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

Edizione di martedì 2 maggio 2023

Nuove tecnologie e Studio digitale

Gli studi legali faticano a superare la tradizione
di **Mario Alberto Catarozzo - Coach, Formatore, Consulente – CEO di MYPlace Communications**

Obbligazioni e contratti

Offerta fuori sede, mancata indicazione della facoltà di recedere e nullità del contratto di interest rate swap
di **Valerio Sangiovanni, Avvocato**

Impugnazioni

Il primo caso di rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione
di **Valentina Baroncini, Avvocato e Ricercatore di Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Verona**

Esecuzione forzata

Esecuzione forzata di un credito di «entità economica oggettivamente minima» e carenza di interesse ad agire del creditore
di **Silvia Romanò, Dottoranda in Scienze giuridiche europee e internazionali presso l'Università degli Studi di Verona**

Responsabilità civile

L'estensione della responsabilità del produttore al fornitore nel caso in cui quest'ultimo abbia semplicemente la medesima denominazione del produttore: rinvio alla Corte di Giustizia dell'Unione europea
di **Emanuela Ruffo, Avvocato**

Comunione – Condominio - Locazione

Non è dovuto il risarcimento se dal deterioramento della cosa locata non è conseguito un danno patrimoniale al locatore
di **Saverio Luppino, Avvocato**

Diritto e reati societari

L'abuso di potere nelle deliberazioni assembleari assunte in forma totalitaria
di **Eleonora Giacometti, Avvocato**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Superamento del limite di finanziabilità del mutuo fondiario
di **Federico Callegaro, Cultore di Diritto Commerciale presso l' Università degli Studi di Verona**

Diritto Bancario

Inammissibilità del mero rinvio nell'atto di citazione alla CTP
di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

Soft Skills

Sostenibilità e guerra di talenti
di **Giulia Maria Picchi - Senior partner Marketude**

Nuove tecnologie e Studio digitale

Gli studi legali faticano a superare la tradizione

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

L'ultimo rapporto Censis 2023 sull'Avvocatura commissionato da Cassa Forense disegna una professione in lento cambiamento, ma che purtuttavia deve introdurre al proprio interno quelle novità culturali utili a rimanere al passo con i tempi.

I cambiamenti ci sono da anni, anche se stenta quella transizione culturale che soprattutto dopo la pandemia rappresenterebbe un booster necessario alla professione. I dati sono positivi verso una maggior inclusività di genere, un leggero aumento del reddito delle fasce giovanili e della professione al femminile e anche verso una se pur lieve tendenza all'aggregazione verso studi associati e forme societarie. Da una professione storica, non ci si può attendere un cambiamento veloce e così è, infatti.

Nonostante negli ultimi anni sia emersa una certa perdita di attrattività della professione forense verso i giovani, la maggior parte degli avvocati si ritiene ancora soddisfatta delle condizioni professionali, del reddito e manifesta un certo ottimismo, seppur cauto, verso il futuro.

Negli ultimi anni, gli studi legali italiani hanno avviato una "storica" transizione culturale causata da diversi fattori, tra cui l'evoluzione tecnologica, i cambiamenti del mercato del lavoro, l'internazionalizzazione di molti settori, la richiesta di maggiore flessibilità e innovazione da parte dei clienti, la riduzione di attrattività della professione verso i giovani.

Ma quali sono i punti fondamentali su cui la professione forense deve ancora effettuare un passo in avanti? Noi ci limitiamo in questa sede a prendere in considerazione gli aspetti di nostra competenza, quindi le soft skills, gli aspetti organizzativi e comunicativi dello studio legale.

DIGITAL TRANSFORMATION DELLO STUDIO PROFESSIONALE

La tecnologia permette oggi la digital transformation degli studi legali, dall'adozione di strumenti come il processo civile telematico, la gestione elettronica dei documenti, alla fatturazione elettronica, all'utilizzo di piattaforme di comunicazione e collaborazione online. Lo studio è andato man mano verso una riduzione della carta e una smaterializzazione della documentazione; il cloud ha permesso di ridisegnare luoghi e tempi dell'attività professionale, rivisitare l'organizzazione delle attività e delle location di studio e concedere lo smart working a collaboratori e professionisti. Questo richiede agli avvocati di aggiornare la propria mentalità, prima ancora che la dotazione tecnologica; non si tratta semplicemente di sviluppare nuove competenze digitali, ma di adottare nuovi modelli di lavoro e di collaborazione. Non sono oggi gli strumenti a mancare e neppure le conoscenze del loro utilizzo, bensì il superamento di vecchie abitudini che ancorano a modalità di lavoro tradizionali e spesso inefficienti.

