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

Edizione di martedì 4 ottobre 2022

Proprietà e diritti reali

Il deposito cauzionale nel real estate: obbligo di restituzione
di **Donatella Marino, Avvocato**

Procedimenti di cognizione e ADR

Compravendita: chi abbia domandato la riduzione del prezzo pattuito, in alternativa, può chiedere, con la prima memoria ex art. 183 comma 6 c.p.c., la risoluzione del contratto per grave inadempimento
di **Franco Stefanelli, Avvocato**

Esecuzione forzata

Opposizioni esecutive e litisconsorzio necessario
di **Valentina Scappini, Avvocato**

Obbligazioni e contratti

Inopponibilità in compensazione di un credito contestato
di **Mirko Faccioli, Avvocato e Professore associato di diritto privato**

Comunione – Condominio - Locazione

Determinazione della competenza per valore di causa avente ad oggetto l'impugnazione di delibera condominiale
di **Saverio Luppino, Avvocato**

Diritto e procedimento di famiglia

La condotta violenta di un coniuge è sufficiente per la pronuncia di addebito della separazione
di **Giuseppina Vassallo, Avvocato**

Diritto e reati societari

Da indizi probatori gravi, precisi e concordanti può essere desunta la qualità di socio occulto
di **Eleonora Giacometti, Avvocato**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di società fallita: inversione dell'onere della prova e criteri di determinazione del quantum risarcitorio
di **Giulio Marconcin, Avvocato**

Diritto Bancario

Art. 1956 c.c.: la liberazione del fideiussore per obbligazione futura
di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

LEGAL COUNSEL

Perché un Codice etico per lo studio legale
di **Mario Alberto Catarozzo - Coach, Formatore, Consulente – CEO di MYPlace Communications**

Proprietà e diritti reali

Il deposito cauzionale nel real estate: obbligo di restituzione

di **Donatella Marino, Avvocato**

Sintesi

Il deposito cauzionale è un istituto in forte evoluzione nella prassi. Grazie alle nuove tecnologie, gli operatori impiegano sistemi di pagamento digitali e schemi contrattuali nuovi anche all'interno delle operazioni economiche più tradizionali, quali la locazione. Cambia pertanto la modalità di gestione e fruizione del deposito cauzionale, pur mantenendone la finalità. Restano tuttavia fermi alcuni principi di diritto. Quanto alla **funzione di garanzia** e all'**obbligo di restituzione**, la giurisprudenza più recente ritiene che il locatore possa trattenere la somma ricevuta in deposito anche dopo il rilascio dell'immobile solo quando ne faccia richiesta di attribuzione a copertura di specifici danni subiti, tra cui anche gli importi rimasti impagati, senza che la mancata restituzione configuri *tout court* il reato di appropriazione indebita. Quanto alla **regolazione pattizia del deposito cauzionale**, la giurisprudenza più recente tende a ritenere che la previsione normativa, nelle locazioni ad uso abitativo, sia liberamente derogabile dalle parti mentre riveste ancora carattere cogente per locazioni ad uso non abitativo.

La funzione del deposito cauzionale e l'ultima giurisprudenza

Nel contratto di locazione le parti possono disporre che il conduttore versi al locatore un importo con funzione di garanzia dell'esatto adempimento degli obblighi assunti. L'importo dovrà essere restituito al momento del rilascio, ricorrendone i presupposti.

Più specificatamente, il deposito cauzionale consiste nella *"consegna di denaro o di altre cose mobili fungibili con funzione di garanzia dell'eventuale obbligo di risarcimento a carico del cauzionante: sulla somma o sul valore dei beni ricevuti l'accipiens potrà invero agevolmente soddisfarsi ove la controparte gli abbia cagionato un danno e per l'ammontare del danno stesso"* (Cass. n. 18069/2019). La giurisprudenza riconosce dunque espressamente al deposito cauzionale una funzione di "***garanzia dell'eventuale obbligazione di risarcimento del danno***" (Cass. n. 18069//2019).

Nel caso specifico delle **locazioni** la funzione del deposito cauzionale *"è di garantire il locatore per l'adempimento di tutti gli obblighi, **legali e convenzionali**, gravanti sul conduttore, e, quindi **non soltanto quello del pagamento del canone ma anche quello di risarcimento dei danni per l'omesso ripristino dei locali** (*Trib. Taranto n. 1336/2019).

La funzione di garanzia può coprire dunque tutti gli importi necessari al ristoro della perdita economica: sia che il locatore lamenti danni causati dal venir meno dell'**obbligo di manutenzione e custodia** dell'immobile (e arredi) a carico dell'inquilino, sia che lamenti il mancato **pagamento del canone o di altre spese** (quali le utenze, se dovute).

Deposito cauzionale e restituzione

Alla funzione di garanzia del deposito cauzionale sono legate una serie di conseguenze.

1. Al "***termine della locazione**, non appena sia avvenuto il rilascio dell'immobile locato*, il locatore è tenuto alla restituzione della cauzione (Cass. n. 18069/2019).
2. In caso di inadempimento del conduttore il locatore potrà soddisfarsi chiedendo l'attribuzione della somma ricevuta in deposito con domanda giudiziale, unico strumento idoneo a individuare la sussistenza di un ipotetico danno, il soggetto danneggiante e l'entità del risarcimento, elementi che **non possono unilateralmente essere indicati dal danneggiato**.
3. Il locatore può pertanto trattenere la somma versatagli a titolo di deposito anche dopo il rilascio **solo quando ne faccia richiesta di attribuzione, proponendo domanda giudiziale,** *"a copertura di specifici danni subiti, tra cui anche l'ipotesi di pigioni ed importi rimasti impagati"* (Cass. n. 18069/2019)
4. **Ove il locatore trattenga il deposito cauzionale** ***"senza proporre domanda giudiziale** per l'attribuzione in tutto o in parte dello stesso a copertura di specifici danni subiti o di importi rimasti impagati, **il conduttore può esigerne la restituzione**"* (C. d'Appello Campobasso n. 38/2021*)* **entro dieci anni** dalla data di rilascio.
5. Il locatore avrà comunque, anche in tal caso la possibilità di **far valere la perdita economica subita a causa dell'inadempimento del conduttore, deducendo in tale sede** ***"l'esistenza di eventuali danni ... a fondamento di domanda riconvenzionale risarcitoria,** nel rispetto dei termini processuali dettati a pena di decadenza"*. Non può invece, limitarsi ad allegare i danni subiti quale mera difesa volta a negare la sussistenza del fatto costitutivo del credito restitutorio (Cass. n. 18069/2019).

Resta esclusa, secondo la giurisprudenza più recente, la configurazione *tout court* del **reato di appropriazione indebita** (art. 646 c.p.), in capo al locatore che non riconsegni immediatamente la cauzione ricevuta al termine della locazione ma la trattenga temporaneamente a garanzia del suo credito risarcitorio, per mancanza del presupposto dell' impossessamento della cosa altrui. Al contrario, può configurare il reato il comportamento del locatore che si impossessa della somma ricevuta a titolo di cauzione in via definitiva e la usa per scopi propri, *"integrando la fattispecie dell' appropriazione indebita solamente quando il denaro viene consegnato per un fine ben preciso e lo si usa per un diverso scopo*" (v. ex multis Cass. pen. n.54521/2017).

Evoluzione della normativa

Uno dei pochi spunti per ricostruire la *ratio* del deposito cauzionale è offerto dall'art. 1608 c.c. in cui il Legislatore del **1942**, seppur con anacronistico linguaggio, specifica che nelle locazioni di case non ammobiliate "*l'inquilino può essere licenziato se … non presta altre **garanzie idonee** ad assicurare il pagamento della pigione",* introducendo così un embrione di garanzia di tutela al locatore quantomeno per il pagamento del canone. Tant'è che nella prassi si è stabilizzata la richiesta al conduttore di rilasciare, se non un deposito cauzionale, quantomeno una garanzia fideiussoria volta ad assicurare il pagamento dei canoni.

Nel **1969,** con l'Art. 9 della legge sulla locazione degli immobili urbani (L. 26 novembre 1969, n. 833, abrogata nel 2010, D. Lgs 13 dicembre 2010, n. 212), il Legislatore introduce dei limiti a carico del locatore, allo scopo di evitare che gli importi richiesti a titolo di garanzia possano essere svincolati dalla loro destinazione e costituire un ingiustificato arricchimento per il locatore. Prevede così **l'obbligo che il deposito sia posto in conto bancario vincolato**, stabilendo anche che il deposito cauzionale richiesto dal locatore "*per tutti i tipi di locazione non può essere superiore a tre mensilità del canone di affitto"* e che "***i relativi interessi maturati dovranno essere accreditati al locatario."***

Con l'art. 11 della L. 27 luglio **1978**, n. 392 (cosiddetta legge sull'"equo canone"), ancora sugli immobili urbani, viene posto ulteriore rigore a carico del locatore. Quanto al deposito cauzionale, si conferma non solo che non possa essere *"superiore a tre mensilità del canone*" ma anche che **deve essere produttivo di interessi legali**, da corrispondere alla fine di ogni anno.

L'art. 11 della legge sull'"equo canone" non compare tra gli articoli espressamente abrogati dall'art. 14 della L. 9 dicembre **1998,** n. 431, rimane pertanto applicabile in via dispositiva anche alle locazioni ad uso abitativo. Tuttavia, lo stesso art. 14 ha abrogato, limitatamente alle locazioni ad uso abitativo, l'art. 79 della legge sull'"equo canone" che prevedeva la nullità *"di ogni pattuizione diretta a limitare la durata legale del contratto o ad attribuire al locatore un canone maggiore …ovvero ad attribuirgli altro vantaggio in contrasto con le disposizioni della presente legge"*. Secondo la giurisprudenza più recente, pertanto, *"mentre per le locazioni ad uso abitativo si ritiene che **la disciplina del deposito cauzionale sia liberamente derogabile da parte dei contraenti**, per quelle ad uso non abitativo la disciplina riveste ancora carattere cogente"(*Cfr. Trib. Roma n. 4046/ 2022).

Procedimenti di cognizione e ADR

Compravendita: chi abbia domandato la riduzione del prezzo pattuito, in alternativa, può chiedere, con la prima memoria ex art. 183 comma 6 c.p.c., la risoluzione del contratto per grave inadempimento

di **Franco Stefanelli, Avvocato**

Cass., Sez. II, ud. 13 giugno 2022, 18 luglio 2022, n. 22539, Pres. Di Virgilio – Est. Varrone.

