022, n. 24014, Pres. Manna – Est. Rolfi

[1] Trattazione della causa – Difetto di rappresentanza o di autorizzazione – Rilievo (art. 182 c.p.c.)

Il profilo dell'assenza di un valido rapporto professionale di patrocinio non può ritenersi in alcun modo superato per effetto del mancato rilievo della irregolarità processuale ex art. 182 c.p.c., nell'ambito del giudizio in cui il patrocinio viene esercitato, giacché il mancato rilievo del vizio processuale non è comunque in grado di neutralizzare la regola sostanziale e di sanare lato sensu la carenza originaria del rapporto di mandato professionale. Ne consegue che, nello specifico, l'assenza di un valido incarico da parte del condominio ad un avvocato ben poteva essere eccepita anche al di fuori del giudizio in cui il legale stesso aveva prestato la propria opera, ed in particolare proprio nel giudizio per il pagamento del compenso professionale, deputato, in primo luogo, alla luce delle difese del medesimo condominio, ad accertare direttamente la sussistenza tra le parti dell'autonomo rapporto di patrocinio.

CASO

[1] La vicenda giudiziaria approdata dinanzi alla Suprema Corte scaturisce dalla pronuncia di un decreto ingiuntivo, emesso a favore di un avvocato e nei confronti di un condominio, per il pagamento del compenso relativo all'attività di patrocinio svolta dal primo in una controversia coinvolgente il secondo.

Il Giudice di Pace, adito in via d'opposizione a tale decreto ingiuntivo, procedeva a revocarlo, con decisione che veniva confermata, all'esito del giudizio di appello, dal Tribunale di Napoli: questo, per l'esattezza, affermava come la controversia patrocinata dall'appellante non

rientrasse tra quelle che, ai sensi dell'art. 1131 c.c., l'amministratore di condominio può autonomamente proporre e, in relazione al mandato difensivo conferito all'appellante dall'amministratore condominiale, non risultava la sussistenza né di autorizzazione né di ratifica ad opera dell'assemblea condominiale.

Avverso tale pronuncia l'avvocato proponeva ricorso per cassazione mediante il quale, per quanto qui interessa, si deduceva, in relazione all'art. 360, n. 3), c.p.c., la violazione e falsa applicazione degli artt. 1130 e 1131 c.c. in relazione all'art. 182 c.p.c. Nel dettaglio, il ricorso argomentava che eventuali profili di irregolarità del mandato difensivo – non rilevati nel giudizio nel cui ambito il mandato medesimo era stato espletato – non avrebbero potuto essere esaminati d'ufficio nel distinto giudizio concernente il diritto al compenso, essendo detta verifica limitata dall'art. 182 c.p.c. al solo giudice del procedimento nel quale il mandato difensivo viene esercitato.

SOLUZIONE

[1] La Cassazione giudica il motivo di ricorso proposto infondato.

Contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, il profilo dell'assenza di un valido rapporto professionale di patrocinio non può ritenersi in alcun modo superato per effetto del mancato rilievo della irregolarità processuale *ex* art. 182 c.p.c., nell'ambito del giudizio in cui il patrocinio viene esercitato, giacché il mancato rilievo del vizio processuale non è comunque in grado di neutralizzare la regola sostanziale e di sanare *lato sensu* la carenza originaria del rapporto di mandato professionale.

Ne consegue che, nello specifico, l'assenza di un valido incarico da parte del condominio ben poteva essere eccepita anche al di fuori del giudizio in cui l'avvocato aveva prestato la propria opera, e in particolare proprio nel giudizio per il pagamento del compenso professionale, deputato, in primo luogo, alla luce delle difese del medesimo condominio, ad accertare direttamente la sussistenza tra le parti dell'autonomo rapporto di patrocinio.

Correttamente, quindi, il Tribunale di Napoli ha proceduto all'esame dell'eccezione regolarmente sollevata dal condominio, e che non poteva ritenersi in alcun modo preclusa dalla vicenda processuale presupposta.

Nel caso di specie, peraltro, i giudici di merito hanno altresì fatto corretta applicazione del principio affermato da Cass., sez. un., 6 agosto 2010, n. 19331 – poi confermato dalla successiva giurisprudenza di legittimità (Cass., 24 maggio 2013, n. 12972; Cass., 9 febbraio 2016, n. 2570) -, la quale ha chiarito che "L'amministratore del condominio, potendo essere convenuto nei giudizi relativi alle parti comuni ma essendo tenuto a dare senza indugio notizia all'assemblea della citazione e del provvedimento che esorbiti dai suoi poteri, ai sensi dell'art. 1131, 2° e 3°co., c.c., può costituirsi in giudizio e impugnare la sentenza sfavorevole senza la preventiva autorizzazione dell'assemblea, ma deve, in tale ipotesi, ottenere la necessaria ratifica del suo operato da parte dell'assemblea stessa, per evitare la pronuncia di

inammissibilità dell'atto di costituzione ovvero di impugnazione".

QUESTIONI

[1] La questione dirimente nella decisione assunta con il provvedimento in commento risiede nell'autonomia del profilo processuale inerente al difetto di valida procura al difensore, oggetto della disciplina dettata dall'art. 182 c.p.c., dal profilo sostanziale concernente l'esistenza e validità del rapporto interno professionale tra patrocinato e patrocinante, e cioè del rapporto sostanziale riconducibile al contratto d'opera professionale.

L'autonomia di tali due profili è stata reiteratamente espressa dalla Cassazione, ad esempio affermando il principio per cui, ai fini dell'individuazione del soggetto obbligato a corrispondere il compenso professionale al difensore, occorre distinguere tra rapporto endoprocessuale nascente dal rilascio della procura *ad litem* e rapporto che si instaura tra il professionista incaricato e il soggetto che ha conferito l'incarico, il quale può essere anche diverso da colui che ha rilasciato la procura (Cass., 27 dicembre 2004, n. 24010; Cass., 28 marzo 2012, n. 4959).

Ulteriormente, la Suprema Corte ha chiarito che la procura alle liti è un negozio unilaterale endoprocessuale con cui viene conferito il potere di rappresentare la parte in giudizio e che non presuppone l'esistenza, fra le medesime persone, di un sottostante rapporto di patrocinio, ossia del negozio bilaterale, generatore del diritto al compenso, con il quale, secondo lo schema del mandato, il legale viene incaricato di svolgere l'attività professionale: da ciò consegue che la procura alle liti costituisce solo un indice presuntivo della sussistenza tra le parti dell'autonomo rapporto di patrocinio che, se contestato, deve essere provato (Cass., 11 marzo 2019, n. 6905; Cass., 8 giugno 2017, n. 14276).

La vicenda giudiziaria descritta si pone in linea con i principi sin qui richiamati, secondo cui l'esistenza e validità del rapporto sostanziale riconducibile al contratto d'opera professionale rappresentano un profilo autonomo e distinto rispetto alla disciplina processuale inerente alla validità (e correlata sanatoria) della procura conferita al difensore, cui è dedicato l'art. 182 c.p.c., con la conseguenza per cui il mancato rilievo del vizio *ex* art. 182 c.p.c. nell'ambito del giudizio in cui l'attività difensiva viene svolta non preclude la possibilità di discutere, in altro giudizio, dell'esistenza del contratto d'opera professionale intercorrente tra l'avvocato e la parte.

Procedimenti cautelari e monitori

Opposizione a decreto ingiuntivo e onere di contestazione specifica

di **Valentina Scappini, Avvocato**

Cassazione civile, terza sez., sentenza del 27 giugno 2022, n. 20597; Pres. Rubino; Rel. Rossi.

Massima: *"Nell'ambito dell'opposizione a decreto ingiuntivo, l'opponente (sostanziale convenuto), a fronte di una allegazione da parte dell'opposto (attore sostanziale) chiara e articolata in punto di fatto, ha l'onere ex art. 167 c.p.c. di prendere posizione in modo analitico sulle circostanze di cui intenda contestare la veridicità e, se non lo fa, i fatti dedotti dall'opposto-attore debbono ritenersi non contestati, per i fini di cui all'art. 115 c.p.c."*

CASO

La Guess Italia s.r.l. proponeva un ricorso monitorio contro M.A. avanti il Giudice di Pace di Firenze, il quale concedeva il decreto ingiuntivo per € 3.372,08, oltre accessori, dovuti quale residuo prezzo non versato di fornitura di capi di abbigliamento.

Proposta opposizione da parte di M.A., il Giudice di Pace l'accoglieva e revocava il decreto ingiuntivo.

Il Tribunale di Firenze, in riforma della sentenza di primo grado, rigettava l'opposizione a decreto ingiuntivo, accogliendo l'appello della Guess Italia s.r.l., che, con il secondo motivo di impugnazione, aveva rilevato la mancata contestazione, da parte di M.A., dell'avvenuta consegna delle merci di cui alle fatture commerciali, tutte relative all'anno 2007, poste a base del ricorso monitorio.