LAVORO AGILE E FLESSIBILE

Il mercato del lavoro è cambiato, soprattutto dopo la pandemia. Ciò emerge dalle nuove richieste di giovani professionisti e collaboratori, ma anche dalle nuove esigenze legate al benessere e al work-life balance. Sempre più, dunque, gli studi legali stanno adottando modelli di lavoro più flessibili, come il lavoro remoto (smart working) e orari flessibili per i collaboratori; ciò risulta oggi necessario per attrarre talenti (talent attraction), fidelizzare i collaboratori in studio (talent retention), riducendo il tasso di turnover, e per soddisfare le esigenze di un mercato del lavoro in continua evoluzione. Questo sta portato a un faticoso cambiamento nella mentalità tradizionale degli studi legali, abituati alla presenza fisica in studio dei suoi componenti, quasi sempre con orari di lavoro rigidi. Il cambiamento sta avvenendo, ma non per nuova mentalità, ma per necessità se non si vuole perdere competitività e attrattività. Viene vissuto, in altre parole, come uno scotto da pagare al progresso, più che come una opportunità e come innovazione nei processi di lavoro.

SPECIALIZZAZIONE E MULTIDISCIPLINARIETÀ

Il mercato da anni sta richiedendo al settore legale specializzazione. Come per il mercato dei medici, così anche quello dei legali si è incamminato da diversi anni verso l'abbandono di approcci generalisti, verso la scelta di specializzazioni. Il processo è lento e anche qui la tradizione ultradecennale si impone, ma la specializzazione resta un tentativo di risposta della categoria forense a diversi fattori di cambiamento che hanno coinvolto la professione legale, quale la crescente complessità normativa, legata anche ai processi tecnologici e alla internazionalizzazione di molti settori, piuttosto che la richiesta di specializzazione della clientela business, nonché la crescente competitività all'interno della categoria.

È dal 2012 che si prevedono le specializzazioni in ambito forense (legge 31 dicembre 2012, n. 247), ma è solo dalla fine del 2020 (dal 27 dicembre 2020) è in vigore il "Regolamento concernente modifiche al decreto del Ministro della Giustizia 12 agosto 2015, n. 144, recante disposizioni per il conseguimento e il mantenimento del titolo di avvocato specialista".

Alla richiesta di specializzazioni forensi da parte del mercato business ha fatto il paio la richiesta di multidisciplinarietà. Le aziende oggi richiedono tempestività e reattività del proprio legale alle richieste, ma anche risposte multidisciplinari, dove le diverse implicazioni societarie, fiscali, tributarie, civili e spesso anche penali e amministrative siano considerate. L'approccio è olistico da un punto di vista giuridico e ciò richiede diversi specialisti coinvolti in un gioco di squadra consulenziale. Da qui la necessità di inglobare in un'unica organizzazione le diverse specializzazioni del diritto e spesso anche di competenze non strettamente giuridiche, come quelle fiscali e tributarie. Da ciò la necessità di costituire entità organizzative strutturate, complesse nella propria articolazione, con processi di lavoro e organizzativi più vicini allo stile aziendale e molto meno a quello delle classiche boutique del diritto che la tradizione ci ha fatto conoscere per generazioni.

APPROCCIO INTERNAZIONALE

La globalizzazione della fine anni '90 e inizi anni 2000 ha portato gli studi legali italiani a dover espandere i propri orizzonti e a collaborare con studi e clienti a livello internazionale. Questo ha richiesto uno sforzo culturale non indifferente, a partire dalla conoscenza delle leggi e delle pratiche internazionali, delle lingue straniere e una maggior permeabilità verso culture di altri Paesi. Per lavorare con studi stranieri e con clienti stranieri non basta conoscere le lingue, è necessario avere una certa apertura mentale, conoscere le culture spesso molto distanti dalla nostra (basti pensare alla cultura medio-orientale, indiana o cinese) e saper gestire le relazioni con strumenti tecnologici ancora poco utilizzati da molti professionisti nella pratica quotidiana.

DIVERSITÀ E INCLUSIONE

La profonda trasformazione culturale della nostra società e la velocità con cui i cambiamenti stanno avvenendo, grazie anche ai nuovi canali tecnologici (a cominciare dai social network), ha spinto anche gli studi legali a dover porre sempre maggior attenzione alle tematiche relative alla diversità di genere e all'inclusione. Pensiamo alla necessità di colmare il gap retributivo tra uomini e donne all'interno della professione, piuttosto che politiche volte a tutelare la maternità e i congedi parentali, oppure la necessità di infrangere il tetto di cristallo che per anni ha riservato quasi esclusivamente agli uomini le posizioni apicali dentro gli studi. Certo, forse manca ancora qualche passo verso la piena inclusione di genere, età, background culturale e orientamento sessuale negli studi professionali, ma la strada intrapresa sembra quella gusta.

FORMAZIONE CONTINUA

La rapida evoluzione della società, del diritto e delle tecnologie richiede agli avvocati un impegno specifico nel promuovere la formazione continua all'interno dello studio. Ciò serve non solo per le hard skills giuridiche, per l'aggiornamento professionale, ma anche per l'aggiornamento culturale, manageriale e imprenditoriale oggi indispensabile per il posizionamento dello studio e il benessere dei professionisti e dipendenti di studio.

Anche gli studi legali stanno negli ultimi anni investendo nella formazione e nello sviluppo dei propri avvocati, offrendo corsi, seminari e altre opportunità di apprendimento che spaziano dai temi giuridici alle tematiche della comunicazione, negoziazione, organizzazione, marketing e coaching.