[1] Compravendita – *Actio quanti minoris* – Richiesta di risoluzione del contratto nella prima memoria *ex* art. 183 comma 6 c.p.c. – Ammissibilità – Contrasto coi principi di irrevocabilità della scelta *ex* art. 1492 c.c. – Divieto di *mutatio libelli* – Esclusione (cod. proc. civ., art. 183, cod. civ. artt. 1454, 1492)

In tema di compravendita, la parte, la quale, con la domanda giudiziale, abbia domandato la riduzione del prezzo pattuito, può, in alternativa, chiedere, con la memoria ex art. 183 comma 6 comma 1 c.p.c., la risoluzione del contratto per grave inadempimento, senza per questo porsi in contrasto sia col principio della irrevocabilità della scelta operata inizialmente ex art. 1492 c.c., atteso che esso, trovando il suo limite nella identità del vizio fatto valere, è superato dall'emersione di ulteriori e diversi vizi, sia con quello del divieto di "mutatio libelli" nel processo, stanti l'identità delle parti, del contratto e della complessiva vicenda sostanziale dedotta in giudizio e la connessione per alternatività delle due domande.

CASO

C.T. e Z.M. convenivano in giudizio dinanzi al Tribunale di Bassano del Grappa, R.M. e F.F. nonché il geometra P.D. e chiedevano che i primi fossero condannati a restituire agli attori quanto indebitamente incassato con l'escussione di una fideiussione costituita a garanzia del saldo del prezzo pattuito per la compravendita di un immobile di proprietà dei coniugi R.M. e F.F., che venissero condannati al pagamento di un'indennità di occupazione per aver trattenuto indebitamente l'immobile oltre il termine pattuito, che fosse accertato il minor

valore dell'immobile per le infiltrazioni d'acqua riscontrate ed, infine, chiedevano il risarcimento del danno in capo al geometra P., intermediario dell'operazione di compravendita tra le parti per aver indebitamente ritirato la polizza fideiussoria consegnandola ai venditori, permettendone conseguentemente la riscossione (tali ultime domande non rilevano ai fini del presene commento, ragion per cui il loro successivo sviluppo nel corso del procedimento sarà omessa).

Il Tribunale di Bassano del Grappa rigettava tutte le domande salvo riconoscere la somma di euro 255,00 a titolo di spese condominiali che le parti avevano pattuito gravassero sui venditori sino al 28.02.2000. Condannava, inoltre, gli attori alla rifusione di euro 16.306,69 in favore dei coniugi R.M ed F.F., di euro 16.825,00 in favore di B.R., terza chiamata in causa e di euro 7.865,16 in favore di P.D., oltre alle spese per la consulenza tecnica espletata.

C.T. e Z.M. proponevano appello avverso la suddetta sentenza. R.M., F.F. e P.D. si costituivano nel giudizio d'appello chiedendone il rigetto.

La Corte d'Appello di Venezia rigettava il gravame. In particolare la Corte evidenziava che l'asserita risoluzione di diritto della compravendita *ex* art. 1454 comma 3 c.c., perché erano trascorsi sette giorni dalla diffida ad adempiere notificata agli originari venditori – diffida volta ad ottenere il possesso dell'immobile libero ed esente da vizi e difetti – non integrava una censura della sentenza essendo rimasta al semplice stadio di indicazione e non essendovi alcun ragionamento critico e, in ogni caso, trattandosi di circostanze non evidenziate in primo grado e come tali inammissibili in appello *ex* art. 345 c.p.c. Con riferimento all'asserito illecito esercizio dello *ius variandi ex* art. 1453 comma 2 c.c., pur essendo ammissibile domandare la risoluzione anche quando si è iniziato il giudizio con richiesta di adempimento, era comunque necessario che i fatti posti a base dell'inadempimento fossero gli stessi. Con l'atto di citazione gli originari attori si erano limitati a domandare la condanna dei convenuti alla restituzione di quanto indebitamente incassato con la riscossione della fideiussione, oltre alla condanna al pagamento di un'indennità di occupazione per aver trattenuto l'immobile indebitamente oltre il 28.02.2000 e l'accertamento del minor valore dell'immobile a causa delle infiltrazioni d'acqua con conseguente riduzione del prezzo. Invece, in sede di memoria *ex* art. 183 c.p.c. avevano espressamente richiesto accertarsi che la compravendita era un *aliud pro alio*, con conseguente risoluzione del contratto per inadempimento del venditore e condanna dei convenuti al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, alla restituzione dell'immobile dietro restituzione del prezzo versato, nonché alla condanna a svariate spese sostenute, nonché al risarcimento dei danni subiti.

Dalla lettura delle domande proposte dalla parte attrice nei due distinti momenti citati risultava evidente la differenza tra i fatti introdotti in prima battuta e quelli di cui alla seconda domanda.

Infatti, dalla lettura dell'atto di citazione emergeva che la vera ed unica prima domanda proposta dagli attori fosse quella di riduzione del prezzo *ex* art. 1492 c.c. in relazione ai vizi del bene. La più autorevole giurisprudenza aveva precisato come la disciplina della garanzia

per vizi si esaurisca negli artt. 1490 c.c. e ss. che pongono il venditore in una situazione non tanto di obbligazione quanto di soggezione, esponendolo all'iniziativa del compratore intesa alla modificazione del contratto o alla sua caducazione mediante l'esperimento rispettivamente dell'*actio quanti minoris* o dell'*actio redhibitoria*. Pertanto, in base all'art. 1492 c.c. il compratore non soddisfatto poteva proporre sia la domanda di risoluzione che quella di riduzione ma una volta effettuata la scelta con la domanda giudiziale questa diveniva irrevocabile. La norma citata era chiara nell'affermare che, data la possibilità per il compratore non soddisfatto di proporre sia la domanda di risoluzione che quella di riduzione, la scelta fatta con la domanda giudiziale diveniva irrevocabile.

Il giudice di primo grado non aveva indicato le ragioni della ritenuta novità della domanda dell'appellante e si era limitato a fare riferimento alla disciplina generale di cui all'art. 1453 c.c. senza considerare la disciplina speciale in tema di contratto di compravendita.

C.T. e Z.M. hanno proposto ricorso per cassazione avverso la suddetta sentenza sulla base di cinque motivi di ricorso, mentre R.M. e F.F. hanno resistito con controricorso così come, per quanto qui rileva, anche B.R. ha resistito a sua volta con distinto controricorso. R.M. e F.F., con memoria depositata in prossimità dell'udienza, hanno insistito nella richiesta di inammissibilità o rigetto del ricorso.

SOLUZIONE

[1] Il primo motivo di ricorso, che è quello che interessa nella presente sede, era così rubricato: violazione e falsa applicazione dell'art. 183 commi 5 e 6 c.p.c. e dell'art. 1453 comma 2 c.c. ed anche in relazione all'art. 345 c.p.c. I ricorrenti, in sostanza, avevano censurato in appello la decisione del Tribunale di Bassano del Grappa di rigettare la loro domanda di risoluzione della compravendita perché svolta soltanto nella memoria *ex* art. 183 c.p.c. e non nell'atto di citazione con il quale avevano chiesto la riduzione del prezzo.

La Corte d'Appello aveva rigettato il motivo ritenendo che lo *ius variandi* aveva comunque il limite della deduzione dei medesimi fatti. I ricorrenti richiamavano quanto stabilito dalle Sezioni Unite, in particolare con la sentenza n. 12310/2015 (per cui, si rinvia a NICITA STEFANEO, *L'insospettabile fascino del petitum sostanziale: le Sezioni Unite consentono di trasformare l'azione ex art. 2932 c.c. in domanda di accertamento della proprietà*, in Euroconference Legal, https://www.eclegal.it/linsospettabile-fascino-del-petitum-sostanziale-le-sezioni-unite-consentono-di-trasformare-lazione-ex-art-2932-c-c-in-domanda-di-accertamento-della-proprieta) e cioè che si è affermata l'ammissibilità di un mutamento della domanda in sede di memoria *ex* art. 183 c.p.c. Secondo le Sezioni Unite, con la modifica della domanda l'attore implicitamente rinuncia alla precedente ritenendo quella modificata come più rispondente ai propri interessi rispetto alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio con l'unico limite che l'originario elemento identificativo soggettivo rimanga immutato e che la vicenda sostanziale sia eguale o quantomeno collegata a quella dedotta con l'atto introduttivo per evitare che la controparte possa essere sorpresa dalla modifica o vedersi diminuire le potenzialità difensive. Il ricorrente, dopo la domanda iniziale, aveva scoperto l'inadempimento

contrattuale dei venditori tale da determinare la risoluzione del contratto. Pertanto, l'azione di manutenzione con riduzione del prezzo iniziale aveva dovuto cedere il passo all'accertamento della risoluzione *ex* art. 1453 c.c. per grave inadempimento ovvero per vendita di *aliud pro alio*.

Tale motivo è fondato, con le precisazioni, riportate nel capitolo successivo, con conseguente cassazione della pronuncia della Corte di Appello veneziana e rinvio alla stessa in diversa composizione.

QUESTIONI

[1] L'art. 183 comma 6 c.p.c. prevede la possibilità di modificare o precisare le domande già proposte nel corso della prima udienza o entro il termine perentorio di 30 giorni, con il deposito della prima memoria. La giurisprudenza inizialmente escludeva la possibilità di modificare gli elementi oggettivi della domanda, ritenendo che ciò integrasse una inammissibile *mutatio libelli* (Cass., sez. 2, n. 7579/2007); ma con la sentenza delle Sezioni Unite n. 12310/2015, tale orientamento è stato superato ed è stata ammessa anche la modifica del *petitum* e/o della *causa petendi* della domanda originariamente formulata, purché rimanga immutata la situazione sostanziale dedotta in giudizio e non sia determinata alcuna compromissione delle potenzialità difensive della controparte o l'allungamento dei tempi del processo. Il criterio per distinguere le domande solo precisate e, dunque, consentite da quelle nuove non consentite è dato dalla relazione con la quale queste si pongono rispetto alla domanda originariamente formulata. Le domande che si limitano a precisare si pongono essenzialmente in un rapporto di alternatività rispetto alla domanda originaria, sostituendosi ad essa; al contrario, le domande nuove sono domande ulteriori e aggiuntive che comportano un ampliamento del *thema decidendum* (v. Cass., SS.UU. n. 22404/2018).

Nella citata sentenza n. 12310/2015 delle Sezioni Unite si è precisato, infatti, che la differenza tra le domande "nuove" implicitamente vietate – in relazione alla eccezionale ammissione di alcune di esse – e le domande "modificate" espressamente ammesse non sta nel fatto che in queste ultime le "modifiche" non possono incidere sugli elementi identificativi, bensì nel fatto che le domande modificate non possono essere considerate "nuove" nel senso di "ulteriori" o "aggiuntive", trattandosi pur sempre delle stesse domande iniziali modificate – eventualmente anche in alcuni elementi fondamentali – , se si vuole, di domande diverse che però non si aggiungono a quelle iniziali ma le sostituiscono e si pongono pertanto, rispetto a queste, in un rapporto di alternatività.