M.A. ha ricorso per cassazione affidandosi a quattro motivi. Ha resistito con controricorso la società.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso, condannando M.A., oltre che alle spese del giudizio di legittimità, anche al versamento del doppio del contributo unificato.

QUESTIONI

Con il primo motivo M.A. ha dedotto la violazione e la falsa applicazione dell'art. 345, co. 2, c.p.c., perché, secondo il ricorrente, il Tribunale di Firenze avrebbe omesso di dichiarare l'inammissibilità del secondo motivo d'appello, con cui la società creditrice aveva dedotto l'implicito riconoscimento, da parte dell'opponente, "*delle fatture richiamate nelle note di credito di cui all'estratto conto analitico*".

Secondo M.A., tale allegazione avrebbe concretato un'eccezione in senso proprio, come tale non ammessa se dedotta per la prima volta in appello, in quanto comportante l'introduzione nel *thema decidendum* di un fatto storico precedentemente non dedotto.

La Corte di Cassazione ha ritenuto tale doglianza infondata.

Da una parte, infatti, sulla questione della novità del motivo di appello, il Tribunale si è implicitamente pronunciato, ritenendo l'eccezione infondata.

Dall'altra parte, l'allegazione della mancata contestazione delle fatture non costituisce un'eccezione in senso proprio, ma rappresenta una mera argomentazione difensiva, volta a suggerire un criterio di valutazione di un fatto processuale (il comportamento dell'opponente in relazione a determinati documenti prodotti in lite) e altresì a dedurre la rilevanza di tale fatto ai fini della dimostrazione dell'esistenza del credito oggetto di controversia.

Anche il secondo ed il terzo motivo di ricorso, esaminati congiuntamente dalla Suprema Corte, sono ritenuti dalla stessa infondati.

Con essi il ricorrente ha dedotto la violazione e la falsa applicazione:

– degli artt. 2697 c.c., 115 e 167 c.p.c. da parte del Giudice di merito, il quale avrebbe indebitamente invertito l'onere della prova, trascurato le contestazioni stragiudiziali del credito e quelle dedotte in atti, nonché ritenuto fonte del riconoscimento delle fatture la mancata specifica contestazione, alla luce di una (presunta) allegazione dei fatti da parte dell'ingiungente né specifica né puntuale;

– degli artt. 2721 e 2729 c.c., per avere, il Tribunale, basato la propria decisione di ritenere le fatture non contestate su elementi privi del carattere della gravità, precisione e concordanza tipico delle presunzioni.

Come anticipato, entrambi i motivi sono dichiarati infondati dalla Corte di Cassazione, che coglie l'occasione di ribadire alcuni approdi pacifici in tema di opposizione a decreto ingiuntivo, prova del credito e principio di non contestazione.

Anzitutto, gli Ermellini ricordano che l'opposizione a decreto ingiuntivo dà luogo ad un ordinario giudizio di cognizione, nel quale il giudice deve accertare la fondatezza della pretesa fatta valere dall'opposto, che assume la posizione sostanziale di attore, mentre l'opponente, che assume la posizione sostanziale di convenuto, ha l'onere di contestare il diritto azionato con il ricorso, facendo valere l'inefficacia dei fatti posti a fondamento della domanda o l'esistenza di fatti estintivi o modificativi di tale diritto (per tutte, Cass., 3 febbraio 2006, n. 2421).

La prova del fatto costitutivo del credito grava, dunque, sul creditore opposto (Cass., 19 ottobre 2015, n. 21101), il quale può avvalersi di tutti i mezzi di prova (Cass., 11 marzo 2011, n. 5915 e 3 marzo 2009, n. 5071), compresa la mancata contestazione, in tutto o in parte, ad opera dell'opponente (convenuto sostanziale) del fatto invocato dal primo a sostegno della pretesa azionata.

Mentre è onere dell'opponente-convenuto prendere posizione sui fatti posti a fondamento della domanda: dal mancato assolvimento di tale onere discende che i fatti non contestati si ritengono non controversi e non richiedenti specifiche dimostrazioni (Cass., 16 dicembre 2010, n. 25516), essendo tuttavia necessario, a tal fine, che il fatto sia esplicitamente ammesso ovvero che la difesa dell'opponente sia stata impostata su circostanze incompatibili con il disconoscimento (Cass., 17 novembre 2003, n. 17371).

Cosicché la non contestazione del convenuto costituisce un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato acquisito al materiale processuale e dovrà, perciò, ritenerlo sussistente, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti (fra le tante, di recente, Cass. 23 marzo 2022, n. 9439).

Quest'ultima sentenza ha stabilito, invero, che "*il convenuto, a fronte di una allegazione da parte dell'attore chiara e articolata in punto di fatto, ha l'onere ex art. 167 c.p.c. di prendere posizione in modo analitico sulle circostanze di cui intenda contestare la veridicità e, se non lo fa, i fatti dedotti dall'attore debbono ritenersi non contestati, per i fini di cui all'art. 115 c.p.c.*" (Cass. 23 marzo 2022, n. 9439, cit.).

Il Tribunale di Firenze ha posto la mancata contestazione, ad opera dell'opponente M.A., in ordine alla consegna delle merci di cui alle fatture commerciali (tutte concernenti l'anno 2007) poste a base dell'istanza monitoria ("*quella che sembra emergere è dunque una contestazione relativa soltanto al periodo dal gennaio al giugno 2006, il che esclude dunque qualsivoglia contestazione in merito all'avvenuta consegna delle merci di cui alle successive fatture azionate in monitorio*").

Questo il fulcro della motivazione che sorregge il *dictum* reso dalla sentenza impugnata, motivazione corredata da altre considerazioni, seppur superflue, afferenti la genericità e la inverosimiglianza delle rimostranze mosse in ordine alle modalità di svolgimento del rapporto

commerciale nel primo semestre 2006 (estraneo all'oggetto del contendere).

La decisione ha fatto buongoverno dei suesposti principi e, pertanto, è esente da censure. Ad essa restano evidentemente estranee le presunte interferenze presuntive denunciate dal ricorrente.

Infine, il quarto motivo di ricorso, che ha censurato la supposta insufficienza della motivazione, è dichiarato inammissibile, essendo stato formulato secondo la vecchia dizione dell'art. 360, co. 1, n. 5, c.p.c.

Al riguardo, la Suprema Corte ricorda il vizio motivazionale di cui al vigente art. 360, co. 1, n. 5 c.p.c. va inteso come riduzione al minimo del sindacato di legittimità sulla motivazione, per cui denunciabile in cassazione è l'anomalia che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé, e che si esaurisce nella "*mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico*", nella "*motivazione apparente*", nel "*contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili*" e nella "*motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile*", esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di sufficienza della motivazione (per tutte, Cass., S.U., 22 settembre 2014, n. 19881 e 7 aprile 2014, n. 8053).

Responsabilità civile

La responsabilità del creditore per eccesso nell'iscrizione di ipoteca

di **Paolo Cagliari, Avvocato**

Cass. civ., sez. III, 13 dicembre 2021, n. 39441 – Pres. Travaglino – Rel. Scarano

Parole chiave: Responsabilità patrimoniale – Cause di prelazione – Ipoteca – Iscrizione su beni di valore eccedente l'importo del credito vantato – Responsabilità extracontrattuale del creditore – Configurabilità

Massima: "*In caso di iscrizione di ipoteca giudiziale su beni di valore eccedente rispetto all'importo del credito vantato, il creditore può essere chiamato a rispondere, ai sensi dell'art. 2043 c.c., per il danno subito dal debitore, consistente nella difficoltà o impossibilità della negoziazione dei beni medesimi, ovvero nella difficoltà di accesso al credito; invero, la previsione della speciale responsabilità processuale* ex *art. 96 c.p.c. – quale responsabilità del soccombente che abbia abusato del diritto di agire o resistere in giudizio – non esclude l'applicabilità della disciplina generale dell'illecito civile, atteso che il creditore è tenuto a una condotta prudente e diligente, nonché informata al rispetto dei principi di buona fede e correttezza, non solo in caso di ricorso a rimedi processuali, bensì, ancora prima, nell'attuazione dei propri diritti contrattuali o negoziali e, dunque, anche del diritto di garanzia, che dev'essere esercitato in termini consentanei con la sua funzione di mezzo volto a creare una situazione di preferenza rispetto agli altri creditori e non per determinare situazioni di discredito sociale e professionale e, conseguentemente, di blocco del patrimonio e dell'attività del debitore*".