È nella formazione continua all'interno dello studio che si giocherà la vera partita il settore forense: è dalla formazione, infatti, che passa il cambiamento culturale, la consapevolezza di nuove tematiche come la sostenibilità e la strutturazione di team coesi ed efficienti

Obbligazioni e contratti

Offerta fuori sede, mancata indicazione della facoltà di recedere e nullità del contratto di interest rate swap

di **Valerio Sangiovanni, Avvocato**

Tribunale di Torino, Sezione Prima, 28 marzo 2023, Giudice Astuni

Parole chiave

Intermediazione finanziaria – Offerta fuori sede – Facoltà di recedere – Mancata indicazione – Nullità del contratto

Massima: "*In tema di offerta fuori sede di strumenti finanziari, la facoltà di recesso e l'obbligo di inserire in contratto espresso avvertimento sulla facoltà di recedere ai sensi dell'art. 30 t.u.f. sussistono con riferimento non solo al servizio di collocamento, bensì a tutti i servizi di investimento, fra cui il servizio di negoziazione per conto proprio*".

Disposizioni applicate

Art. 30 t.u.f. (offerta fuori sede)

CASO

Fra le parti, una s.r.l. e una banca, **viene concluso un contratto derivato su tassi di interesse**. L'*interest rate swap* (*irs*) viene concluso fuori sede e la società attrice chiede dichiararsi la nullità del contratto per mancata indicazione, nella documentazione contrattuale, della facoltà di recedere. Troverebbe applicazione, secondo la tesi dell'attore, l'art. 30 t.u.f.

SOLUZIONE

Il Tribunale di Torino accoglie la domanda dell'attore e **dichiara la nullità del contratto** derivato. In conseguenza della nullità del contratto, condanna la banca a restituire alla s.r.l.

tutti i flussi di cassa generati dal contratto per l'importo di € 2.285.540.

QUESTIONI

La vicenda affrontata dal Tribunale di Torino si colloca nell'ambito della **disciplina dell'intermediazione finanziaria**. Le principali disposizioni previste dal testo unico della finanza (t.u.f.) sono quelle che riguardano l'obbligo di forma scritta del contratto-quadro (art. 23 t.u.f.) nonché le norme di comportamento degli intermediari (art. 21 t.u.f.).

Importante è altresì la previsione dell'art. 30 t.u.f., la quale è stata modificata più volte fra la sua entrata in vigore (nel 1998) e la data odierna. L'art. 30 comma 6 t.u.f. prevede che "*l'efficacia dei contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali conclusi fuori sede è sospesa per la durata di sette giorni decorrenti dalla data di sottoscrizione da parte dell'investitore. Entro detto termine l'investitore* ***può comunicare il proprio recesso*** *senza spese né corrispettivo al consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede o al soggetto abilitato; tale facoltà è indicata nei moduli o formulari consegnati all'investitore*" (si è riportata, per comodità di esposizione, la versione vigente). Il successivo comma 7 dell'art. 30 t.u.f. stabilisce che: "*l'omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari comporta la nullità dei relativi contratti, che può essere fatta valere solo dal cliente*".

Qual è la *ratio* della disposizione? Nei rapporti fra cliente e intermediario finanziario vi è, quasi sempre, una significativa disparità: mentre l'investitore è spesso a digiuno di competenze in ambito finanziario, la banca sovrasta il cliente in termini di competenze. Il rischio è quello che la banca possa approfittare della propria superiorità informativa per avvantaggiarsi a danno dell'investitore. Questo pericolo è ancora maggiore quando il contratto viene concluso fuori sede. Non è il cliente che si reca in banca per effettuare investimenti, ma è il consulente finanziario che si reca dal cliente per proporgli investimenti: il **rischio che venga sorpresa la buona fede del cliente** è maggiore. Per ridurre questi rischi, sono state introdotte le disposizioni che si sono appena riportate. Il cliente ha un breve lasso di tempo (7 giorni) per riflettere sugli investimenti effettuati. Se cambia idea, può recedere dal contratto. Affinché questo diritto sia effettivo, la norma prevede un obbligo di segnalazione per iscritto del diritto di recedere. Se la segnalazione per iscritto non è effettuata, il contratto è nullo.

Affinché possa dichiararsi la nullità del contratto, il giudice deve fare due verifiche: 1) se il contratto è stato concluso fuori sede; 2) se manca l'indicazione nel contratto della facoltà di recedere. Il Tribunale di Torino sente, durante l'istruttoria, un testimone, il quale conferma che **i contratti sono stati conclusi fuori sede**. Inoltre la modulistica contrattuale non fa alcun riferimento alla possibilità di recedere dal contratto.

Nel caso in esame, l'eccezione di nullità per conclusione del contratto fuori sede senza indicazione della facoltà di recedere è stata sollevata dall'attore solo nella memoria conclusionale. Per questa ragione, la banca convenuta ne eccepisce la tardività. Il Tribunale di Torino però non accoglie l'eccezione. Trattandosi difatti di nullità, fra l'altro testuale (in quanto prevista espressamente dalla legge), **l'eccezione può essere sollevata in qualsiasi stato**

e grado del procedimento, a condizione che sia fondata su elementi di fatto già acquisiti al processo.