Ridurre la modificazione ammessa ad una sorta di precisazione o addirittura di mera diversa qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto (per la quale, come già precisato, neppure sarebbe necessaria un'apposita previsione e addirittura la concessione di termini e "controtermini") significherebbe infatti, contro la lettera e la logica della norma, costringere la parte che abbia meglio messo a fuoco il proprio interesse e i propri intendimenti in relazione ad una determinata vicenda sostanziale – eventualmente anche grazie allo sviluppo dell'udienza di comparizione – a rinunciare alla domanda già proposta per proporne una nuova in un altro processo, in contrasto con i principi di conservazione degli atti e di economia

processuale, ovvero a continuare il processo perseguendo un risultato non perfettamente rispondente ai propri desideri ed interessi, per poi eventualmente proporre una nuova domanda (con indubbio spreco di attività e risorse), dinanzi ad un altro giudice il quale dovrà conoscere della medesima vicenda, sia pure sotto aspetti in parte dissimili, con effetti incidenti negativamente: sulla "giustizia" sostanziale della decisione (posto che essa può essere meglio assicurata se sono veicolati nel medesimo processo tutti i vari aspetti e le possibili ricadute della medesima vicenda sostanziale ed "esistenziale", evitando di fornire al giudice la conoscenza di una realtà sostanziale artificiosamente frammentata con l'effetto di determinarne una visione parziale); sul rischio di giudicati contrastanti; sulla ragionevole durata dei processi, valore costituzionale da perseguire anche nell'attività di interpretazione delle norme processuali da parte del giudice. Peraltro, oltre a rimanere ovviamente immutato rispetto alla domanda originaria l'elemento identificativo soggettivo delle persone, la domanda modificata deve pur sempre riguardare la medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio con l'atto introduttivo o comunque essere a questa collegata, regola sicuramente ricavabile da tutte le indicazioni contenute nel codice in relazione alle ipotesi di connessione a vario titolo, ma soprattutto se si considera che la domanda modificata si presenta certamente connessa a quella originaria quanto meno per "alternatività", rappresentando quella che, a parere dell'attore, costituisce la soluzione più adeguata ai propri interessi in relazione alla vicenda sostanziale dedotta in lite. Né l'interpretazione proposta rischia di allungare i tempi del processo nel quale la modifica della domanda interviene, posto che: la domanda "modificata" sostituisce la domanda iniziale e non si aggiunge ad essa; la modifica interviene pur sempre nella fase iniziale del giudizio di primo grado, prima dell'ammissione delle prove; la modifica – quale ne sia la portata – non potrebbe giammai comportare tempi superiori a quelli già preventivati dal medesimo art. 183 c.p.c., laddove prevede che il giudice, su richiesta delle parti, conceda una serie di termini predeterminati.

E neppure può ritenersi che una simile interpretazione della portata della modificazione ammessa possa "sorprendere" la controparte ovvero mortificarne le potenzialità difensive perché: l'eventuale modifica avviene sempre in riferimento e connessione alla medesima vicenda sostanziale in relazione alla quale la parte è stata chiamata in giudizio; la parte sa che una simile modifica potrebbe intervenire a norma della disciplina processuale vigente, sicché non si trova rispetto ad essa come dinanzi alla domanda iniziale; alla suddetta parte è in ogni caso assegnato un congruo termine per potersi difendere e controdedurre anche sul piano probatorio.

Ciò precisato e venendo al caso di specie, la domanda di risoluzione per grave inadempimento o aliud pro *alio* proposta dai ricorrenti è sostitutiva di quella di riduzione del prezzo per vizi del bene ex art. 1492 c.c. Peraltro, il citato art. 1492 c.c. in materia di vendita, stabilisce l'irrevocabilità della scelta operata con la domanda giudiziale tra la risoluzione del contratto e la riduzione del prezzo solo nella misura in cui i vizi del bene compravenduto sui quali si fonda la domanda siano gli stessi. Infatti, il principio *electa una via non datur recursus ad alteram* stabilito dall'art. 1492 c.c., trova il suo limite nella identità del vizio fatto valere. Diversamente, nell'ipotesi in cui emergano ulteriori e diversi vizi o difetti del bene tali da comportare un distinto e più grave inadempimento deve ammettersi la possibilità per

l'acquirente di proporre una domanda di risoluzione del contratto anche dopo aver inizialmente chiesto la riduzione del prezzo, o come nel caso in esame di modificare la domanda con la memoria ex art. 183 c.p.c. In altri termini, una modifica della domanda deve ritenersi ammissibile nella misura in cui l'inadempimento del venditore sul quale si fonda la richiesta di risoluzione del contratto si fondi su vizi ulteriori e diversi da quelli proposti con la domanda originaria ex art. 1492 c.c. In tal caso, sussistono i presupposti richiamati dalla citata sentenza delle Sezioni Unite, ovvero oltre all'identità soggettiva delle parti, anche l'identità del contratto e la complessiva vicenda sostanziale dedotta in giudizio con l'atto introduttivo. Inoltre, come evidenziato dai ricorrenti, la domanda modificata si presenta certamente connessa a quella originaria quanto meno per "alternatività", rappresentando quella che, a parere dell'attore, costituisce la soluzione più adeguata ai propri interessi in relazione alla vicenda sostanziale dedotta in lite senza che ciò comporti alcuna lesione al diritto di difesa della controparte.

Dunque, la Corte d'Appello aveva errato nel ritenere inammissibile la domanda di risoluzione proposta con la memoria *ex* art. 183 c.p.c. in sostituzione di quella di riduzione dei vizi e la sentenza sul punto merita di essere cassata. Spetterà al giudice del rinvio esaminare la suddetta domanda al fine di valutare se sussista o meno il grave inadempimento dedotto dai ricorrenti, restando impregiudicato il merito della stessa.

Esecuzione forzata

Opposizioni esecutive e litisconsorzio necessario

di **Valentina Scappini, Avvocato**

Cassazione civile, terza sez., sentenza del 6 settembre 2022, n. 26211; Pres. Rubino; Rel. Spaziani.

Massima: *"Nelle opposizioni esecutive e nelle controversie distributive sussiste il litisconsorzio necessario nei confronti di tutti i creditori procedenti o intervenuti al momento della proposizione dell'opposizione. Il difetto originario del contraddittorio comporta la nullità della sentenza emessa senza la partecipazione di tutti i soggetti controinteressati rispetto all'azione spiegata dall'opponente. Tale nullità è rilevabile d'ufficio per la prima volta anche in sede di legittimità, con obbligo di rinvio al giudice di merito per la rinnovazione del giudizio a contraddittorio pieno e integro".*

CASO

La Banca di Credito Cooperativo di Roma promuoveva una procedura esecutiva immobiliare avverso D.M. e la moglie Do.Fr.

Questi ultimi chiedevano la conversione del pignoramento, che era concessa dal Tribunale di Roma nella somma complessiva di € 168.674,92.

D.M. impugnava l'ordinanza di conversione del pignoramento, contestando che il giudice dell'esecuzione avesse ricompreso nell'importo convertito anche la somma di € 75.176,15, dovuta al creditore intervenuto Equitalia Servizi di Riscossione s.p.a.

D.M. sosteneva che, in relazione a quest'ultimo debito, era stato ottenuto il beneficio della rateizzazione ed era già stata pagata la prima rata. Pertanto, ai sensi del d.P.R. n. 602 del 1973, art. 19, l'accoglimento dell'istanza di rateizzazione ed il pagamento della prima rata avrebbero precluso all'agente della riscossione, oltre che di avviare nuove azioni esecutive, anche di procedere con l'azione di recupero del credito già avviata.

D.M. domandava, quindi, che fosse dichiarata la sopravvenuta impossibilità dell'esattore di proseguire nell'azione esecutiva e che fosse espunto dall'ordinanza di conversione del pignoramento l'importo di € 75.176,15.

Il procedimento non vedeva la partecipazione della condebitrice esecutata Do.Fr., né della Banca, creditrice procedente.

Il Tribunale di Roma, rigettata l'istanza cautelare, decideva nel merito, nella contumacia della convenuta Agenzia delle Entrate – riscossione e rigettava l'opposizione, sulla base del fatto che: a) avverso il provvedimento di conversione, D.M. avrebbe dovuto dedurre, con l'opposizione agli atti esecutivi, solo vizi in procedendo e non già la contestazione della sussistenza o dell'ammontare del credito; b) esclusa, in ogni caso, l'ammissibilità della domanda di modifica dell'ordinanza di conversione (non proposta da D.M. in sede di merito), la domanda di accertamento negativo dell'inesistenza del diritto del creditore intervenuto di proseguire l'azione esecutiva esattoriale era infondata, in quanto il succitato d.P.R. n. 602/197, art. 19, essendo dettato per la procedura esecutiva esattoriale, non avrebbe potuto essere applicato nelle ordinarie procedure esecutive immobiliari, ove fosse intervenuto l'agente della riscossione.

D.M. proponeva ricorso per cassazione.

SOLUZIONE

Il ricorso per cassazione è fondato su di un unico motivo, ossia la dedotta violazione e falsa applicazione del d.P.R. n. 602/1973, art. 19.

Tuttavia, la Corte di Cassazione ha rilevato l'impossibilità di esaminare tale motivo, dovendosi, in via prioritaria e d'ufficio, sollevare il vizio di nullità del giudizio di primo grado, per difetto di contraddittorio, con obbligo di rimessione della causa al giudice di unico grado *ex* art. 383, co. 3, c.p.c.

QUESTIONI

La Suprema Corte ha rilevato che, nella fattispecie, non era in discussione che, oltre all'opponente D.M., anche la moglie di questo, Do.Fr., era debitrice esecutata nella procedura esecutiva immobiliare che era stata intrapresa dalla Banca romana.

Eppure, entrambi questi soggetti non sono stati convenuti nel giudizio di opposizione, né il Tribunale di Roma ha provveduto all'integrazione del contraddittorio, che è risultato non integro per indebita pretermissione di due litisconsorti necessari.

La Corte ha ricordato come, per giurisprudenza assolutamente consolidata, nelle opposizioni del debitore (è indifferente che si tratti di opposizioni all'esecuzione o di opposizione agli atti esecutivi), litisconsorte necessario è il condebitore esecutato, in quanto soggetto ineliminabile

sia del processo esecutivo, sia dell'incidente cognitivo costituito dal giudizio di opposizione proposto contro di esso.