Disposizioni applicate: cod. civ., art. 2043, 2875, 2876; cod. proc. civ., art. 96

CASO

Una banca agiva in via monitoria nei confronti di una propria cliente e del fideiussore per il pagamento della somma (pari a circa € 110.000) dovuta per scoperto di conto corrente; in forza del decreto ingiuntivo così emesso, veniva iscritta ipoteca giudiziale sull'intero compendio

immobiliare (di valore stimato in circa € 30.000.000) di proprietà del fideiussore.

Quest'ultimo, proponendo opposizione avverso il decreto ingiuntivo, chiedeva che – attesa la notevole sproporzione ravvisabile tra il valore dei beni ipotecati e il credito garantito – la banca fosse condannata al risarcimento di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali che gli erano derivati in conseguenza dell'iscrizione ipotecaria e consistenti, in particolare, nella paralisi della propria attività imprenditoriale, causata dalla mancata concessione di un finanziamento che un altro istituto di credito era in procinto di erogare e che, tuttavia, non aveva accordato, per effetto della perdita d'immagine che l'iscrizione aveva provocato nei confronti dell'intero sistema bancario.

Tali domande venivano respinte, sia in primo che in secondo grado, sul presupposto che, contemplando l'ordinamento altri rimedi attivabili per reagire a un'iscrizione ipotecaria abnorme, non potesse essere predicata in capo al creditore una responsabilità extracontrattuale e un conseguente obbligo risarcitorio.

Il fideiussore, pertanto, proponeva ricorso per cassazione.

SOLUZIONE

[1] La Corte di Cassazione ha accolto il ricorso, affermando che, contrariamente a quanto ritenuto dai giudici di merito, l'iscrizione ipotecaria che trascenda i limiti di una ragionevole tutela del credito ben può configurare un esercizio abusivo del diritto di garanzia e legittimare, dunque, la pretesa risarcitoria del debitore che si sia visto pregiudicato dalla condotta imprudente, negligente o abusiva del creditore.

QUESTIONI

[1] Con l'ordinanza che si annota, la Corte di Cassazione ha affermato che il debitore che vede i propri beni gravati da ipoteca per un valore eccedente rispetto al credito garantito ha diritto di ottenere il risarcimento dei danni scaturiti da tale situazione.

Superando l'orientamento che escludeva, in simile ipotesi, la ravvisabilità di un fatto illecito imputabile al creditore, a carico del quale sarebbe stata configurabile unicamente la responsabilità processuale *ex* art. 96, comma 1, c.p.c., qualora fosse stato convenuto in giudizio per la riduzione dell'ipoteca e avesse resistito con mala fede o colpa grave, i giudici di legittimità hanno, infatti, evidenziato che chi, senza adoprare la normale diligenza, iscriva ipoteca su beni aventi un valore sproporzionato per eccesso rispetto al credito garantito, secondo i parametri dettati dagli artt. 2875 e 2876 c.c., commette un abuso e incorre, dunque, in responsabilità, qualora sia accertata l'inesistenza del diritto per cui è stata iscritta l'ipoteca.

La statuizione assunta esclude, dunque, che i rimedi di carattere sostanziale e processuale messi a disposizione dall'ordinamento (rappresentati, rispettivamente, dalla possibilità che l'ipoteca venga ridotta e dalla responsabilità aggravata prevista dall'art. 96 c.p.c.), per il solo

fatto di essere azionabili dal proprietario dei beni ipotecati, possano impedire a quest'ultimo di pretendere il risarcimento dei danni provocatigli dalla condotta abusiva del creditore, responsabile di un vero e proprio illecito extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Agli argomenti sui quali si fondava l'orientamento precedente (rappresentati fondamentalmente dall'inesistenza di una norma che, in tema di riduzione delle ipoteche, sancisca la responsabilità per atto illecito di chi abbia ecceduto nell'iscrizione, dal diritto del creditore di estendere l'ipoteca anche al di là del fine della garanzia, dall'assoggettamento dell'intero patrimonio del debitore alla responsabilità patrimoniale *ex* art. 2740 c.c. e dalla correlativa facoltà del creditore di cautelarsi iscrivendo ipoteca su qualunque bene immobile appartenente al debitore), è stato opposto che l'eccezione alla responsabilità per atto illecito, che deve risultare inequivocabilmente dal sistema della legge, non emerge da alcuna delle disposizioni alle quali veniva fatto richiamo per supportare una simile ricostruzione.

In particolare, l'art. 2828 c.c., riconoscendo la facoltà di iscrivere ipoteca su qualunque bene del debitore, non stabilisce alcunché in merito all'ambito dell'iscrizione, mentre l'art. 2877 c.c., che si limita a disciplinare la procedura di riduzione delle ipoteche, non esclude la responsabilità in capo a chi abbia ecceduto, sebbene la legge preveda che le spese necessarie per eseguire la formalità restano a carico del debitore (sempre che, peraltro, la riduzione non abbia luogo per eccesso nella determinazione del credito fatta dal creditore, nel quale caso è stabilito che è questi a doversene fare carico).

In effetti, secondo quanto osservato dai giudici di legittimità, dalla natura accessoria e strumentale della garanzia reale dispetto a crediti determinati, discende che la libertà di scelta del creditore in ordine agli immobili da assoggettare a ipoteca non può prescindere dalla necessaria correlazione tra credito, importo iscritto e valore dei beni.

Lo dimostrano le norme dettate dagli artt. 2874 e 2875 c.c., in base alle quali le ipoteche giudiziali debbono ridursi qualora i beni compresi nell'iscrizione abbiano un valore superiore a un terzo dei crediti iscritti, maggiorato degli accessori, ovvero se la somma determinata dal creditore nell'iscrizione ecceda di un quinto quello che l'autorità giudiziaria dichiara dovuta.

Sotto il profilo del coordinamento tra la generale responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c. e quella prevista dall'art. 96 c.p.c., quest'ultima ha natura speciale, perché attiene ad atti e comportamenti che si inseriscono nell'ambito di un processo e si traducono in un abuso del diritto di agire o di resistere in giudizio da parte di chi, senza la normale prudenza, chieda l'esecuzione di un provvedimento cautelare o abbia trascritto una domanda giudiziale o iscritto ipoteca giudiziale o agito in via esecutiva per la tutela o per la realizzazione di un diritto di cui sia accertata l'inesistenza, ovvero di chi, nonostante l'esistenza del diritto, abbia agito o resistito con mala fede o colpa grave nel giudizio di riduzione proposto dal debitore, a tutela dell'interesse a non subire turbative processuali ingiustificate o che comportino la violazione del generale dovere di correttezza e buona fede.

A fronte di tale specialità, ravvisabile – come detto – nel fatto di porsi nell'ambito di una

vicenda processuale, va escluso che la responsabilità sancita dall'art. 96 c.p.c. escluda quella generale da illecito civile *ex* art. 2043 c.c., nel caso in cui il creditore, ancora prima e al di fuori di un processo e al di là del fatto che siano stati attivati i rimedi contemplati dall'ordinamento, eserciti i propri diritti, poteri e facoltà in modo imprudente o non diligente, ovvero abusandone.

Così, con specifico riferimento al diritto di garanzia, il titolare deve fruirne in modo tale da perseguire l'obiettivo per il quale gli è riconosciuto (ossia per procurarsi una situazione di preferenza rispetto agli altri creditori) e non per determinare situazioni di discredito sociale e professionale che possano pregiudicare la posizione del debitore: il principio di universalità della responsabilità patrimoniale sancito dall'art. 2740 c.c. va pur sempre riguardato alla stregua di quello di proporzionalità e di adeguatezza, che funge da limite e da presidio rispetto all'interesse funzionalmente perseguito.

Di converso, il diritto del debitore di fare ricorso, in presenza dei presupposti di legge, al rimedio della riduzione dell'ipoteca non legittima una condotta imprudente, negligente o abusiva del creditore e non vale, dunque, a escludere la sua responsabilità extracontrattuale.

Di qui, l'affermazione, contenuta nell'ordinanza che si annota, per cui, a prescindere dal rimedio speciale della riduzione delle ipoteche e ferma restando la sua eventuale responsabilità processuale di cui all'art. 96 c.p.c., il creditore che abbia iscritto ipoteca giudiziale su beni che abbiano un valore eccedente o sproporzionato rispetto all'importo del credito vantato, può essere chiamato a rispondere, ai sensi dell'art. 2043 c.c., del danno subito dal debitore in conseguenza della difficoltà o dell'impossibilità di commercializzare il bene illegittimamente assoggettato alla garanzia reale, ovvero della derivantene difficoltà di accesso al credito, dovendosi senza dubbio escludere che il creditore possa iscrivere ipoteca sui beni del debitore senza alcun limite di continenza o di proporzionalità.