Nel merito, il Tribunale di Torino interpreta l'art. 30 t.u.f. in modo estensivo. Il giudice torinese ritiene che il diritto di recesso e la previsione di nullità dei contratti nei casi in cui quel diritto non è contemplato nella documentazione contrattuale trovano applicazione non soltanto quando il servizio prestato dall'intermediario sia un servizio di collocamento, ma anche quando si tratti di servizi diversi. Il diritto di recesso sussiste **anche nel caso di negoziazione per conto proprio di strumenti finanziari**, come avviene nell'ambito dei contratti derivati non quotati e singolarmente negoziati tra le parti ("*over the counter*"), in cui controparte contrattuale del cliente è lo stesso intermediario finanziario.

Vero è che l'art. 30 comma 6 t.u.f. fa riferimento espresso ai servizi di "collocamento" e di "gestione di portafogli". Tuttavia la disposizione è applicabile in via analogica ed estensiva alla prestazione di qualsiasi altro servizio di investimento. Comune è difatti la *ratio* della norma, che è quella di evitare la conclusione affrettata di contratti complessi che possono implicare gravi passività, senza avere la possibilità di ripensare all'investimento. L'offerta fuori sede è una prassi di vendita "aggressiva", idonea a sorprendere l'investitore. **I contratti derivati sono poi particolarmente complessi**, e – a maggior ragione – richiedono un tempo di riflessione anche successivo alla conclusione del contratto. L'istituto della facoltà di recesso serve proprio a raggiungere questo risultato di riflessione successiva all'operazione. In conclusione, il Tribunale di Torino dichiara la nullità del contratto derivato, con i conseguenti effetti restitutori.

Per concludere, si noti che i contratti derivati sono stati venduti dalle banche negli anni precedenti alla crisi finanziaria del 2008. Prima di questa data, i tassi erano alti e potevano essere sensati prodotti volti a gestire le oscillazioni dei tassi variabili. Successivamente al 2008 e fino al 2022 i tassi variabili sono stati particolarmente bassi, rendendo poco utili i contratti derivati. Si osservi infine che, con una certa frequenza, **i contratti derivati prevedono la clausola compromissoria** per la soluzione di eventuali liti fra le parti.

Impugnazioni

Il primo caso di rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione

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

Corte d'Appello Napoli, sez. VII, 2 marzo 2023, Pres. D'Ambrosio – Est. Magliulo

[1] Ricorso per cassazione – Rinvio pregiudiziale (art. 363-*bis* c.p.c.)

Massima: *"Ai sensi dell'art. 363-bis c.p.c., va disposto rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione per la risoluzione di una questione di solo diritto, essenziale ai fini della definizione del giudizio, che pone gravi difficoltà interpretative ed è suscettibile di porsi in numerosi altri giudizi (nella specie, trattasi della questione concernente l'applicabilità del rimedio preventivo di cui all'art. 1 ter l. n. 89/2001, consistente nella proposizione dell'istanza di decisione ex art. 281-sexies c.p.c. nel processo avanti al Giudice di Pace)"*

CASO

[1] Con ricorso proposto ai sensi degli artt. 2 e 3 della l. 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. legge Pinto), un soggetto chiedeva alla Corte d'Appello di Napoli il riconoscimento di un equo indennizzo per l'eccessiva durata del procedimento svoltosi dinnanzi al Giudice di Pace di Napoli.

L'istanza di indennizzo veniva dichiarata inammissibile dal Consigliere delegato della Corte d'Appello, per mancato esperimento del rimedio preventivo consistente nella proposizione dell'istanza di decisione *ex* art. 281-*sexies* c.p.c.

Contro il decreto il ricorrente proponeva opposizione ai sensi dell'art. 5-*ter* della l. n. 89/2001, censurando la ritenuta applicabilità del modulo decisionale in discorso al processo che si era svolto avanti al giudice onorario.

SOLUZIONE

[1] L'adita Corte d'Appello di Napoli, riscontrando l'esistenza, sul punto, di due possibili

interpretazioni espresse in altrettanti e divergenti orientamenti giurisprudenziali, per risolvere la questione controversa (anziché decidere nel merito il ricorso) ha rimesso gli atti alla Suprema Corte ai sensi dell'art. 363-*bis* c.p.c., ravvisando la sussistenza dei presupposti normativi del nuovo rinvio pregiudiziale.

In particolare, la corte di merito ha riscontrato la presenza dei requisiti richiesti dall'art. 363-*bis* c.p.c. nella circostanza per cui: 1) la questione controversia è essenziale ai fini della definizione del contenzioso *sub iudice*, in quanto, adottando l'una o l'altra opzione interpretativa (adeguatamente riportata all'interno del provvedimento), l'opposizione proposta potrebbe, almeno in parte, essere accolta; 2) sono riscontrabili "gravi difficoltà interpretative", che la pronuncia si premura di adeguatamente illustrare; 3) infine, lo stesso provvedimento afferma che la questione è destinata a porsi "in numerosi giudizi, anche in considerazione del crescente numero di ricorsi *ex* l. n. 89/2001 per procedimenti dinanzi al Giudice di Pace".