Pertanto, qualora il giudizio di opposizione sia definito senza il condebitore esecutato, la sentenza, pronunciata in contraddittorio non integro, è nulla (Cass., 21.07.2000, n. 9645; Cass., 29.09.2003, n. 14463; Cass., 28.04.2011, n. 9452).

La Corte ha osservato anche che, in termini più generali, nelle opposizioni esecutive e nelle controversie distributive sussiste il litisconsorzio processuale necessario nei confronti di tutti i creditori procedenti o intervenuti al momento della proposizione dell'opposizione (Cass., 12.06.2020, n. 11268) e la necessità di integrare il contraddittorio con tutti i soggetti controinteressati rispetto all'azione spiegata dall'opponente, nel rispetto della regola del litisconsorzio necessario, deve essere verificata con riferimento alla proposizione della domanda (Cass., 28.06.2019, n. 17441).

Quindi, poiché il difetto originario del contraddittorio, per indebita pretermissione di litisconsorti necessari, è rilevabile d'ufficio per la prima volta anche in sede di legittimità, la Corte di Cassazione ha provveduto ai sensi degli artt. 383, co. 3 e 354 c.p.c., cassando la sentenza impugnata e rimettendo le parti al giudice di unico grado, cosicché il giudizio sia rinnovato a contraddittorio pieno e integro.

Obbligazioni e contratti

Inopponibilità in compensazione di un credito contestato

di **Mirko Faccioli, Avvocato e Professore associato di diritto privato**

Cass. civ., sez. VI, ord. 25 luglio 2022, n. 23167 – Pres. Di Marzio, Rel. Mercolino

Parole chiave:

Obbligazioni – modi di estinzione diversi dall'adempimento – compensazione – credito contestato – inopponibilità.

Massima: *"Qualora nel giudizio finalizzato all'accertamento di un credito sia opposto in compensazione un controcredito oggetto di contemporaneo accertamento in un separato procedimento, il primo giudizio non è suscettibile d'essere sospeso ex art. 295 c.p.c. nelle more della definizione del secondo con provvedimento coperto dal giudicato, ma deve essere, viceversa, deciso nel merito, con il rigetto dell'eccezione di compensazione in esso sollevata".*

Disposizioni applicate:

Art. 1243 c.c., art. 295 c.p.c.

CASO

Una S.r.l. ottiene decreto ingiuntivo nei confronti di una ASL facendo valere un credito acquistato da un'altra società che aveva eseguito una serie di prestazioni a favore della controparte tra gli anni 2010 e 2016. La ASL propone opposizione eccependo la compensazione con un proprio controcredito, conseguente ai controlli effettuati in ordine all'attività svolta nell'anno 2013, il cui esito era stato comunicato alla controparte con nota del 27 maggio 2020. La s.r.l. si costituisce in giudizio, eccependo a sua volta l'inopponibilità della predetta nota, in quanto successiva alla cessione del credito e impugnata con ricorso pendente di fronte al T.A.R. Il Tribunale dispone allora la sospensione del giudizio, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., in attesa della definizione di quello amministrativo, ritenendo che la controversia pendente dinanzi al T.A.R. rappresenti l'indispensabile antecedente logico-

giuridico della decisione da adottare in ordine all'istanza di compensazione, dal momento che il rapporto giuridico che forma oggetto della prima integra un elemento costitutivo della situazione sostanziale dedotta con la seconda, ed il relativo accertamento dev'essere effettuato con efficacia di giudicato, al fine di assicurare uniformità di decisioni.

Avverso la decisione del Tribunale la S.r.l. propone istanza di regolamento di competenza, affidata ad un solo motivo, illustrato anche con memoria, cui l'ASL resiste a sua volta con memorie.

SOLUZIONE

Il ricorso viene accolto dalla Suprema Corte osservando che, a sostegno della domanda di pagamento proposta nel procedimento monitorio, la ricorrente ha allegato un credito avente ad oggetto il corrispettivo di prestazioni sanitarie effettuate in regime di accreditamento, in ordine al quale la resistente ha eccepito, con l'atto di opposizione, l'estinzione per compensazione, facendo valere un controcredito avente ad oggetto la restituzione di somme pagate per altre prestazioni rese nell'ambito del medesimo rapporto e risultate non dovute a seguito di controlli effettuati in ordine all'appropriatezza delle medesime. L'obbligazione restitutoria costituisce oggetto di contestazione dinanzi al Giudice amministrativo, avendo la dante causa della ricorrente impugnato l'atto conclusivo del procedimento di controllo, consistente nella nota con cui la resistente ha richiesto la restituzione delle somme indebitamente corrisposte.

Ciò considerato, viene richiamato il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui, ove sia controversa, nel medesimo giudizio instaurato dal creditore principale o in altro già pendente, l'esistenza del controcredito opposto in compensazione dal debitore, il giudice non può pronunciare la compensazione, né legale né giudiziale, dal momento che, mentre la prima postula la certezza del credito, la seconda presuppone, ai sensi dell'art. 1243 c.c., comma 2°, c.c., l'accertamento del controcredito da parte del giudice dinanzi al quale è fatta valere, e non può quindi fondarsi su un credito la cui esistenza dipenda dall'esito di un separato giudizio in corso, e prima che il relativo accertamento sia divenuto definitivo: in tale ipotesi, resta pertanto esclusa la possibilità di disporre non solo la sospensione della condanna per il credito oggetto della domanda principale, ma anche la sospensione contemplata dall'art. 295 c.p.c. o dall'art. 337 comma 2°, c.p.c. in considerazione della specialità della disciplina prevista dall'art. 1243 cit., prevalente su quella generale dettata dal codice di rito (cfr. Cass., Sez. Un., 15 novembre 2016, n. 23225; Cass. 14 febbraio 2019, n. 4313; Cass. 4 dicembre 2018, n. 31359). Tale principio, enunciato in riferimento alla compensazione in senso tecnico, avente come presupposto l'esistenza di autonomi e contrapposti rapporti di debito e di credito, deve ritenersi applicabile anche alla compensazione c.d. impropria, caratterizzata dalla circostanza che le obbligazioni derivano da un unico rapporto, nell'ambito del quale la valutazione delle reciproche pretese comporta soltanto un accertamento contabile di dare ed avere, con elisione automatica dei rispettivi crediti fino alla reciproca concorrenza: si è infatti osservato che tale figura non può essere utilizzata per dare ingresso ad una sorta di "compensazione di fatto", sganciata da ogni limite

previsto dalla disciplina codicistica, dal momento la peculiarità della compensazione atecnica consiste nel fatto di rendere possibile la compensazione tra crediti che non siano tra loro autonomi, sempre, però, che ricorrano i requisiti di cui all'art. 1243 c.c. (cfr. Cass. 29 gennaio 2015, n. 1695). Pertanto, qualora in un giudizio avente ad oggetto l'accertamento di un credito venga opposto in compensazione un altro credito, sia esso dipendente da un rapporto diverso da quello da cui deriva il credito principale o dal medesimo rapporto, il quale costituisca oggetto di un diverso giudizio, non ancora definito con un provvedimento passato in giudicato, il giudice non ha altra scelta che decidere sul credito azionato in via principale e rigettare l'eccezione di compensazione, non potendo disporre la sospensione del giudizio ai sensi dell'art. 295 o dell'art. 337, comma 2°, c.p.c. né la sospensione della condanna per il credito liquido fino all'accertamento del credito opposto in compensazione ai sensi dell'art. 1243 c.c., comma 2°, c.p.c.

QUESTIONI

Il consolidato orientamento giurisprudenziale che esclude l'opponibilità in compensazione di crediti contestati, in quanto privi del carattere della "certezza", è sottoposto ad aspre critiche dalla dottrina di gran lunga maggioritaria, la quale osserva come tale soluzione si ponga in contrasto con il generale principio secondo cui le condizioni richieste dalla legge per aversi un determinato effetto giuridico vanno valutate in modo puramente oggettivo, prescindendo da eventuali contestazioni delle parti, le quali rendono solamente necessario lo svolgimento della consueta attività di accertamento da parte del giudice: il carattere litigioso del controcredito pertanto non dovrebbe poter modificare il titolo della compensazione o addirittura impedirla, ma solamente differirla fino al momento in cui siano state compiute le necessarie verifiche giudiziali, eventualmente accompagnandosi, laddove l'eccezione di compensazione appaia pretestuosa, all'affermazione della responsabilità processuale aggravata del convenuto *ex* art. 96 c.p.c. La concezione giurisprudenziale, invece, finisce per introdurre surrettiziamente un limite all'operatività della compensazione non previsto dalla legge e per giunta rimesso all'arbitraria decisione dell'attore, al quale è invero sufficiente contestare l'*an* e/o il *quantum* del controcredito per mutare il titolo della compensazione da legale a giudiziale o addirittura ottenere il respingimento dell'eccezione di compensazione, così restringendone abnormemente l'ambito di applicazione (v., fra gli altri, P. Perlingieri, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, p. 294 s.; P. Schlesinger, voce *Compensazione (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 723; M. Cantillo, *Le obbligazioni*, II, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1992, p. 964; L. Martone, *La compensazione legale*, in M. Paladini (a cura di), *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 2010, p. 165 s.; D. Maffeis, *La compensazione*, in D. Maffeis, A. Fondrieschi, C. Romeo, *I modi di estinzione delle obbligazioni*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2012, p. 124).