Sebbene con riferimento a un'ipotesi in cui il danno lamentato scaturiva dall'inadempimento dell'obbligo contrattualmente assunto di procedere alla cancellazione dell'ipoteca, è interessante sottolineare come un'altra recente pronuncia della Corte di cassazione (la n. 38317 del 3 dicembre 2021) abbia precisato che tale danno è da considerarsi *in re ipsa* – trovando la sua causa diretta e immediata nella situazione illegittima ascrivibile alla controparte – e consiste, oltre che nella somma necessaria per cancellare i vincoli e per dare corso alle relative formalità, anche nella perdita del guadagno che una vendita tempestiva del bene gravato (ostacolata dalla permanenza dell'ipoteca) avrebbe consentito, che dev'essere provato dal richiedente; mancato guadagno che, tuttavia, non può identificarsi nell'intero valore del bene, visto che il danneggiato ne conserva comunque la disponibilità (potendo addirittura lucrare condizioni di vendita migliorative, per effetto di aumenti dei valori immobiliari che dovessero verificarsi *medio tempore*), ma, casomai, nell'impossibilità di sfruttare il denaro che si sarebbe conseguito con il pagamento del prezzo (sotto forma, quindi, di interessi o altre forme di impiego), ovvero nell'impossibilità di realizzare, in futuro, lo stesso prezzo che era stato offerto, sempre in conseguenza di mutati scenari del mercato.

Master di specializzazione
PROFESSIONISTI E ANTIRICICLAGGIO: GLI ADEMPIMENTI, GLI OBBLIGHI E LA PROCEDURA
Scopri di più >

Comunione – Condominio - Locazione

La realizzazione di un cappotto termico all'edificio rientra nel campo delle innovazioni ex art.1120 c.c.

di **Saverio Luppino, Avvocato**

Tribunale ordinario di Firenze, Sez.II, Civile, sentenza n. 1842/2022 del 16 giugno 2022, Giudice unico Dott.ssa Daniela Bonacchi

Massima: *"Gli interventi sulle pareti condominiali che gli attori intendono eseguire, a salvaguardia dell'immobile di loro proprietà esclusiva, devono inquadrarsi nell'ambito di applicazione dell'art. 1120 c.c., perché volti "a migliorare la salubrità degli edifici" o "per il contenimento del consumo energetico". Ne discende che tale opera, ai sensi dell'art. 1120 co. 2 c.c., può essere deliberata, sia in prima che in secondo convocazione, con il voto favorevole della maggioranza dei partecipanti al condominio ed al meno la metà del valore dell'edificio".*

FATTO

In data 18/07/2014, i sigg. Tizio e Caio acquistavano dalla società (OMISSIS) s.r.l. un appartamento in fase di ristrutturazione, ricompreso all'interno di un complesso immobiliare sottoposto a vincolo di tutela artistica, attraverso la sottoscrizione di un contratto sottoposto a condizione sospensiva del mancato esercizio del diritto di prelazione ex artt. 60,61,62 del D.lgs.42/2004[1]. Congiuntamente all'acquisto dell'unità, le parti sottoscrivevano un contratto di appalto per l'esecuzione degli interventi necessari per al completamento del rinnovamento dei locali e per l'isolamento termico dello stesso.

Gli attori, una volta completato il trasferimento nel nuovo appartamento, appuravano che, oltre a non essere stati eseguiti gli interventi pattuiti, l'immobile risultava essere stato danneggiato a causa di infiltrazioni di umidità che avevano altresì portato alla formazioni di muffa sul muro perimetrale. A fronte dello stato in cui si trovava l'unità abitativa, Tizio e Caio provvedevano in autonomia, a proprie spese, a dare avvio alle operazioni finalizzate al risanamento ed al restauro conservativo dell'intonaco presente sui muri al primo piano della propria abitazione, il tutto finalizzato anche a realizzare un cappotto termico[2] per

raggiungere i requisiti minimi di isolamento previsti dalla normativa[3]. Tuttavia affinché potessero realizzarsi i lavori richiesti, ritenuti rientranti nell'alveo di applicazione dell'art.1102 c.p.c. da parte degli attori, per l'esecuzione dell'intervento si mostrò necessario accedere alla terrazza di proprietà della convenuta, che fino a quel momento si opponeva a concedere l'autorizzazione.

I sigg. Tizio e Caio, pertanto, convenivano in giudizio la (OMISSIS) s.r.l. al fine di ottenere l'accertamento del proprio buon diritto a porre in essere gli interventi di risanamento e di restauro conservativo dell'intonaco dei paramenti murari posti al primo piano dell'immobile adibito a propria abitazione. Connessa alla richiesta di accertamento, gli attori richiedevano la condanna, oltre al risarcimento dei danni subiti per il ritardo nell'esecuzione dei lavori, della convenuta a consentire loro di accedere alla terrazza di proprietà della società, potendo in tal modo eseguire il suddetto intervento.

La (OMISSIS) s.r.l. si costituiva in giudizio contestando agli attori che l'intervento prospettato rientrerebbe nella disciplina di cui all'art. 1120 c.c., e dunque sarebbe soggetta all'approvazione dell'assemblea condominiale, in quanto: "1) la realizzazione di un cappotto termico andrà ad aumentare la dimensione del muro esterno della facciata a discapito della superficie della terrazza di proprietà esclusiva della convenuta; di contro, ove gli attori riducessero lo spessore del muro maestro, andrebbero ad intervenire, alterandolo, su di un bene condominiale, senza la necessaria approvazione dell'assemblea condominiale; 2) l'intervento renderebbe più difficoltoso per la convenuta appoggiare o ancorare al muro oggetto di intervento, che delimita la propria terrazza, un gazebo o altra struttura o impianto o lucerna; 3) tale intervento rientra nella previsione di cui all'art. 1120 co. 2 c.c., per la cui approvazione è prescritta la maggioranza di cui all'art. 1136 co. 5 c.c.".

La causa veniva in ultimo istruita con i documenti prodotti e con l'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio.

SOLUZIONE

Il Tribunale di Firenze rigettava la domanda attorea e contestualmente condannava Tizio e Caio a rimborsare alla società convenuta le spese di lite, liquidate in 7.254,00 per compensi, e della C.T.U., oltre IVA, c.p.a. e 15% per spese generali.

QUESTIONI

Al fine di meglio individuare le ragioni a fondamento del rigetto della domanda attorea da parte del giudice unico, appare opportuno effettuare una breve digressione sulla natura e sulla consistenza dell'intervento.

Di fatti, il termine "cappotto termico" risulta già di per sé esauriente nella definizione della funzione di tale tipo di intervento: racchiudere il fabbricato in una sorta di "corazza protettiva" che garantisca, al tempo stesso, un alto grado di isolamento termico delle parti comuni dello

stabile e di quelle di proprietà esclusiva, il conseguente risparmio energetico, la prevenzione dei danni sulle pareti esterne/interne (ad esempio: crepe ed efflorescenze di muffe, che si possano formare a seguito della condensa conseguente allo scambio termico esterno/interno), la possibilità di accedere alle agevolazioni previste dal c.d. superbonus e così via. Date le caratteristiche funzionali che tale tipo di intervento è mirato ad attribuire all'edificio, la realizzazione dell'involucro risulta essere molto complessa sia da un punto di vista **organizzativo che esecutivo**, essendo necessaria la posa in opera di pannelli isolanti lungo le pareti murarie esterne ed i tempi di lavorazione ed i costi sono molto più lunghi ed elevati rispetto ad un'opera di ordinario restauro delle facciate.

Tutto quanto considerato, appare chiaro, tanto alla dottrina quanto al Tribunale di Firenze, che da un punto di vista edilizio il rifacimento del cappotto termico possa e debba essere assimilato alla categoria delle **innovazioni così come disciplinato dall'art.1120 c.c**.. Tale disposizione, infatti, al comma II, definisce come rientranti nella definizione "le opere e gli interventi volti a migliorare la sicurezza e la salubrità degli edifici e degli impianti; le opere e gli interventi [...] per il contenimento del consumo energetico degli edifici"[4], caratteri sicuramente attribuibili all'intervento di ristrutturazione in esame.

In virtù di tale deduzione, come specificato in motivazione dal Tribunale, discenderebbe che la realizzazione di tali lavori dovrebbe necessariamente superare il vaglio di un'apposita delibera assembleare la cui approvazione può essere raggiunta unicamente con le maggioranze prescritte dal combinato disposto agli artt. 1120 e 1136 c.c.[5].