QUESTIONI

[1] La decisione della Corte d'Appello di Napoli, a quanto consta, rappresenta la prima pronuncia in materia di rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione *ex* art. 363-*bis* c.p.c.: ciò che ci offre lo spunto per eseguire una essenziale ricognizione del nuovo istituto, voluto dalla recente riforma Cartabia.

Il nuovo art. 363-*bis* c.p.c., introdotto con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 e rubricato «Rinvio pregiudiziale», prevede, al suo primo comma, che «Il giudice di merito può disporre con ordinanza, sentite le parti costituite, il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di cassazione per la risoluzione di una questione esclusivamente di diritto» (per un primo commento, si rinvia ad A. Fabbi, *Il rinvio pregiudiziale "alla Corte"*, in www.judicium.it, 11 aprile 2023).

La finalità dell'istituto è, evidentemente, quella di ottenere in tempi brevi un principio di diritto su una questione giuridica, senza dovere attendere che la stessa possa essere decisa dalla Corte dopo anni, una volta esaurito l'ordinario *iter* impugnatorio.

Come chiarito dalla Relazione illustrativa, l"istituto rivaluta la funzione nomofilattica della Corte, volta a garantire l'uniforme interpretazione del diritto oggettivo nazionale. In tal modo, mediante la rimessione della questione di diritto in tempi celeri, si intende favorire il sorgere di indirizzi giurisprudenziali coerenti e univoci, contribuendo a garantire l'esigenza, sempre più avvertita, della prevedibilità della decisione.

Ancora, dal punto di vista pubblicistico l'istituto può determinare un significativo effetto deflattivo, prevenendo la moltiplicazione dei conflitti e, con essa, la formazione di contrastanti orientamenti territoriali, in modo tale da prevenire l'insorgenza di contenzioso e garantire una maggiore efficienza e funzionalità al sistema giustizia.

L'art. 363-*bis* c.p.c. subordina l'accesso al rinvio pregiudiziale al ricorso di una serie di condizioni, ossia quando «1) la questione è necessaria alla definizione anche parziale del

giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione; 2) la questione presenta gravi difficoltà interpretative; 3) la questione è suscettibile di porsi in numerosi giudizi».

Dunque, la questione deve essere esclusivamente di diritto, deve rivestire natura pregiudiziale (ossia deve costituire l'antecedente logico-giuridico rispetto alla pronuncia definitiva), deve essere nuova, ossia non risolta da altra pronuncia della Cassazione, deve presentare gravi difficoltà interpretative e deve essere di natura seriale (sul punto, R. Masoni, *Il primo caso di rinvio pregiudiziale in Cassazione*, in *Ius Giuffrè*, 2023).

L'ordinanza del giudice di merito che dispone il rinvio pregiudiziale deve essere motivata, e con riferimento alla condizione di cui al numero 2) deve recare la specifica indicazione delle diverse interpretazioni possibili (condizione adeguatamente rispettata dal provvedimento in epigrafe).

L'ordinanza è immediatamente trasmessa alla Corte di cassazione e comunicata alle parti.

Il procedimento di merito è sospeso dal giorno in cui è depositata l'ordinanza, salvo il compimento degli atti urgenti e delle attività istruttorie non dipendenti dalla soluzione della questione oggetto del rinvio pregiudiziale.

Il primo presidente, ricevuta l'ordinanza di rinvio pregiudiziale, entro novanta giorni assegna la questione alle sezioni unite o alla sezione semplice per l'enunciazione del principio di diritto, o dichiara con decreto l'inammissibilità della questione per la mancanza di una o più delle condizioni di cui al primo comma. Dunque, il primo presidente effettua un vaglio di ammissibilità della richiesta, verificando la sussistenza dei presupposti indicati dall'art. 363-*bis* c.p.c., anche allo scopo di evitare che il nuovo istituto determini un appesantimento nell'operato della Corte e, dunque, aggravi e ritardi nella definizione delle impugnazioni ordinarie.

La Corte, sia a sezioni unite che a sezione semplice, pronuncia in pubblica udienza, con la requisitoria scritta del pubblico ministero e con facoltà per le parti costituite di depositare brevi memorie, nei termini di cui all'art. 378 c.p.c.

Con il provvedimento che definisce la questione è disposta la restituzione degli atti al giudice.

Il principio di diritto enunciato dalla Corte è vincolante nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione e, se questo si estingue, anche nel nuovo processo in cui è proposta la medesima domanda tra le stesse parti.

La vincolatività del principio di diritto opera dunque nei confronti del giudice di merito il quale, laddove non si uniformi a quanto enunciato dalla Cassazione *ex* art. 363-*bis* c.p.c., emetterà una pronuncia viziata e impugnabile per mancato rispetto del principio di diritto. Peraltro, il principio di diritto è vincolante e non potrà essere rimesso in discussione non solo da parte del giudice remittente il rinvio, ma anche dal giudice d'appello in sede di eventuale

impugnazione e, se del caso, anche dalla stessa Cassazione, laddove la stessa venga adita in sede di ricorso.