Secondo un'altra corrente dottrinale, la questione andrebbe invece risolta distinguendo due diverse accezioni di liquidità: una liquidità sostanziale, che attiene alla compensazione legale ed è data dalla (sola) determinatezza della prestazione dovuta; una liquidità processuale, che riguarda i crediti sostanzialmente illiquidi nell'ambito della compensazione giudiziale e che,

rilevando come rapidità e semplicità dell'istruzione processuale sull'*an* e/o sul *quantum* del diritto, dev'essere valutata tenendo conto anche della necessità di risolvere eventuali contestazioni della controparte in merito. In questa prospettiva, la facile e pronta liquidazione è considerata costituire soltanto il presupposto di natura processuale per la trattazione e decisione congiunta della domanda attorea e dell'istanza di compensazione del convenuto, la cui sussistenza mette il giudice di fronte alla necessità di procedere secondo le due alternative tratteggiate dall'art. 1243, comma 2°, c.c.: qualora la trattazione del credito opposto in compensazione – o almeno di una parte dello stesso – non comporti alcun ritardo sulla definizione della domanda principale, decidere contestualmente sulle domande contrapposte, eventualmente limitando la pronuncia che realizza immediatamente la compensazione ad una parte soltanto del controcredito con conseguente riserva della compensazione eventualmente operabile in forza del residuo; qualora la decisione contestuale invece implichi un qualche ritardo nella definizione della domanda principale, rinviare la condanna del convenuto e proseguire il processo per procedere all'accertamento e alla liquidazione del controcredito. Identificandosi con un'iniziativa riconvenzionale, l'istanza di compensazione giudiziale del convenuto appare però ammissibile pure nel caso in cui il controcredito non sia di facile e pronta liquidazione e può essere in tale ipotesi gestita, come si evince da una lettura a *contrariis* della disposizione da ultimo richiamata, tramite lo strumento processuale della condanna con riserva: in questo modo il convenuto, tutelato anche dalla possibilità di vedere l'esecuzione della pronuncia in favore dell'attore assoggettata ad una cauzione, avrà diritto, in caso di accoglimento della sua istanza con conseguente riconoscimento della compensazione, di ripetere quanto pagato in esecuzione del condanna nonché di far valere la responsabilità *ex* art. 96, comma 2°, c.p.c. del creditore che abbia agito senza la normale prudenza (E. Merlin, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991, p. 513 ss., 551 ss., 632 ss.; M. Faccioli, *Liquidità e certezza del credito nelle forme di compensazione non convenzionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 45 ss.).

Prima del contrario pronunciamento delle Sezioni Unite richiamato anche dalla pronuncia in commento, un intervento della Suprema Corte ha inoltre dimostrato come sia possibile declinare queste idee pure con riguardo ai casi in cui il credito opposto in compensazione sia *sub iudice* in un altro processo, individuando una serie di soluzioni finalizzate a coordinare i due giudizi e consentire il *simultaneus processus*, quali: in caso di pendenza dei due giudizi innanzi al medesimo ufficio, la riunione *ex* art. 274 c.p.c. e il conseguente crearsi di una situazione che consente al giudice di procedere nei modi indicati dall'art. 1243, comma 2°, c.c.; nel caso di pendenza dei due giudizi dinanzi ad uffici diversi (e nell'impossibilità di rimettere la causa, *ex* art. 40 c.p.c., in favore del giudice competente per la controversia avente ad oggetto il credito eccepito in compensazione) o di pendenza in grado di impugnazione del giudizio sul credito opposto, la pronuncia, sul credito principale, di una condanna con riserva all'esito della decisione sul controcredito e la contestuale rimessione della causa nel ruolo per decidere in merito alla sussistenza delle condizioni per la compensazione, seguita da sospensione del giudizio – ai sensi, rispettivamente, degli artt. 295 e 337, comma 2°, c.p.c. – fino alla definizione del giudizio di accertamento del controcredito (Cass. 17 ottobre 2013, n. 23573, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 424, con nota adesiva di S. Masciangelo, *deducibilità in compensazione di un credito* sub iudice; sul punto, v. anche E. Merlin, *Eccezione di*

compensazione e pendenza di separato giudizio sul controcredito, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1316 ss.).

Comunione – Condominio - Locazione

Determinazione della competenza per valore di causa avente ad oggetto l'impugnazione di delibera condominiale

di **Saverio Luppino, Avvocato**

Cassazione civile, sez. II, sentenza 21 marzo 2022 n. 9068. Presidente F. Manna – Estensore A. Scarpa

Massima: "*Nell'azione di impugnazione delle deliberazioni dell'assemblea di condominio, che sia volta ad ottenere una sentenza di annullamento avente effetto nei confronti di tutti i condomini, il valore della causa deve essere determinato sulla base dell'atto impugnato, e non sulla base dell'importo del contributo alle spese dovuto dall'attore in base allo stato di ripartizione, non operando la pronuncia nei soli confronti dell'istante e nei limiti della sua ragione di debito*".

CASO

Alcuni condomini impugnavano una delibera assembleare avente ad oggetto il consuntivo dei lavori straordinari relativi alla facciata e ai frontalini dell'edificio.

Essi ritenevano che la delibera ledesse i diritti dei singoli condomini, che fosse sprovvista di una decisione vincolante, che non presentasse concisamente l'indicazione dei criteri di determinazione della somma da corrispondere all'impresa appaltatrice dei suddetti lavori e, infine, che mancasse il contenuto essenziale del verbale in relazione all'accertamento del *quorum* di cui all'articolo 1136 c.c.

Il Tribunale di Imperia dichiarava la propria incompetenza in favore di quella del Giudice di Pace.

Il Giudice di primo grado ha ritenuto che l'oggetto dell'impugnazione fosse soltanto formalmente la delibera condominiale, ma che in sostanza il reale obiettivo dei condomini fosse quello di evitare il pagamento **delle singole quote** derivanti dall'approvazione del consuntivo dei lavori e del contestuale riparto in base ai millesimi di proprietà e dal momento

che le quote spettanti ai singoli condomini sarebbero state di importi inferiori ai €. 5.000,00 allora dovesse essere dichiarata la competenza per valore del Giudice di pace, secondo gli ordinari criteri della competenza per valore ex art. 7 c.p.c.

Avverso la decisione del Tribunale adìto, i condomini hanno proposto ricorso per regolamento di competenza.

Il Condominio ha depositato il proprio controricorso.

I ricorrenti hanno depositato un atto di opposizione avverso il controricorso notificato dal Condominio, perché secondo questi sarebbe stato tardivo.

La causa è stata rimessa alla pubblica udienza della sezione semplice della Corte di Cassazione poiché secondo gli Ermellini nel caso di specie non sussiste una consolidata univocità della giurisprudenza di legittimità in ordine alla questione controversa della determinazione della competenza per valore riguardo una controversia avente ad oggetto il riparto di una spesa approvata dall'assemblea condominiale.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 9068 del 21 marzo 2022, ha accolto il ricorso per regolamento di competenza proposto dai condomini avverso la decisione del giudice di primo grado, ha cassato la sentenza impugnata e ha dichiarato la competenza del Tribunale di Imperia, il quale dovrà anche pronunciarsi sulle spese del giudizio di regolamento, disponendo la riassunzione della causa nel termine stabilito dall'articolo 50 c.p.c.

QUESTIONI

Come si è avuto modo di anticipare, la controversia oggetto della sentenza in commento trae origine dalla declaratoria di incompetenza formulata dal giudice di primo grado -il Tribunale di Imperia- adìto per la causa di merito in favore di quella del giudice di pace.

In sostanza il giudice di *prime cure* si è dichiarato incompetente a conoscere la controversia poiché ha ritenuto che il reale intento dei condomini, perseguito impugnando la delibera assembleare, fosse quello di evitare di dover corrispondere la rispettiva quota -calcolata in base ai millesimi di proprietà- per i lavori inerenti la facciata e i frontalini dell'edificio condominiale; quota che ammontando ad una somma inferiore a €. 5.000,00 giustificava la competenza del giudice non togato e non del Tribunale.

Si tratta quindi di stabilire se, ai fini di una corretta attribuzione della competenza, sia necessario **determinare il valore della domanda giudiziale sulla base di quello dell'atto impugnato o, piuttosto, sulla base dell'importo del contributo alle spese dovuto dai singoli condomini in base ai criteri di ripartizione previsti dalla legge.**

1. Prima di addentrarsi nel merito della questione sulla competenza, i giudici di legittimità si sono occupati di due questioni pregiudiziali.

In primis, i giudici del Supremo Collegio hanno rilevato che, in virtù di consolidati orientamenti della giurisprudenza di legittimità, la fissazione della trattazione dell'istanza di regolamento preventivo di competenza può essere disposta in udienza pubblica e assegnata alla sezione semplice della Corte, che la vertenza può essere decisa con sentenza, anziché nelle forme del rito camerale con l'emanazione di **un'ordinanza**, dal momento che tale procedura configurerebbe una mera irregolarità non recando alcun pregiudizio ai diritti di azione e difesa in capo alle parti[1].

Sempre in via pregiudiziale, gli Ermellini hanno affrontato anche il tema della proposizione tardiva, secondo l'eccezione sollevata dai ricorrenti, del controricorso depositato dal Condominio.

A tal proposito, i giudici della Cassazione hanno concluso che nel caso di specie sussiste la violazione del termine ordinatorio di venti giorni di cui all'articolo 47, comma 5, c.p.c., pertanto hanno affermato di non poter tenere in considerazione tale memoria, neppure ai fini delle spese processuali[2].

2. In virtù della violazione di tale termine e della conseguente impossibilità per i Giudici di poter utilmente fare uso dello scritto difensivo del Condominio, l'esame del merito della controversia in oggetto ha interessato unicamente ciò che i ricorrenti hanno posto a fondamento del proprio ricorso ovvero il seguente assunto: il valore della causa deve essere determinato con riferimento all'incidenza della domanda sulla delibera condominiale impugnata dagli stessi nel giudizio di merito, in quanto le singole quote dei ricorrenti non sono state oggetto della pretesa azionata e non risultavano neppure menzionate nell'atto introduttivo, con il quale si desiderava ottenere una sentenza con efficacia di giudicato che dichiarasse l'inesistenza della suddetta delibera -per falsità del verbale-, ovvero la sua nullità o l'annullamento per violazione delle norme prescritte dal Codice in merito alle maggioranze e l'ordine del giorno.

I giudici del Supremo Collegio **hanno ritenuto fondato il ricorso** proposto dai condomini.

In sostanza, con le norme attualmente in vigore, la competenza a decidere l'impugnazione di una deliberazione assembleare da parte di un condominio non appartiene più alla competenza "per materia" del Tribunale.

Infatti, l'articolo 1137 c.c. si riferisce in modo alquanto generico all'«*autorità giudiziaria*», sicché il criterio che consente di individuare il giudice competente è il valore, desumibile dalla delibera impugnata, a patto che l'oggetto di essa rientri nella competenza per materia di un determinato giudice. Ad esempio, nel caso in cui la delibera impugnata dovesse concernere «*la misura e le modalità d'uso dei servizi di condominio di case*», l'articolo 7, 3° comma, n. 2), c.p.c.

prescrive la competenza «*qualunque ne sia il valore*» del giudice di pace.

Tornando al caso in esame, gli Ermellini hanno riportato ben due distinti orientamenti della giurisprudenza di legittimità.

Secondo il primo orientamento, ciò che rileva «*ai fini della determinazione della competenza per valore, in relazione a una controversia avente a oggetto il riparto di una spesa approvata dall'assemblea di condominio, anche se il condomino agisce per sentir dichiarare l'inesistenza del suo obbligo di pagamento sull'assunto dell'invalidità della deliberazione assembleare*» è l'importo contestato, ma relativamente **alla sua singola obbligazione**, e non all'intero ammontare risultante dal riparto approvato dall'assemblea di condominio.