Tuttavia, stante le peculiarità esecutive dell'opera, la realizzazione del cappotto termico potrebbe comportare ricadute negative sulle proprietà esclusive e di tale aspetto l'assemblea dovrà necessariamente tener conto per non incorrere nel pericolo di impugnazione della delibera. Proprio in considerazione del fatto che l'installazione del cappotto termico è un intervento "invasivo" anche rispetto alle proprietà individuali (i pannelli da utilizzare, infatti, per garantire una efficiente coibentazione dovrebbero avere almeno lo spessore di dieci centimetri), per la sua legittimità non basterà solo rispettare il quorum deliberativo, ma sarà necessario valutare, preliminarmente, che non si possa verificare una **violazione del diritto dei singoli**. La tematica è stata recentemente affrontata da una decisione di merito[6], la quale ha accertato la nullità della delibera assembleare che, senza il consenso di tutti i condomini, aveva deciso la realizzazione di un cappotto termico che occupava spazi di proprietà esclusiva diminuendone la superficie di calpestio già di per sé ridotta. Per quanto si tratti di un'importante decisione ancorata al caso concreto, in termini più generali è noto che l'assemblea dei condomini non ha il potere di imporre la realizzazione di lavori su porzione di edificio di proprietà esclusiva del condomino e che ledano il diritto di questi al godimento della *res propria*[7], come confermato anche dalla decisione della Cassazione S.U. n.4806 del 7 marzo 2005[8], in quanto la stessa delibera risulterebbe affetta da nullità assoluta, deducibile in ogni tempo indipendentemente dalla mancata impugnazione della delibera stessa.

Occorre inoltre citare la fondamentale ordinanza n. 10371/2021 emessa dalla Corte di Cassazione, la quale ci ha tenuto a specificare, attraverso un'articolata motivazione resa

necessaria dagli innumerevoli punti di impugnativa formulati dai ricorrenti, che l'intervento in parola non poteva qualificarsi come "innovazione gravosa e/o voluttuaria ai sensi dell'art. 1121 c.c., in quanto i lavori di coibentazione permettono un risparmio energetico che compensa l'investimento iniziale e producono un costo parzialmente detraibile fiscalmente". Tale specifica risulta di rilevante importanza in quanto comporta che la partecipazione di tutti i condomini al pagamento delle relative spese, secondo i criteri dettati dall'art. 1123 comma I c.c., rafforzando così l'idea che l'autorizzazione alla sua realizzazione debba essere sostenuta da una qualificata maggioranza dei condomini.

Ritornando al caso di specie, gli interventi richiesti da Tizio e Caio non hanno ricevuto alcun nullaosta da parte del Condominio, né tantomeno risulta che sia stata inoltrata alcuna richiesta affinché fosse discussa la proposta durante la successiva riunione dell'assemblea, comportando perciò l'insussistenza del vantato diritto ad eseguire i lavori e, pertanto, a poter accedere alla terrazza di proprietà della convenuta (OMISSIS) s.r.l..

[1] Altresì denominato "Codice dei beni culturali e del paesaggio".

[2] In conformità agli obblighi di cui al D.lgs. 192/2005.

[3] Intervento comunque autorizzato dalla Soprintendenza di Firenze.

[4] A cui si aggiunge la clausola generale al comma I che ricomprende le opere "dirette al miglioramento o all'uso più comodo o al maggior rendimento delle cose comuni".

[5] Così come modificati a seguito della conversione del d.l. 104/2020 in legge 126/2020.

[6] Trib. Roma, sent. 16 dicembre 2020, n. 17997.

[7] Cass., sent. 30 dicembre 1997, n. 13116.

[8] Distinguendo fra deliberazioni annullabili e nulle, ha inserito in queste ultime "quelle che incidono sui diritti individuali sulle cose o servizi comuni o sulla proprietà esclusiva di ognuno dei condomini".

Diritto e procedimento di famiglia

Pensione di reversibilità: per la suddivisione tra ex coniugi non si calcola solo la durata del matrimonio

di **Giuseppina Vassallo, Avvocato**

Cassazione civile sez. I, ordinanza del 25 agosto 2022 n. 25369

Pensione di reversibilità – Concorso tra coniuge superstite ed ex coniuge

(art. 9 comma III-legge 898/1970)

Massima: *"La suddivisione della pensione di reversibilità tra coniuge divorziato e coniuge superstite deve essere effettuata, oltre che sulla base del criterio legale della durata dei matrimoni, anche considerando ulteriori elementi, collegati alla finalità solidaristica dell'istituto, quali l'entità dell'assegno riconosciuto al coniuge divorziato e le condizioni economiche degli aventi diritto".*

CASO

Il Tribunale di Ravenna – con sentenza del 2008 – ha attribuito alla ex moglie divorziata titolare di assegno divorzile e non passata a nuove nozze, il 50 % della pensione di reversibilità dell'ex marito, in concorso con il coniuge superstite.

I giudici avevano fondato la decisione sulla base della effettiva durata dei due matrimoni che risultava quasi equivalente.

Entrambe le parti appellavano la sentenza: l'ex coniuge divorziato per ottenere il riconoscimento dell'attribuzione con decorrenza dalla data del decesso, e la seconda moglie per contestare nel merito l'entità della percentuale di pensione attribuita alla ex.

La Corte d'Appello di Bologna riduceva la percentuale riconosciuta all'ex coniuge dal 50% al 5%, ritenendo prevalente rispetto al criterio della durata del matrimonio, quello della condizione economica delle parti.

La prima moglie ricorre in Cassazione e la vicenda viene definita con una prima decisione del 2014, con la quale la sentenza è cassata con rinvio alla Corte territoriale.

Secondo la Cassazione, discostandosi dal criterio della durata dei rispettivi matrimoni, la Corte non avrebbe potuto far riferimento genericamente alla situazione patrimoniale della ricorrente, senza compararla con quella della seconda moglie.

La Corte specificò che il riferimento all'assegno di divorzio non può costituire un parametro generale e astratto idoneo a sostituire quello della durata del matrimonio, o essere considerato un antecedente vincolante nella determinazione della quota della pensione di reversibilità.

In altre parole, non è consentito al giudice individuare nell'entità dell'assegno divorzile un limite legale alla quota di pensione attribuibile all'ex coniuge, data la mancanza di qualsiasi indicazione della legge in tal senso.

Nel 2016, la Corte d'Appello in sede di rinvio, tenuto conto della durata dei matrimoni, dell'età e delle condizioni economiche delle parti, ha assegnato alla prima moglie la percentuale del 25% della pensione di reversibilità.

Anche questa sentenza è stata impugnata dal coniuge superstite.

Soluzione della Cassazione: il contemperamento dei due criteri della durata dei matrimoni e delle condizioni economiche delle parti

Nel dichiarare inammissibile il ricorso, la Cassazione ha ribadito il principio seguito attualmente dalla giurisprudenza e correttamente applicato dalla Corte d'Appello di Bologna.

La ripartizione della pensione di reversibilità o dell'indennità di fine rapporto tra coniuge divorziato e coniuge superstite, deve essere effettuata ai sensi della L. n. 898 del 1970, art. 9, comma 3, oltre che sulla base del criterio legale della durata dei matrimoni, anche considerando ulteriori elementi, collegati alla finalità solidaristica dell'istituto e individuati dalla giurisprudenza, quali le somme versate a titolo di assegno al coniuge divorziato e le condizioni economiche delle parti, tenendo conto anche delle rispettive convivenze stabili (Cass. Civ. n. 21247/2021).

Questioni: principi e interpretazione corrente della norma

Dopo l'intervento della Corte Costituzionale con la sentenza n. 419 del 1999, la giurisprudenza ritiene che il criterio legale della durata dei matrimoni individuato dal 3° comma dell'art. 9 Legge div. debba essere necessariamente contemperato dagli altri parametri che la norma testualmente non prevede.

L'utilizzo del solo criterio temporale potrebbe portare a situazioni di ingiustizia, privando delle

risorse necessarie il coniuge superstite che venga a trovarsi in stato di bisogno, mentre l'ex coniuge potrebbe beneficiare di un trattamento superiore allo stesso assegno di divorzio.

Inoltre, secondo la recente interpretazione della norma, la convivenza "more uxorio" non ha una semplice valenza correttiva dei risultati derivanti dall'applicazione del criterio della durata del rapporto matrimoniale, ma un distinto e autonomo rilievo giuridico, in presenza di stabilità ed effettività della comunione di vita prematrimoniale (Cass. Civ. n. 5268/2020 e Cass. Civ. n. 8263/2020).

Diritto e reati societari

La mancata tenuta delle scritture contabili non esonera il curatore fallimentare dall'onere di dimostrare il nesso di causalità tra il dissesto e la condotta degli amministratori

di **Eleonora Giacometti, Avvocato**

Corte di Cassazione, Sez. I civ., 12 maggio 2022, n. 15245 – Pres. Francesco A. Genovese

Parole chiave: Società di capitali – scritture contabili – azione di responsabilità – *mala gestio* – onere della prova.