La disposizione, peraltro, omette di chiarire il procedimento da seguire per la prosecuzione del giudizio di merito, ma può ragionevolmente trovare applicazione l'art. 297 c.p.c., in materia di sospensione (nello stesso senso, R. Masoni, *op. cit.*), con conseguente prosecuzione del processo davanti al giudice *a quo* entro il termine perentorio di tre mesi dalla cessazione della causa di sospensione (ossia, dall'intervenuta comunicazione della pronuncia della Cassazione), pena l'estinzione del giudizio.

Esecuzione forzata

Esecuzione forzata di un credito di «entità economica oggettivamente minima» e carenza di interesse ad agire del creditore

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

Cassazione civile, Sez. III, Ordinanza 18/01/2023, n. 1489. Pres. De Stefano, Estensore Rossi

Procedimento esecutivo – pignoramento – opposizione all'esecuzione – credito di modesta entità – interesse ad agire – buona fede e correttezza – abuso del diritto

Massima: *"In tema di procedimento esecutivo, qualora il credito, di natura esclusivamente patrimoniale, sia di entità economica oggettivamente minima, difetta, ex art. 100 c.p.c., l'interesse a promuovere l'espropriazione forzata, dovendosi escludere che ne derivi la violazione dell'art. 24 Cost. in quanto la tutela del diritto di azione va contemperata, per esplicita od anche implicita disposizione di legge, con le regole di correttezza e buona fede, nonché con i principi del giusto processo e della durata ragionevole dei giudizi ex art. 111 Cost. e 6 CEDU"* (Nella specie la Suprema Corte ha ritenuto di entità non oggettivamente minima la somma di alcune centinaia di euro, dovendosi applicare il principio, già enucleato in un precedente del 2015, ad azioni esecutive per importi oggettivamente minimi, ad es. quando ammontino a poche decine di euro, cassando la sentenza d'appello).

CASO

Con atto di pignoramento ritualmente notificato e iscritto a ruolo, Tizio instaurava una procedura di espropriazione immobiliare in danno del Comune di Firenze per un credito, quantificato in precetto in complessivi euro 436,80 (oltre spese successive ed interessi), derivante da una sentenza del Giudice di pace del capoluogo toscano. Dopo due settimane, Tizio formulava intervento nella stessa procedura per il soddisfo di un ulteriore credito, quantificato in complessivi euro 372,06 (oltre interessi), parimenti derivante da una seconda sentenza di condanna del Comune.

Dopo il deposito dell'istanza di vendita, il Comune spiegava opposizione all'esecuzione rappresentando di avere parzialmente adempiuto mediante l'emissione di mandati di pagamento per l'importo, a detta dell'ente pubblico, effettivamente dovuto (*ça va sans dire*: inferiore a quello richiesto dal creditore), rifiutati dal creditore.

Sospesa l'esecuzione, instaurata la fase di merito della causa, l'opposizione veniva accolta in ambedue i gradi di merito sul presupposto che lo strumento espropriativo risultava posto in essere in violazione dei canoni di buona fede e correttezza: le corti di merito censuravano l'azione esecutiva promossa dal creditore per il carattere modesto dell'importo dovuto, quantificato in fase di merito in 250,00 euro oltre spese, anche in considerazione del parziale adempimento del debitore e delle spese della procedura che gli sarebbero state poste a carico.

Il creditore ricorreva per cassazione.

SOLUZIONE

È contraria a diritto la dichiarazione, del giudice di merito, dell'insussistenza del diritto del creditore a procedere esecutivamente per il soddisfo di un credito di alcune centinaia di euro, specie qualora abbia concesso al debitore congruo periodo di tempo per adempiere, instaurando la procedura esecutiva in data prossima allo spirare del termine di efficacia del precetto. Può, invece, ravvisarsi un abusivo utilizzo dello strumento espropriativo, in violazione dei principi di buona fede e di correttezza, nell'azione esecutiva instaurata per poche decine di euro residuati da un adempimento pressoché integrale senza che il creditore abbia, prima dell'instaurazione della procedura, sollecitato il debitore all'adempimento del modesto residuo.

QUESTIONI

La questione principale riguarda la sussistenza o meno dell'interesse ad agire *in executivis* del creditore per il soddisfacimento di una pretesa d'importo modesto; tema che si intreccia al problema dell'abuso dello strumento espropriativo da parte del creditore.

Il tema portato all'attenzione del Supremo Collegio non è nuovo, ed era già stato risolto dalla giurisprudenza di legittimità pochi anni prima con sentenza Cass. 3.3.2015, n. 4228. Nel precedente arresto giurisprudenziale, la Suprema Corte affermava la mancanza, *ex* art. 100 c.p.c., dell'interesse a intraprendere l'espropriazione forzata del titolare di un credito di natura esclusivamente patrimoniale di «entità economica oggettivamente minima». Il principio veniva fatto discendere dall'art. 24 Cost., in quanto il diritto di azione del creditore doveva essere contemperato con le regole di correttezza e buona fede, nonché con i principi che regolano il giusto processo di cui all'art. 111 Cost. e 6 CEDU.