Infatti, secondo questo orientamento, ai fini di una corretta individuazione della competenza, «*occorre avere riguardo al "thema decidendum", invece che al "quid disputandum*"pertanto, l'accertamento di un rapporto che costituisce la "*causa petendi*" della domanda, concernendo una questione pregiudiziale della quale il giudice può conoscere incidentalmente, non influisce sull'interpretazione e qualificazione dell'oggetto della domanda principale quindi sul valore della causa[3].

In sostanza, secondo tale interpretazione, divenuta negli anni prevalente, in una controversia tra un condomino e il condominio avente ad oggetto il criterio di ripartizione di una parte della complessiva spesa deliberata dall'assemblea, «*il valore della causa dovrebbe determinarsi in base all'importo contestato e non all'intero ammontare di esso, perché la decisione non implicherebbe una pronuncia, con efficacia di giudicato, sulla validità della delibera concernente la voce di spesa nella sua globalità*»[4].

Invece, il secondo orientamento è molto più recente ed è quello che è stato condiviso dai Giudici del Supremo Collegio. Esso sostiene che la domanda di impugnazione di una delibera assembleare introdotta dal singolo condomino, anche ai fini della stima del valore della causa, **non può intendersi ristretta al solo accertamento della validità del cosiddetto rapporto parziale che lega l'attore al condominio, ma deve estendersi alla validità dell'intera deliberazione,** dunque all'intero ammontare della spesa, «*giacché l'effetto caducatorio dell'impugnata deliberazione dell'assemblea condominiale, derivante dalla sentenza con la quale ne viene dichiarata la nullità o l'annullamento, opera nei confronti di tutti i condomini*» indipendentemente dalla loro partecipazione diretta al giudizio promosso soltanto da alcuni di essi[5].

D'accordo con tale più recente interpretazione della Cassazione, gli Ermellini hanno evidenziato che la sentenza che dichiara la nullità o pronunci l'annullamento dell'impugnata delibera condominiale produce sempre un effetto caducatorio unitario. **Infatti, la sentenza di annullamento opera nei confronti di tutti i condomini indipendentemente dalla loro partecipazione diretta al giudizio avente ad oggetto l'impugnazione, ovvero anche se quest'ultimo è stato promosso solo da alcuni di essi.**

Pertanto, la domanda di impugnazione di una delibera assembleare promossa da un singolo condomino non si intende ristretta all'accertamento della validità del rapporto parziale che lega l'attore al condominio, **ma si estende fino ad abbracciare la validità dell'intera deliberazione**[6] e ciò nel pieno rispetto dei dettami dell'articolo 1137 c.c. Sarebbe, infatti, inconcepibile e *contra legem***[7]** se gli effetti della dichiarazione giudiziale di annullamento di una delibera si manifestassero esclusivamente in capo al condomino che l'aveva impugnata senza vincolare anche gli altri comproprietari.

[1] Cass. civ., sez. I, sentenza 9 gennaio 2009, n. 287.

[2] Cass. civ., Sez. 6 3, ordinanza 14 marzo 2018, n. 6380; Cass. civ., Sez. 6 3, ordinanza 21 dicembre 2010, n. 25891; Cass. civ., Sez. III, sentenza 18 aprile 2000, n. 5030; Cass. civ., Sez. I, sentenza 30 marzo 1999, n. 3075.

[3] Cass. civ., sez. 6 2, ordinanza 28 agosto 2018, n. 21227; Cass. civ., sez. 6, ordinanza 5 luglio 2013, n. 16898; Cass. civ., sez. II, sentenza 16 marzo 2010, n. 6363.

[4] Cass. civ., sez. II, sentenza 24 gennaio 2001, n. 971.

[5] Cass. civ., sez. II, ordinanza 7 luglio 2021, n. 19250, mentre, sempre in senso conforme, Cass. civ., sez. 6 2, ordinanza 20 luglio 2020, n. 15434, ha deciso che nel caso in cui sia chiesto l'annullamento di una delibera assembleare non avente alcuna incidenza diretta sul patrimonio dell'attore e il vizio abbia carattere meramente formale, la domanda giudiziale appartiene alla competenza residuale del Tribunale, «*non avendo ad oggetto la lesione di un interesse suscettibile di essere quantificato in una somma di denaro per il danno ingiustamente subito ovvero per la maggior spesa indebitamente imposta*».

[6] Cass. civ., sez. II, sentenza 29 gennaio 2021, n. 2127; Cass. civ., sez. II, sentenza 25 novembre 1991, n. 12633.

[7] L'articolo 1137 c.c. prevede espressamente che le deliberazioni assunte dall'assemblea sono obbligatorie per tutti i condomini.

Diritto e procedimento di famiglia

La condotta violenta di un coniuge è sufficiente per la pronuncia di addebito della separazione

di **Giuseppina Vassallo, Avvocato**

Cassazione civile sez. I, ordinanza del 22/09/2022, n.27766

Addebito-intollerabilità della convivenza-onere della prova

(Art. 151 c.c.)

Massima: *"Ai fini dell'addebito nella separazione, anche un solo episodio di violenza fisica nei confronti dell'altro coniuge, costituisce una violazione grave ed inaccettabile dei doveri matrimoniali e fa scattare la pronuncia di addebito. Non è rilevante, a tal fine, l'accertamento del nesso di casualità con la crisi coniugale e/o delle cause dell'intollerabilità della convivenza".*

CASO

Nel giudizio per la separazione di coniugi, la Corte di appello di Venezia aveva escluso l'addebito della separazione al marito, non rilevando violazioni dei doveri nascenti dal matrimonio.

La donna aveva dedotto a fondamento della domanda di addebito, il comportamento violento del marito che l'aveva spinta giù dalle scale procurandole lesioni certificate, oltre al suo allontanamento dalla casa familiare.

Sia il tribunale che la Corte territoriale avevano considerato tali fatti irrilevanti ai fini dell'addebito in rapporto alla loro efficacia causale nella crisi della coppia e dell'intollerabilità della convivenza.

Contro la sentenza che nega l'addebito e l'assegno di mantenimento la moglie ricorre in Cassazione.

Percorso argomentativo delle Cassazione: la gravità delle condotte ai fini della pronuncia di separazione e di addebito.

La Corte di Cassazione ha accolto il ricorso. È vero che è onere della parte richiedente l'addebito dimostrare sia la condotta contraria ai doveri matrimoniali, sia l'efficacia causale dei fatti che rendono intollerabile la prosecuzione della convivenza.

Tuttavia, le violenze fisiche costituiscono violazioni talmente gravi ed inaccettabili dei doveri nascenti dal matrimonio, anche in presenza di un unico episodio, da fondare di per sé, non solo la pronuncia di separazione personale, in quanto causa determinante l'intollerabilità della convivenza, ma anche la dichiarazione di addebito.

In questo caso il giudice non deve procedere alla comparazione delle condotte dei due coniugi o accertare se esse siano avvenute dopo il manifestarsi della crisi coniugale.

Anche in relazione all'abbandono della casa coniugale, la Cassazione specifica che la violazione del dovere di coabitazione, è di per sé sufficiente a giustificare l'addebito della separazione.

Spetta al coniuge che viola tale dovere, dimostrare l'esistenza di una giusta causa. Nel caso di specie, il marito non aveva provato che l'allontanamento fosse giustificato dal comportamento dell'altro coniuge, o intervenuto in un momento in cui la prosecuzione della convivenza era già intollerabile.

La Corte accoglie, infine, anche il secondo motivo di ricorso per violazione dell'art. 156 c.c.

I giudici di merito hanno errato nel non riconoscere un assegno di mantenimento stante la netta disparità reddituale dei coniugi. La separazione non scioglie il vincolo coniugale e rimangono i doveri di assistenza morale e materiale da considerare diversamente rispetto alla solidarietà post coniugale nascente in seguito al divorzio.

In tal senso i "redditi adeguati" di cui alla art. 156 c.c. devono essere rapportati anche al tenore di vita goduto nel matrimonio (Cass. Civ. n. 16809/2019 e Cass. Civ. n. 4327/2022).

QUESTIONI

Nel procedimento per separazione giudiziale è possibile chiedere al giudice una pronuncia di addebito, se uno dei coniugi ha violato i doveri che nascono dal matrimonio individuati dall'art. 143 c.c.: il dovere di fedeltà, il dovere di assistenza morale o materiale, la collaborazione nell'interesse della famiglia e la coabitazione.

Secondo la giurisprudenza corrente non basta la condotta contraria ai doveri matrimoniali, ma occorre che ci sia un nesso di causalità con il fallimento del matrimonio. Se la crisi coniugale è intervenuta per ragioni ulteriori e diverse, e magari antecedenti alla violazione dei doveri

matrimoniali, non ci sarà spazio per una pronuncia di addebito della separazione (Cass. Civ. n. 7469/2017).

La giurisprudenza corrente ritiene necessaria una valutazione comparativa delle condotte dei coniugi al fine di determinare la sussistenza di un nesso di causalità tra il comportamento di uno dei due coniugi e l'intollerabilità della convivenza.

Con la sentenza in esame, la Cassazione ha ribadito che questi principi non si applicano per tutti i tipi di violazioni, richiamando due precedenti decisioni in materia di condotte violente nei confronti del coniuge in relazione con la pronuncia di addebito (Cass. Civ. n. 7388/2017 e Cass. Civ. n. 3925/2018).

Gli atti di violenza fisica sono violazioni talmente gravi da dover essere comparati solo con comportamenti omogenei e costituiscono sempre motivo di addebito a prescindere dal momento in cui si accerti l'insorgenza della crisi familiare.

Diritto e reati societari

Da indizi probatori gravi, precisi e concordanti può essere desunta la qualità di socio occulto

di **Eleonora Giacometti, Avvocato**

Tribunale delle Imprese di Bologna, Sentenza n. 138/2022 pubbl. il 17/01/2022.

Parole chiave: Società di capitali – socio occulto – presunzioni – indizi probatori – onere della prova.

Massima: *"La mera prestazione di garanzie non può essere, di per sé, considerata quale chiaro sintomo di una partecipazione de facto alla società garantita, ma qualora tale circostanza sia incontestata ed incontrovertibile, oltre che corroborata da altrettanto validi apporti probatori, gravi, precisi e concordanti, può essere valutata dal Giudice, ex art. 2729 c.c., quale indice rivelatore in capo al garante della qualità di socio occulto".*

Disposizioni applicate: 2729 c.c.