Massima: *"nell'azione di responsabilità promossa dal curatore fallimentare a norma dell'art. 146 c. 2° L. Fall., la mancata o irregolare tenuta delle scritture contabili, pur se addebitabile all'amministratore convenuto, non giustifica che il danno risarcibile sia determinato e liquidato nella misura corrispondente alla differenza tra il passivo accertato e l'attivo liquidato in sede fallimentare, potendo tale criterio essere utilizzato solo quale parametro per una liquidazione equitativa, ove però ne sussistano le condizioni, e sempreché il ricorso a tale criterio sia, in ragione delle circostanze del caso concreto, logicamente plausibile; e sempreché, comunque, l'attore abbia allegato un inadempimento dell'amministratore almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato, indicando le ragioni che gli hanno impedito l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore medesimo"* (cfr. Cass. Sez. U. n. 9100-15, Cass. n. 38-17, Cass. n. 13220-21).

Disposizioni applicate: artt. 2390 ss. c.c., art. 2697 c.c. e art. 146 L. Fall, art. 210 c.p.c.

Con il giudizio in esame, gli amministratori di una società fallita hanno impugnato la sentenza della Corte d'Appello di Palermo che, confermando la pronuncia di primo grado emessa in merito all'azione di responsabilità *ex* articoli 2392 c.c. e 146 L. Fall., promossa dal curatore, li aveva condannati in solido al risarcimento del danno subito dalla fallita, in misura pari alla differenza tra il passivo e l'attivo fallimentare, per Euro 115.226,00, oltre ad interessi.

In particolare, le pronunce impugnate erano principalmente fondate sull'addebito consistente

nella mancata corretta tenuta delle scritture contabili della società fallita, ritenendo che la curatela avesse adempiuto al proprio onere probatorio.

La pronuncia di primo grado aveva infatti valorizzato, proprio per la mancanza di documenti contabili, l'impossibilità, da parte del fallimento, di dare una giustificazione a tutta una serie di operazioni, come ad esempio le omesse annotazioni di pagamenti o di prelievi, la mancata annotazione degli incassi ricevuti in contanti o la mancata annotazione di fatture d'acquisto anche a fronte di consistenti operazioni per oltre 100.000,00 Euro.

Da parte propria, la Corte d'Appello si era poi limitata a dichiarare che la mancata giustificazione delle suddette operazioni per importi significativi aveva confermato una gestione non corrispondente ai criteri di sana e buona amministrazione di un'azienda societaria – ed, in particolare, una violazione delle norme contabili che impongono l'annotazione delle effettive movimentazioni proprie dell'attività d'impresa – e sarebbe stato onere degli amministratori dimostrare, punto per punto, la correttezza delle operazioni medesime.

Gli amministratori hanno quindi impugnato la sentenza d'appello denunciando **1)** la violazione e/o la falsa applicazione degli articoli 2697 c.c. e 210 c.p.c., per avere la Corte d'Appello ritenuto che non fosse onere della curatela dimostrare l'esistenza di operazioni contrarie ai doveri di buona amministrazione societaria, bensì onere degli amministratori richiedere alla curatela un ordine di esibizione di alcune scritture contabile da questa acquisite e non depositate in giudizio e **2)** la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2390 ss. c.c., art. 2697 c.c. e art. 146 L. Fall. per avere la sentenza quantificato il danno nella differenza tra il passivo e l'attivo fallimentare, senza considerare che il parametro di tale liquidazione equitativa può essere utilizzato solo in presenza di determinate condizioni.

Accogliendo tali motivi, la Corte di Cassazione ha dichiarato che, pur avendo la responsabilità degli amministratori natura contrattuale, una condanna risarcitoria non può prescindere dalla prova di un nesso di causalità tra la condotta di *mala gestio* e il danno subito dalla società.

Partendo dal noto principio già espresso a Sezioni Unite con la sentenza n. 9100/2015, la Corte di Cassazione ha quindi evidenziato che la pronuncia impugnata era carente laddove aveva omesso di indicare in che modo gli addebiti mossi agli amministratori – e riassumibili nella mancata corretta tenuta delle scritture aziendali e, più in particolare, nell'elencazione di una serie di fatti quali i pagamenti e i prelievi non annotati, le fatture di acquisto connesse a cessioni di merce o gli incassi in contanti – si sarebbero posti in una relazione causalistica con il dissesto della società.

La mancanza o la sommarietà delle scritture contabili non è infatti di per sé sufficiente a giustificare una condanna dell'amministratore, essendo il criterio del *deficit* fallimentare utilizzabile solo in via equitativa nell'ipotesi di impossibilità di quantificare esattamente un danno in conseguenza della dimostrazione – quanto meno presuntiva – di condotte di *mala gestio*.

Diversamente, secondo il ragionamento della Corte d'Appello di Palermo si arriverebbe alla non condivisibile conclusione che, in tutti i casi di difetto di regolarità contabile, l'intero *deficit* fallimentare verrebbe automaticamente attribuito agli amministratori.

Il ricorso in cassazione è stato quindi accolto con rinvio alla Corte d'Appello di Palermo, in diversa composizione, per l'emissione di una pronuncia uniforme al principio di diritto sopra indicato.

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Fallimento del debitore inadempiente ammesso al concordato preventivo omologato

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

Cass. Civ. Sez. Un., Sentenza 7 dicembre 2021[1], n. 4696, Pres. Manna A. – Rel. Stalla G.M.

Concordato Preventivo – fallibilità del debitore ammesso al Concordato – non necessaria risoluzione ex art. 186 l.f.

Parole chiave: Fallimento post ammissione a C.P. – insolvenza nel pagamento dei debiti concordatari – risoluzione del concordato ex art.186 l.f. – la preclusione del fallimento in assenza di risoluzione – continuità tra Legge Fallimentare e CCI

Riferimenti normativi: Legge Fallimentare artt. 5, 185, 186 – CCI artt. 119.

CASO

La questione sottoposta a mezzo ricorso alle Sezioni Unite della Suprema Corte trova fondamento in una sentenza della Corte d'Appello di Campobasso[2], dichiarando, su istanza del Pubblico Ministero, il fallimento della debitrice "*già ammessa a procedura di concordato preventivo in continuità aziendale, omologato nel 2013*".

Le S.U. nell'incipit dello svolgimento delle proprie argomentazioni, richiamano all'attenzione come la Corte d'Appello avesse in particolare osservato che il Tribunale "*aveva ritenuto che la società si trovasse in stato di insolvenza a seguito dell'incapacità di far fronte alle obbligazioni derivanti dal concordato preventivo omologato dall'evidente incapienza dell'attivo concordatario realizzato e realizzabile), senza tuttavia porsi il problema della necessità della preliminare risoluzione del concordato in corso di esecuzione, così come prevista dall'articolo 186 l.fall*".

SOLUZIONE

Le Sezioni Unite ripercorrono nell'esposizione quanto osservato dai giudici remittenti[3], di seguito richiamate sommariamente:

- si indica come la questione sia stata già affrontata e risolta da precedenti della Sesta Sezione[4] nei quali si è affermato che, venuto a cadere, con la riforma dell'articolo 186 l.fall. da parte del d.lgs.169/07, ogni automatismo tra risoluzione del concordato e dichiarazione di fallimento, quest'ultima può intervenire anche a prescindere dalla previa adozione della prima;
- viene evidenziata la "*non piena condivisione*" di tale indirizzo, in "*parte autorevole della dottrina*";
- ne risulterebbe un quadro interpretativo controverso ed ampiamente discutibile, restando in particolare irrisolti vari profili la cui disamina potrebbe indurre ad una soluzione del problema opposta rispetto a quella fin qui recepita dalla giurisprudenza di legittimità;
- viene evidenziato un "*ulteriore elemento interpretativo a sostegno della soluzione preclusiva della dichiarazione di fallimento in assenza di previa risoluzione*" dalla nuova formulazione della relativa previsione, fornita dall'articolo 119 del CCII per il quale la risoluzione del concordato costituisce condizione per l'apertura della liquidazione giudiziale.[5]. Le S.U., eseguita una disamina con riferimento all'art. 186 l.f., ante e post riforma (d.lgs 5/06 e d.lgs.169/07) e richiamando quanto espresso dalla Corte Costituzionale nella Sentenza n. 106 del 2004[6] chiariscono: "*Quanto sul punto affermato dal giudice delle leggi sotto il vigore del regime di automatismo ..., lungi da essere reso inattuale dalle modifiche succedutesi, risulta a tutt'oggi di perdurante e – se mai – rafforzata persuasività*";
- altro elemento offerto dai giudici remittenti, è costituito dall'enunciazione di un *ulteriore approfondimento* quanto a tre aspetti[7]:

a) la "*possibilità di fallimento solo per un'insolvenza nuova rispetto al momento dell'omologazione del concordato*".