Alla sentenza del marzo 2015 facevano seguito altre pronunce adesive, tra cui Cass. 15/12/2015, n. 25224 e Cass. 05/11/2020, n. 24691. Al predetto orientamento, più recentemente, dichiarava di aderire anche il giudice del merito del caso di specie, per l'effetto

dichiarando la mancanza di interesse ad agire del creditore a motivo della modesta entità del credito.

La Corte di cassazione afferma che il principio è esattamente enunciato dal giudice del merito e deve essere condiviso; tuttavia, viene applicato in maniera errata nella specifica vicenda dalla sentenza gravata.

Innanzitutto, si tratta di comprendere il significato dell'«entità economica oggettivamente minima» che non costituisce titolo sufficiente per agire *in executivis* e, in particolare, se sia possibile tracciare una sorta di soglia economica al di sotto della quale l'interesse del creditore soccombe rispetto agli altri interessi che ricevono tutela e considerazione nelle procedure esecutive.

La Corte di cassazione precisa che le sentenze costituenti l'orientamento giurisprudenziale poc'anzi menzionato si riferivano a importi di poche decine di euro, residuati a seguito di un adempimento pressoché integrale del debitore e perlopiù coincidenti con le fasi preparatorie e iniziali della procedura esecutiva, in modo tale da avvalorare l'ipotesi di una non immediata percepibilità, da parte del debitore, di un residuo a seguito dell'adempimento.

In dette situazioni, la giurisprudenza di legittimità fa discendere dai principi di buona fede e di correttezza l'onere, in capo al creditore di sollecitare il debitore all'adempimento del modesto importo prima di procedere o proseguire *in executivis*, specie in considerazione delle spese della procedura. L'omissione della richiesta di adempimento costituisce condotta contraria a buona fede o comunque non rispondente ad un interesse giuridicamente tutelabile nell'attuale ordinamento.

Non così, tuttavia, nel caso di specie, nel quale l'importo azionato era pari a circa ottocento euro che, da un punto di vista obiettivo e prescindendo da considerazioni di tipo soggettivo sulla capacità economica delle parti, appare per nulla irrilevante e, dunque, meritevole di considerazione anche quando si volesse accettare la tesi, del giudice territoriale, della non spettanza di talune voci azionate dal creditore.

A tanto va aggiunto che il comportamento processuale del creditore appare conforme ai canoni di buona fede e correttezza, procedendo in via esecutiva soltanto dopo l'infruttuoso decorso del peculiare *spatium adimplendi* accordato alle pubbliche amministrazioni dal D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, art. 14, e, anzi, in prossimità dello spirare dell'efficacia del precetto. In pendenza di detto termine, per contro, l'ente pubblico debitore, consapevole del debito, emetteva mandati di pagamento per un importo arbitrariamente rideterminato al ribasso.

Non ravvisando alcun abusivo utilizzo dello strumento espropriativo, la Corte di cassazione afferma la contrarietà a diritto della dichiarazione di insussistenza del diritto a procedere esecutivamente pronunciata dalla sentenza gravata, la quale viene cassata con rinvio.

eCAMPUS UNIVERSITÀ
Euroconference
Centro Studi Forense
CORSO ABILITANTE PER DELEGATO
ALLE VENDITE E CUSTODE GIUDIZIARIO
In diretta web dal 25 maggio >

Responsabilità civile

L'estensione della responsabilità del produttore al fornitore nel caso in cui quest'ultimo abbia semplicemente la medesima denominazione del produttore: rinvio alla Corte di Giustizia dell'Unione europea

di **Emanuela Ruffo, Avvocato**

Cass. civ. Sez. Terza Ord., 06/03/2023, n. 6568, Pres. Travaglino, Est. Graziosi

Responsabilità per danno da prodotti difettosi – Responsabilità del fornitore ex art. 4 d.p.r. n. 224 del 1988 (ora art. 116 del d.lgs. n. 206 del 2005) – Presupposti

[1] La Terza Sezione Civile, in tema di responsabilità per danno da prodotti difettosi, ha disposto il rinvio pregiudiziale alla CGUE, ai sensi dell'art. 267 TFUE, formulando il quesito «*se sia conforme all'art. 3, comma 1, dir. 85/374/CEE – e, se non sia conforme, perché non lo sia – l'interpretazione che estenda la responsabilità del produttore al fornitore, anche se quest'ultimo non abbia materialmente apposto sul bene il proprio nome, marchio o altro segno distintivo, soltanto perché il fornitore abbia una denominazione, un marchio o un altro segno distintivo in tutto o in parte coincidenti con quello del produttore*».

Disposizioni applicate

Art. 4 D.p.r. 224/1988, Direttiva 85/374/CEE

CASO

Un consumatore che aveva acquistato un veicolo ha adito la casa produttrice della propria auto per chiedere il risarcimento dei danni da lui subiti in un sinistro automobilistico in cui non aveva funzionato l'*air-bag* della vettura.

La convenuta si è costituita negando di essere la produttrice ed eccependo di non essere

responsabile del difetto del prodotto lamentato, in quanto il fornitore non ne risponde se il produttore è individuato e comunque ne risulta comunicata l'identità al consumatore, come avvenuto nel caso di specie.

In primo grado il Tribunale accertava la responsabilità extracontrattuale della convenuta per difetto di fabbricazione dell'*air-bag*.