Con il giudizio in esame, una S.r.l. ha proposto opposizione ad un decreto ingiuntivo ottenuto dall'ex amministratore della medesima che, in forza di due delibere assembleari indicate nel ricorso monitorio, deduceva di essere creditore verso la società della somma di Euro 38.476,80 a titolo di compenso per l'attività da lui svolta negli anni 2014 e 2015.

In particolare, la S.r.l. opponente eccepiva l'insussistenza del suddetto credito, indicando che **(i)** il compenso era già stato versato all'ex amministratore, anche se per un importo inferiore rispetto a quello preteso, mediante il pagamento di due fatture annuali, rubricate "Pratiche svolte per Vs. ordine e conto – Operazione straordinaria", emesse da una seconda società cui era unico amministratore e socio al 50% e che **(ii)** esisteva un accordo fiduciario, mai formalizzato per iscritto, tra l'ex amministratore ed il nuovo amministratore della società opponente, in virtù del quale le quote di quest'ultimo erano state intestate fittiziamente al primo, ma avrebbero dovuto essere retrocesse al secondo al loro valore nominale.

I suddetti fatti sono stati confermati dall'istruttoria svolta nel giudizio di opposizione, all'esito della quale è altresì emerso, in via documentale, che il secondo amministratore della società opponente ben prima e fin dall'inizio dell'attività d'impresa aveva prestato, con continuità, alcune fideiussioni a garanzia delle esposizioni debitorie della società medesima, le quali, in ragione del loro rilevante importo e delle loro peculiari finalità, non sarebbero state compatibili con il ruolo di mero collaboratore esterno, come asserito dall'amministratore convenuto.

Al riguardo, il Tribunale delle Imprese di Bologna ha richiamato il consolidato orientamento della Corte di Cassazione secondo il quale "*l'esistenza del rapporto sociale* [...] *può risultare da indici rivelatori quali le fideiussioni e i finanziamenti in favore dell'imprenditore, allorquando essi, per la loro sistematicità e per ogni altro elemento concreto siano ricollegabili ad una costante opera di sostegno dell'attività d'impresa, qualificabile come collaborazione di un socio al raggiungimento degli scopi sociali*" (cfr. Cass. Civ. sez. I, sent. n. 6299/2007).

Secondo la giurisprudenza, quindi, la mera prestazione di garanzie non può essere considerata quale chiaro sintomo di una partecipazione *de facto* alla società garantita, ma qualora tale circostanza sia incontestata ed incontrovertibile, oltre che corroborata da validi apporti probatori, gravi, precisi e concordanti, la medesima può essere valutata dal Giudice, ex art. 2729 c.c., quale indice rivelatore in capo al garante della qualità di socio occulto (cfr. Trib. Modena, sent. n. 1292/2009).

Applicando tali principi, il Tribunale di Bologna ha evidenziato che nel caso di specie sussistevano i seguenti indici presuntivi che, per gravità, precisione e concordanza, dimostravano l'artificiosità della pretesa creditoria dell'ex amministratore, ossia i seguenti fatti **(a)** che la medesima pretesa era giunta solo dopo la cessazione di tutti i rapporti professionali, direttamente e/o indirettamente, intercorsi tra l'ex amministratore e la società opponente, **(b)** che le delibere in questione non erano menzionate in alcuna corrispondenza e/o negli atti, di qualsiasi genere, intercorsi tra le parti**, (c)** che di tali delibere vi è traccia documentale, per la prima volta, soltanto all'atto della riconsegna a mani del libro delle assemblee rimasto fino a quel momento nella esclusiva disponibilità dell'ex amministratore **(d)** che il presunto debito della società opponente per i compensi in questione non era mai iscritto tra le poste passive dei bilanci relativi agli esercizi di competenza ed **(e)** che non risultava alcuna prova della rituale convocazione delle assemblee che, con il solo voto del beneficiario ingiungente e con la sola presenza, in veste di segretaria, della moglie di quest'ultimo, avrebbero adottato le delibere, approvando l'unico argomento posto all'ordine del giorno, appunto il compenso all'amministratore, per un importo di entità sensibilmente superiore (il triplo) a quello a lui riconosciuto nel corso degli esercizi precedenti, senza alcuna comprovata ragione giustificativa di tale significativo incremento.

Dal combinato disposto di tutti questi elementi, unita alla circostanza documentalmente provata del rilascio di garanzie da parte del secondo amministratore della società opponente, il Tribunale delle Imprese di Bologna ha dunque desunto che quest'ultimo era in realtà socio occulto dell'opponente e che le delibere in questione erano state assunte in modo artificioso,

ed erano quindi nulle, e non potevano pertanto rappresentare un idoneo titolo costitutivo della pretesa creditoria azionata in giudizio.

Per tali ragioni, il Tribunale ha quindi accolto l'opposizione proposta dalla S.r.l., revocando il decreto ingiuntivo ottenuto dall'ex amministratore il quale è stato altresì condannato al rimborso delle spese di lite in favore della società.

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di società fallita: inversione dell'onere della prova e criteri di determinazione del quantum risarcitorio

di **Giulio Marconcin, Avvocato**

Cassaz., 5 gennaio 2022, n. 198, Pres. A. Scaldaferri – Rel. A. Fidanzia

Parole chiave: Fallimento – Società di capitali – Società per azioni – Azione di responsabilità nei confronti degli amministratori – Omessa o irregolare tenuta della contabilità – Onere della prova – Ripartizione fra attore e convenuto – Inversione dell'onere della prova – Determinazione del danno – Liquidazione equitativa del danno

Massima: *"Colui che agisce in giudizio con azione di risarcimento nei confronti degli amministratori di una società di capitali che abbiano compiuto, dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, attività gestoria non avente finalità meramente conservativa del patrimonio sociale, ai sensi dell'art. 2486 c.c., ha l'onere di allegare e provare l'esistenza dei fatti costitutivi della domanda, cioè la ricorrenza delle condizioni per lo scioglimento della società e il successivo compimento di atti negoziali da parte degli amministratori, ma non è tenuto a dimostrare che tali atti siano anche espressione della normale attività d'impresa e non abbiano una finalità liquidatoria; spetta, infatti, agli amministratori convenuti di dimostrare che tali atti, benché effettuati in epoca successiva allo scioglimento, non comportino un nuovo rischio d'impresa (come tale idoneo a pregiudicare il diritto dei creditori e dei soci) e siano giustificati dalla finalità liquidatoria o necessari".*

"Nell'azione di responsabilità promossa dal curatore a norma dell'art. 146, comma 2, l. fall., ove la mancanza o l'irregolare tenuta delle scritture contabili renda difficile per la curatela una quantificazione ed una prova precisa del danno che sia riconducibile ad un ben determinato inadempimento imputabile all'amministratore della società fallita, non trova applicazione il principio dell'inversione dell'onere della prova, ma il curatore può invocare a proprio vantaggio la disposizione dell'art. 1226 cod. civ. e perciò chiedere al giudice di provvedere alla liquidazione del danno in via equitativa".

Disposizioni applicate

Art. 146 l. fall. – Art. 2486 cod. civ. – Art. 2697 cod. civ.

La pronuncia in commento offre l'occasione di ripercorrere alcuni principi che trovano applicazione nel contesto di azioni di responsabilità promosse, *ex* art. 2486 cod. civ., dalle curatele fallimentari nei confronti degli organi gestori di società di capitali. Principi che rilevano in tema di inversione dell'onere probatorio, regolare tenuta delle scritture contabili, valutazione degli atti gestori posti in essere dai medesimi e criteri di quantificazione del danno risarcibile.

In particolare, la Suprema Corte si è focalizzata, *inter alia*, sulla tematica della ripartizione dell'onere prova (tra attore e convenuto) in relazione al compimento, da parte degli amministratori della società fallita, di atti di gestione non conservativa dell'integrità e del valore del patrimonio sociale. Il tutto, nel peculiare scenario della omessa o carente tenuta delle scritture contabili della società fallita.

CASO

Con sentenza depositata il 25 maggio 2017 la Corte d'Appello di Roma, in riforma della sentenza n. (OMISSIS) del Tribunale di Tivoli, depositata il 26 agosto 2009, ha rigettato la domanda di risarcimento del danno proposta dal Fallimento (OMISSIS) S.r.l. in liquidazione nei confronti dell'amministratore unico (e socio al 50%) della società fallita, e dell'altro socio, titolare dell'altro 50% delle quote della medesima.

L'azione era stata proposta dalla curatela sul presupposto della violazione, da parte dell'amministratore unico della società, del principio di gestione conservativa del patrimonio sociale sancito dall'art. 2486 cod. civ., per avere questi proseguito l'attività di impresa dopo il verificarsi di una causa di scioglimento della società. Il tutto, con conseguente aggravio del passivo della medesima.

SOLUZIONE

Nel motivare la sentenza d'appello, i giudici di seconde cure evidenziavano, per quanto qui di interesse, che essendo onere del Fallimento individuare, in modo specifico, il comportamento dell'amministratore successivo al verificarsi della causa di scioglimento da cui sarebbe derivato il danno alla società, "*nel caso di specie le allegazioni della curatela si erano palesate del tutto generiche e non precisate sotto il profilo degli atti specifici di gestione e della loro idoneità a generare ulteriore debito aziendale*".

QUESTIONI APPLICATE NELLA PRATICA

La pronuncia in esame, pur non apportando novità significative nel panorama giurisprudenziale di riferimento (cfr. Cass. Civ., 5 febbraio 2015, n. 2156; Cass. Civ., SS. UU., 6

maggio 2015, n. 9100; Cass. Civ., 8 febbraio 2000, n. 1375; Trib. Ferrara, 1° marzo 2016, tutte in *OneLegale*) offre alcuni spunti interessanti sui temi dell'**inversione dell'onere della prova** e della **liquidazione equitativa del danno** nel particolare contesto in cui vengano a mancare, in tutto o in parte, le scritture contabili o non consentano di ricostruire analiticamente gli atti negoziali contestati agli amministratori.

Sono due, infatti, i profili su cui si fonda la decisone in commento, ossia: (i) la prova circa il compimento – in violazione dell'art. 2486 cod. civ. – di atti gestori non conservativi da parte dell'amministratore unico e la ripartizione, tra attore e convenuto, del relativo onere probatorio per effetto dell'omessa tenuta delle scritture contabili, da un lato, e (ii) l'individuazione dei criteri di determinazione del *quantum* risarcitorio, dall'altro lato.