A tale proposito si richiama come la Corte di Cassazione[8] abbia precedentemente espresso un principio per cui il giudice di merito "*ferma l'obbligatorietà della falcidia concordataria sui crediti anteriori, dovrebbe verificare se l'inadempimento di tali crediti, da parte di soggetto qualificabile come imprenditore commerciale, era tale da potersi definire come insolvenza, ai sensi dell'art. 5 legge fall., e trarne le conseguenze di legge in ordine alla legittimità della sentenza dichiarativa di fallimento*". Ciò al fine di determinare se si verta nell'ipotesi di mancato adempimento delle obbligazioni concordatarie, che comporti la sua risoluzione e riapertura del fallimento (nel caso di specie), ovvero la instaurazione di un fallimento ex novo – comportando, nel primo caso, "*la reviviscenza dei crediti secondo la misura e le connotazioni ante procedura*" e, nel secondo, "*la instaurazione di un fallimento ex novo, nel quale le obbligazioni idonee a sostenere il giudizio d'insolvenza ... sono quelle riscritte ... a seguito dell'omologazione oltre ad altre sopravvenute (e solo queste nella loro integralità)*" -;

b) "*inadempimento alle obbligazioni discendenti dall'esecuzione dello stesso concordato*

omologato" – indicazione generale e non oggetto, in tale sede, di approfondimento dimensionale / percentuale / sostanziale -;

c) ove, sub b), ritenuta l'ammissibilità del fallimento resta da valutarne l'applicazione all'impresa ammessa al concordato omologato, anche prima dello spirare del termine annuale (ex art. 186, terzo comma l.fall.)".

Per completezza espositiva si richiama all'attenzione come la Corte Costituzionale, nella sentenza citata – qui seguendo l'espressione testuale estensivamente riportata dalle S.U. in trattazione, – abbia chiarito:

? "*l'obbligatorietà del concordato omologato può venire meno solo a seguito della risoluzione o dell'annullamento, con dichiarazione «che retroagisce al momento del decreto di apertura della procedura di concordato, e che determina, ovviamente, l'ammissione al passivo dei crediti anteriori per l'intero loro ammontare e non già nella misura 'falcidiata' dal concordato»*";

? "*la tesi della preclusione del fallimento in assenza di risoluzione non è affatto imposta dalla legge, ma «è frutto di una interpretazione che privilegia un – rispettabile ma opinabile – profilo sistematico, secondo il quale il concordato (se non risolto o annullato) cancellerebbe definitivamente 'quella' insolvenza in ragione della quale fu ammesso ed omologato e, pertanto, impedirebbe di attribuire successivamente rilevanza, ai fini di cui all'art. 5 legge fall., ai debiti esistenti al momento dell'apertura della procedura»*";

? "*spetta in ogni caso al giudice di adottare una interpretazione conforme a Costituzione «in luogo di quella 'sistematica' che egli ritiene confliggente con le evocate norme costituzionali…"*, applicandosi quanto definito dalla Corte Costituzionale nel 2004 (ante)".

Le S.U., richiamando propri precedenti del 2015[9] che definisce *sentenze gemelle*[10], riporta "*per quanto qui più conta, si è in particolare affermato che tra la procedura concordataria e quella fallimentare deve sussistere un coordinamento (c.d. asimmetrico) volto ad attribuire preminenza allo scopo preventivo ed alternativo della prima, anche indipendentemente dalla priorità temporale di presentazione delle relative istanze (principio di prevenzione)*"***[11]**.

Quanto infine all'*influenza ermeneutica* del raccordo tra l'art. 119 CCII e l'art. 186 l.fall., pur richiamando due noti precedenti delle stesse S.U.[12] che affermano l'utilità interpretativa del 'codice della crisi' qualora ricorra, nello specifico segmento "*considerato un ambito di continuità tra i due regimi*", giunge a negare la "*applicazione di questo indirizzo*" atteso come, nel caso di specie risulti, "*evidente il difetto di quel requisito di continuità di regime che si è detto essere essenziale per il recupero della valenza interpretativa postuma*". Le S.U. osservano come "*il regime sopravvenuto introduca un'innovazione che va al di là del mero ampliamento del novero dei soggetti legittimati, per assumere carattere sistematico in quanto involgente il ruolo del commissario giudiziale nella fase esecutiva del concordato*"[13].

Principio di Diritto

A conclusione del complessivo excursus logico analitico, le S.U. esprimono il seguente principio di diritto: "*nella disciplina della legge fallimentare risultante dalle modificazioni apportate dal D.lvo n.5/2006 e dal D.Lvo 169/2007, il debitore ammesso al concordato preventivo omologato che si dimostri insolvente nel pagamento dei debiti concordatari può essere dichiarato fallito, su istanza dei creditori, del PM o sua propria, anche prima ed indipendentemente dalla risoluzione del concordato ex art.186 l.fall.*".

QUESTIONI APPLICATE NELLA PRATICA

In primis, considerando il principio di diritto espresso dalle S.U., si osserva come sia offerta una interpretazione dell'insolvenza successiva, agli effetti che qui rilevano, limitata all'inadempimento costituito dal mancato pagamento dei debiti concordatari come da omologa. Si consideri come l'aspetto sostanziale e rilevante delle due distinte impostazioni – Tribunale e Corte d'Appello – oggetto di ricorso, sia riassumibile nel rilievo di quest'ultima per la quale il Tribunale avrebbe deciso "*senza tuttavia porsi il problema della necessità della preliminare risoluzione del concordato in corso di esecuzione, così come prevista dall'articolo 186 l.fall.*".

Ciò che appare rilevante dalle argomentazioni e dal percorso seguito nella Pronuncia in oggetto, risulterebbe costituire un'indiretta affermazione della non esatta riconducibilità, ai fini della norma fallimentare in esame, dell'inadempimento degli obblighi concordatari ai "*debiti sorti successivamente al deposito della domanda di apertura del concordato preventivo*", anche in un contesto interpretativo applicativo dell'art. 119 CCII.

Appare legittimo, quindi, domandarsi come risulterebbe gestibile un eventuale inadempimento concordatario derivante da esborsi e/o oneri imprevisti, quale effetto di inadempimenti contrattuali dell'imprenditore per operazioni / forniture / risarcimenti, direttamente connessi all'attività concordataria – si pensi agli istituti della "*continuità aziendale*" ovvero dello "*affitto di azienda*" -. Ciò, soprattutto, in considerazione del diverso trattamento che ne deriverebbe, secondo un orientamento di legittimità riportato dalle S.U. in parola (infra),[14] che ne deriverebbe ai crediti concorsuali quanto allo loro falcidia ovvero insinuabilità per l'originario credito integrale[15].

Non da ultimo assume estremo rilievo la Proposta Concorsuale nella sua complessità e fattibilità, proprio avuto riguardo alla tenuta, ed eventuale forma di copertura[16], del Piano con riferimento alle forme mitigatorie dei rischi di mancato, o parziale, incasso di crediti e relativa riconducibilità, nell'effetto, ad una delle due ipotesi sostanziali per le ragioni creditorie degli aventi diritto "originari" nella procedura che deriverebbe.

[1] Data pubblicazione 14 febbraio 2022.

[2] N. 394/2016 del 07/12/2016, con era stata revocato la sentenza del Tribunale di Campobasso n.12/2016.

[3] Ordinanza interlocutoria n. 8919 del 31 marzo 2021, della I Sez. civ.

[4] N. 17703 del 17 luglio 2017 e n. 29632 dell'11 dicembre 2017.

[5] "*salvo che lo stato di insolvenza consegua a debiti sorti successivamente al deposito della domanda di apertura del concordato preventivo*".

Viene richiamato, a tale proposito, la non escludibilità della rilevanza ermeneutica della disposizione (allora) del CCII non ancora applicabile, sul presupposto della sostanziale continuità della disciplina normativa come definito dalla nota Cass. S.U. n. 12476/20 – a tale proposito ci si permette rinviare a quanto esposto su questa Rivista, in merito, a commento della successiva (S.U. n. 8504, del 23 febbraio 2021) la quale, in trattazione, richiama tale precedente (Edizione di martedì 20 luglio 2021 "*La "transazione fiscale" tra Legge Fallimentare e C.C.I.I.: applicazione delle disposizioni prospettiche quali criterio interpretativo di quelle vigenti*") -.

[6] Decisione del 24/03/2004, deposito del 02/04/2004, pubblicazione in G. U. 07/04/2004.

[7] Ritenendo distinguibili in tre fasi la "*questione da devolvere alle Sezioni Unite*" come esposta nel Provvedimento rimettente.

[8] Sez. 6, n. 29632 del 7 novembre 2017, richiamando espressamente quanto espresso dalla Corte Costituzionale (n. 106/2004, cit.- citate anche dalle SU in trattazione (infra) .

[9] N. 9935 e n. 9936, citate anche dall'Ordinanza Interlocutoria n. 8919 cit.) per la quale, con esse, si è "*cristallizzato il principio del c.d. "coordinamento asimmetrico" tra la procedura concordataria e quella fallimentare*",

[10] Vedendosi affermato che la pendenza di una domanda di concordato preventivo "*impedisce temporaneamente la dichiarazione di fallimento sino al verificarsi degli eventi previsti dagli artt. 162, 173, 179 e 180 legge fall.(...)" e che, in pendenza di una procedura concordataria, "il fallimento dell'imprenditore, su istanza di un creditore o su richiesta del P.M., può essere dichiarato soltanto quando ricorrono gli eventi previsti dagli artt. 162, 173, 179 e 180 legge fall.*".

La stessa Pronuncia in trattazione, quanto alla definizione di pendenza precisa è da intendendosi per 'pendenza' indifferentemente *con riferimento alle "fasi di ammissione, di approvazione o di omologazione*".

[11] Di recente la Corte (Sez. 1, n. 20661, 2 luglio 2019) avuto riferimento alla riformulazione dell'art. 160 l.fal., intervenuta con d.l. n. 35 del 2005 (non menzionata dalle citate disposizioni), ha chiarito che "*con l'espunzione dell'inciso che consentiva all'imprenditore di proporre il concordato preventivo «fino a che il suo fallimento non è dichiarato», il principio di prevenzione che regolava i rapporti tra le due procedure, subordinando la pronuncia di fallimento al previo esaurimento della soluzione concordata della crisi dell'impresa, deve ritenersi definitivamente superato, non potendo essere desunto neppure in via interpretativa dai principi*

generali".

[12] S.U. n.i 2476/20 e 8504/21 (cit.).

[13] Fondando il proprio ragionamento, tra le altre, su quanto esposto nella Relazione Illustrativa al CCII, nella quale secondo le S.U. "*la disciplina viene descritta in termini dichiaratamente innovativi*", riportandone un significativo stralcio "l'articolo 119 sulla risoluzione del concordato contiene una rilevante novità rispetto all'attuale disciplina, in quanto d*ispone che la legittimazione ad agire per la risoluzione spetti non soltanto ai creditori ma anche al commissario giudiziale ove un creditore gliene faccia richiesta (…)*".

[14] N. 29632/2017 che riprende quanto esposto dal Giudice delle Leggi con sua n. 106/2004 (cit.).

[15] Aspetto che, in sede di valutazioni che dovrà eseguire un creditore in una simile circostanza, potrebbero risultante significative e non secondarie non solo in ragione del "riconoscimento" – livello e grado di rimborsabilità del credito come risultante dalla valutazione degli Organi Concordatari ma, soprattutto, al ricorrere di Accordi tra Creditori che, proprio per favorire il positivo esito concorsuale abbiano ridotto il valore delle proprie ragioni ovvero delle garanzie che le assistono.

[16]Si pensi alle assicurazioni crediti ovvero alla loro cessione pro-soluto – sempre una volta valutati i rispettivi costi / benefici che il Piano stesso deve analizzare e motivare nella scelta operata dall'Imprenditore richiedente la Procedura -.

Diritto Bancario

Decorrenza della prescrizione e natura dei pagamenti (solutori o ripristinatori)

di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

Una decisione della Cassazione (n. 18815/2022) offre lo spunto per una rapida ricognizione di alcuni 'punti fermi' della giurisprudenza di legittimità in tema di decorrenza della prescrizione e natura dei pagamenti (solutori o ripristinatori).

Il consolidato principio relativo alla decorrenza della prescrizione del diritto di ripetizione di indebito oggettivo è che l'azione di ripetizione, proposta dal cliente di una banca il quale lamenti la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo a un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale che inizia a decorrere, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati, ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati.

Infatti, nell'anzidetta ipotesi ciascun versamento non configura un pagamento dal quale far decorrere, ove ritenuto indebito, il termine prescrizionale del diritto alla ripetizione, giacché il pagamento che può dar vita ad una pretesa restitutoria è esclusivamente quello che si sia tradotto nell'esecuzione di una prestazione da parte del *solvens* con conseguente spostamento patrimoniale in favore dell'accipiens (Cass. S.U., n. 24418/2010; Cass. n. 24051/2019).

Quanto all'onere della prova circa la natura delle rimesse, se aventi natura ripristinatoria ovvero solutoria, trova applicazione il principio secondo cui, in tema di prescrizione estintiva, l'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto, unita alla dichiarazione di volerne profittare, senza che sia necessaria l'indicazione delle specifiche

rimesse solutorie ritenute prescritte; invero, come non si richiede ai fini della valida proposizione della domanda di ripetizione che il correntista specifichi una ad una le rimesse dallo stesso eseguite che, in quanto solutorie, si siano tradotte in pagamenti indebiti a norma dell'art. 2033 c.c., in modo simmetrico, la banca che eccepisca la prescrizione non può essere gravata dall'onere di indicare i versamenti solutori (Cass. S.U., n. 15895/2019; Cass. n. 7013/2020; Cass. n. 9462/2020; Cass. n. 14958/2020).

In buona sostanza, una volta che chi agisca in ripetizione di indebito abbia provato l'esistenza dell'apertura di credito e il massimale dell'affidamento e depositato gli estratti periodici relativi all'intero rapporto, egli non è tenuto a indicare, una per una, le rimesse di natura solutoria e quelle di natura ripristinatoria; così come la banca che eccepisca la prescrizione del diritto non è tenuta anche a tale ulteriore indicazione.

Nel caso di contratto di conto corrente bancario assistito da apertura di credito hanno natura solutoria i versamenti che hanno la funzione di eliminare ovvero ridurre il c.d. "scoperto" di conto corrente, ossia il debito del correntista per la parte eccedente l'affidamento accordatogli; hanno invece funzione ripristinatoria (e non costituiscono quindi pagamento in senso giuridicamente rilevante) quei versamenti che si mantengano nei limiti del concesso affidamento (in questo senso, *ex multis*, Cass. n. 6195/2020).

Per stabilire se un versamento abbia avuto natura solutoria ovvero ripristinatoria occorre eliminare tutti gli addebiti indebitamente effettuati dalla banca (mediante applicazione di interessi non dovuti ovvero mediante capitalizzazione trimestrale, ecc.) e, in conseguenza di tale operazione, rideterminare il reale saldo passivo del conto, verificando se i versamenti di volta in volta eseguiti si collochino all'interno del massimale di fido ovvero se essi siano stati eseguiti per eliminare il suo superamento (cfr. Cass. n. 9141/2020).

Nuove tecnologie e Studio digitale

Eventi, comunicazione e marketing per lo studio legale

di **Mario Alberto Catarozzo - Coach, Formatore, Consulente – CEO di MYPlace Communications**

Che la comunicazione sia diventata importante anche per gli studi professionali, tra cui lo studio legale, è oramai una certezza. Che oggi non bastino più le competenze tecnico-giuridiche per fare la differenza è altrettanto chiaro e condiviso da tutti oramai. Che la pandemia abbia accelerato quel processo di cambiamento e innovazione della professione forense già in atto da almeno un decennio è altrettanto condiviso da tutti.

Partiamo dunque da queste tre certezze per muovere i nostri passi nel mondo del legal marketing. Un'altra precisazione, tuttavia, va fatta prioritariamente. Useremo qui il termine marketing in modo ampio e onnicomprensivo di una serie di attività, quali la comunicazione promozionale, la comunicazione social, le azioni di marketing in senso stretto (newsletter, sponsorizzazioni, video, emailing), eventi di formazione, eventi di networking.

Abbiamo ora le basi di partenza per capire cosa voglia dire oggi per uno studio legale fare marketing.

Comunicare per fidelizzare i clienti: la newsletter

Al primo posto nella lista delle cose da fare inseriamo le attività più "semplici" relative alla gestione della clientela. In passato gli studi non erano soliti inviare newsletter per aggiornare i clienti relativamente ad eventi dello studio, a momenti di formazione, a novità legislative o giurisprudenziali. Oggi, invece, il cliente gradisce essere coinvolto, aggiornato, informato sia della vita dello studio, sia delle attività da esso svolte, sia del contesto normativo che interessa l'azienda stessa. La periodicità di una newsletter può variare dalla cadenza settimanale a quella quindicinale, fino ad arrivare alla cadenza mensile, che è il minimo richiesto.

CONTINUA A LEGGERE

Seminari di specializzazione
ATTIVITÀ DI MARKETING E LA RIFORMA DEL REGISTRO DELLE OPPOSIZIONI
Scopri di più >