Come noto, chi agisce con azione di responsabilità – promossa nei confronti di amministratori di una società di capitali per atti compiuti dopo il verificarsi di una delle cause di scioglimento della società – è tenuto ad assolvere, *ex* art. 2697 cod. civ., all'onere di allegare l'esistenza dei fatti costitutivi della domanda, ossia: (i) la sussistenza della causa di scioglimento della società *ex* art. 2484 cod. civ.; (ii) il compimento, dopo il verificarsi della causa di scioglimento, di atti negoziali da parte degli amministratori; (iii) la prova che tali atti negoziali costituiscano prosecuzione della normale attività (con correlativo rischio) di impresa, come tale idonea a pregiudicare i diritti dei soci e dei terzi creditori.

Sennonché ove, come nel caso di specie, le scritture contabili non siano tenute regolarmente, impedendo alla curatela non solo di ricostruire analiticamente gli atti gestori, ma anche di formulare una precisa quantificazione del danno, lo scenario muta sensibilmente alla luce dei principi sanciti dalla Corte di Cassazione nelle sentenze n. 2156/2015 e SS. UU. n. 9100/2015.

In particolare, tale circostanza è rilevante in quanto determina un'**inversione dell'onere della prova** in relazione alla dimostrazione della circostanza di cui al punto (iii).

Il tutto, con la conseguenza che – osservano i giudici di legittimità – "*spett(erà) … agli amministratori convenuti di dimostrare che tali atti, benché effettuati in epoca successiva allo scioglimento, non comportino un nuovo rischio d'impresa (come tale idoneo a pregiudicare il diritto dei creditori e dei soci) e siano giustificati dalla finalità liquidatoria o necessari*".

Passando, quindi, al tema della **quantificazione del danno** risarcibile in mancanza delle scritture contabili, la Suprema Corte ha ribadito la possibilità di applicare la disciplina di cui all'art. 1226 cod. civ. sulla liquidazione in via equitativa (cfr. App. Milano, 10 giugno 2019, n. 2513, in *OneLegale.it*).

La **liquidazione in via equitativa** risponde, evidentemente, all'esigenza di rimediare a una pressoché impossibile determinazione del danno patrimoniale subito dalla società e, di riflesso, dai creditori della medesima.

Per ovviare a tale ipotesi la giurisprudenza aveva fatto ricorso a tre criteri di quantificazione, di

cui due di carattere presuntivo ed equitativo: (i) quello c.d. '**differenziale**' (rappresentato dalla differenza tra attivo acquisito e passivo accertato nel corso della procedura fallimentare) (cfr. Centonze (2016), *Art. 2486*, in *Le società per azioni*, diretto da Abbadessa-Portale, II, Torino, 2882); (ii) quello della **perdita incrementale** (costituita dalla differenza tra il patrimonio netto esistente al momento del verificarsi della causa di scioglimento, eventualmente rettificato per far emergere la perdita, e quello esistente al momento della dichiarazione di fallimento (cfr. *ex multis*, Trib. Milano, 11 novembre 2002, in *Società*, 2003, 1015); (iii) quello del **danno effettivo** (cioè riconducibile alle singole condotte illecite compiute dopo il verificarsi della causa di scioglimento: cfr., tra le tante, Cass SS. UU., 6 maggio 2015, n. 9100, in *Società*, 2015, 8-9, 1034; Cass., 23 giugno 2008, n. 17033; in *Fall.*, 2009, 569; Cass., 23 luglio 2007, n. 16211, in *Giust. Civ.*, 2007, I, 2708).

Nel 2019, come noto, è intervenuto il legislatore della riforma concorsuale che, nel codificare il criterio giurisprudenziale dei c.d. "*netti patrimoniali*", richiamato in diverse pronunce giurisprudenziali, ha introdotto all'art. 2486, terzo comma, cod. civ., una presunzione relativa di quantificazione del danno in misura pari alla "*differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'articolo 2484*", fatta salva "*la prova di un diverso ammontare*".

Si tratta di una modifica che incide sulla ripartizione, tra le parti, dell'onere della prova dei danni subiti dalla società, scaricando di fatto sugli amministratori convenuti in giudizio l'onere di provare che il danno causato dal loro comportamento sia inferiore a quello risultante dall'applicazione del criterio legale.

Benché il criterio dei c.d. **netti patrimoniali** sia ora cristallizzato all'art. 2486, terzo comma, cod. civ., l'omessa o insufficiente tenuta delle scritture contabili, non consentendo la ricostruzione dei netti patrimoniali, legittima tutt'ora il ricorso alla liquidazione calcolata come **differenza tra attivo e passivo** accertati nell'ambito della procedura.

Alla luce di quanto precede, nel caso di specie la Suprema Corte, accertata l'omessa tenuta delle scritture contabili, ha rimesso al giudice di seconde cure il nuovo esame della questione sul rilievo che il curatore aveva assolto all'onere di allegare, da un lato, le condotte inadempienti imputabili all'amministratore nel corso della gestione e di provare, dall'altro lato, la sussistenza del nesso causale tra i medesimi e il danno subito dalla società.

Diritto Bancario

Art. 1956 c.c.: la liberazione del fideiussore per obbligazione futura

di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

L'art. 1956 c.c. prevede che «il fideiussore per un'obbligazione futura è liberato se il creditore, senza speciale autorizzazione del fideiussore, ha fatto credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito. Non è valida la preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione».

L'onere del creditore di richiedere l'autorizzazione del fideiussore prima di far credito al terzo, le cui condizioni patrimoniali siano peggiorate dopo la stipulazione del contratto di garanzia, assolve alla evidente finalità di consentire al fideiussore di sottrarsi, negando l'autorizzazione, all'adempimento di un'obbligazione divenuta, senza sua colpa, più gravosa (Cass. n. 7444/2017; Cass. n. 32774/2019). In altri termini, la previsione – norma imperativa attesa l'invalidità della rinuncia preventiva – intende colpire con la sanzione della inefficacia della fideiussione il comportamento del creditore che, confidando sulla solvibilità del garante, continui a fare credito al debitore garantito conoscendo il peggioramento delle sue condizioni economiche al punto tale da rendere più difficile il recupero del credito (App. Firenze 15.4.2020).

Dalla violazione di tale regola di comportamento secondo correttezza e buona fede (Cass. n. 26947/2021; Cass. n. 16827/2016) discende non solo la liberazione del fideiussore, come previsto dall'art. 1956 c.c., ma anche, ove provato, un danno risarcibile, e tale rilievo costituisce un ulteriore elemento per considerare la rilevanza dell'obbligo di "protezione" cui è tenuto il creditore, che non si esaurisce al tempo del rilascio della fideiussione, ma permane per tutto il tempo della sua vigenza (Cass. n. 23273/2006; Cass. n. 32774/2019). Condotte a rischio sono le situazioni di scoperto o sconfinamento non autorizzate.

La disposizione in commento, relativa all'erogazione o all'utilizzazione di ulteriori somme di denaro, valorizza anche gli obblighi di diligente e corretta gestione dei finanziamenti in essere

da parte della banca.

Come infatti evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità, se nell'ambito di un rapporto di apertura di credito in conto corrente, si manifesta un significativo peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore rispetto a quelle conosciute al momento dell'apertura del rapporto, tali da mettere a repentaglio la solvibilità del debitore medesimo, alla stregua del principio cui si ispira l'art. 1956 c.c. la banca creditrice, la quale disponga di strumenti di autotutela che le consentano di porre termine al rapporto impedendo ulteriori atti di utilizzazione del credito che aggraverebbero l'esposizione debitoria, di quegli strumenti è tenuta ad avvalersi anche a tutela dell'interesse del fideiussore inconsapevole, se non vuole perdere il beneficio della garanzia, in conformità ai doveri di correttezza e buona fede ed in attuazione del dovere di salvaguardia dell'altro contraente, a meno che il fideiussore manifesti la propria volontà di mantenere ugualmente ferma la propria obbligazione di garanzia (Cass. n. 32774/2019; Cass. n. 21730/2010; Cass. n. 6414/1998).

Il 'fare credito', ai fini della norma in commento, riguarda dunque non solo l'erogazione di nuovo denaro ma anche una accorta gestione dei finanziamenti in essere: in sostanza, l'art. 1956 c.c. è applicabile anche nei casi in cui il creditore abbia trascurato di attivare i rimedi contrattuali a sua disposizione utili ad evitare l'aggravio dell'esposizione debitoria.

Ai fini dell'applicazione dell'art. 1956 c.c. devono dunque ricorrere due requisiti: *a*) il requisito oggettivo della concessione di un ulteriore finanziamento successivo al deterioramento delle condizioni economiche del debitore e sopravvenuto alla prestazione della garanzia, o il mancato esercizio dei poteri di autotutela contrattuale che avrebbero evitato l'aggravio del dissesto, contenendo l'esposizione debitoria; *b*) il requisito soggettivo della consapevolezza del creditore del mutamento delle condizioni economiche del debitore, raffrontate a quelle esistenti all'atto della costituzione del rapporto.

Riguardo, infine, alla distribuzione degli oneri probatori, per consolidato convincimento giurisprudenziale il fideiussore che chieda la liberazione della garanzia prestata invocando l'applicazione dell'articolo 1956 c.c. ha l'onere di provare, ai sensi dell'articolo 2697 c.c., l'esistenza degli elementi richiesti a tal fine, e cioè che, successivamente alla prestazione della fideiussione per obbligazioni future, il creditore, senza la sua autorizzazione, abbia fatto credito al terzo pur essendo consapevole dell'intervenuto peggioramento delle sue condizioni economiche (Cass. n. 8883/2020; Cass. n. 5833/2019; Cass. n. 6251/2018; Cass. n. 2132/2016).

LEGAL COUNSEL

Perché un Codice etico per lo studio legale

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

Sempre più spesso negli ultimi mesi si sente parlare della necessità di dotare lo studio legale di un Codice etico. Viene spontaneo chiedersi a questo punto perché nasca proprio ora questa esigenza e ancor prima cosa sia in pratica un Codice etico.

CODICE ETICO E POLICY DI COMPORTAMENTO

Partiamo da una distinzione che non è affatto scontata: Codice etico e Codice di comportamento (o di condotta) sono la stessa cosa? Anche se su questo argomento ci sono diverse posizioni e ad una veloce ricerca trovereste di tutto sul web, la risposta è no. Tra di essi passa la stessa differenza che sussiste tra il "cosa" e il "come". Il Codice etico per lo studio legale può essere paragonato alla Carta Costituzionale per il nostro Paese. La Carta Costituzionale è il documento in cui sono racchiusi i principi ispiratori di ogni successiva decisione e comportamento. In sostanza, stiamo parlando del "credo" di un Paese, dei valori e dei principi su cui si fonda il vivere civile organizzato. Ebbene, la stessa cosa accade per una comunità molto più ridotta, quale è, appunto, lo studio professionale.

CONTINUA A LEGGERE