Impugnata la sentenza da parte del convenuto, la Corte d'appello rigettava il gravame. La convenuta presentava quindi ricorso alla Corte di Cassazione per chiedere altresì, qualora necessario, il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione con la presente ordinanza interlocutoria chiede alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea di pronunciarsi in via pregiudiziale sulla seguente questione di diritto: «*se sia conforme all'art. 3, comma 1, dir. 85/374/CEE – e, se non sia conforme, perché non lo sia – l'interpretazione che estenda la responsabilità del produttore al fornitore, anche se quest'ultimo non abbia materialmente apposto sul bene il proprio nome, marchio o altro segno distintivo, soltanto perché il fornitore abbia una denominazione, un marchio o un altro segno distintivo in tutto o in parte coincidenti con quello del produttore*».

QUESTIONI

La sentenza in commento si è occupata della **responsabilità del fornitore per difetto del prodotto**, in particolare della fattispecie di cui all'art. 4 del d.p.r. 224/1988 che estende al fornitore la responsabilità del produttore quando questi non sia individuato, per assicurare al consumatore una tutela più ampia.

L'**art. 4 del d.p.r. 224/1988** prevede quanto segue: "1. Quando il produttore non sia individuato, è sottoposto alla stessa responsabilità il fornitore che abbia distribuito il prodotto nell'esercizio di un'attività commerciale, se abbia omesso di comunicare al danneggiato, entro il termine di tre mesi dalla richiesta, l'identità e il domicilio del produttore o della persona che gli ha fornito il prodotto. 2. La richiesta deve essere fatta per iscritto e deve indicare il prodotto che ha cagionato il danno, il luogo e, con ragionevole approssimazione, il tempo dell'acquisto; deve inoltre contenere l'offerta in visione del prodotto, se ancora esistente. 3. Se la notificazione dell'atto introduttivo del giudizio non è stata preceduta dalla richiesta prevista dal comma 2, il convenuto può effettuare la comunicazione entro i tre mesi successivi. 4. In ogni caso, su istanza del fornitore presentata alla prima udienza del giudizio di primo grado, il giudice, se le circostanze lo giustificano, può fissare un ulteriore termine non superiore a tre mesi per la comunicazione prevista dal comma 1. 5. Il terzo indicato come produttore o precedente fornitore può essere chiamato nel processo a norma dell'art. 106 del codice di procedura civile e il fornitore convenuto può essere estromesso, se la persona indicata comparisce e non contesta l'indicazione. Nell'ipotesi prevista dal comma 3, il convenuto può chiedere la condanna dell'attore al rimborso delle spese cagionategli dalla chiamata in

giudizio".

Nel caso di specie tale norma è stata interpretata dal giudice del merito intendendo che l'obbligo del fornitore si estendesse alla necessaria **chiamata in causa del produttore nel giudizio per risarcimento del danno**, al fine della sua individuazione in sede giudiziale e della propria conseguente estromissione, chiamata in causa non c'è stata in primo grado, con la conseguenza che il Tribunale ha ritenuto il convenuto responsabile ai sensi del cennato art. 4.

Ciò è stato confermato anche in secondo grado, posto che la Corte d'appello ha ritenuto che l'onere di individuazione del produttore imposto dalla norma non si traduce solo nella comunicazione dei dati identificativi, ma include anche la chiamata in causa in modo che si possa verificare in sede giurisdizionale se i dati forniti erano corretti e quindi se il chiamato in causa sia davvero il produttore e ciò al fine di rafforzare la tutela del consumatore.

Sotto questo primo profilo, la Corte di Cassazione si discosta dall'orientamento dei giudici del merito, affermando che pretendere che l'art. 4 imponga anche la chiamata in causa del produttore per liberare il fornitore costituisce una deformante lettura della norma, anche con riguardo all'art. 106 c.p.c. che con riferimento all'istituto della chiamata in causa prevede la facoltà, e non l'obbligo, della parte di provvedervi.

L'altra questione affrontata dalla Corte di legittimità, che ha portato al quesito sottoposto alla Corte di Giustizia Europea, riguarda il concetto di produttore.

L'art. 3 del d.p.r. 224/1988 lo definisce come "*il fabbricante del prodotto finito o di una sua componente e il produttore della materia prima*", **estendendo la qualità di produttore**, al terzo comma, anche **a chi si presenti come tale "*apponendo il proprio nome, marchio o altro segno distintivo sul prodotto o sulla sua confezione*"**.

La norma di diritto interno rispecchia direttamente il contenuto della direttiva 85/374/CEE, che dispone quanto segue: "*considerando che ai fini della protezione del consumatore è necessario considerare responsabili tutti i partecipanti al processo produttivo se il prodotto finito o la parte componente o la materia prima da essi fornita sono difettosi: che per lo stesso motivo è necessario che sia impegnata la responsabilità dell'importatore che introduca prodotti nella Comunità europea e quella di chiunque si presenti come produttore apponendo il suo nome, marchio o altro segno distintivo o fornisca un prodotto il cui produttore non possa essere identificato*".

L'art. 3 della cennata direttiva definisce inoltre quale produttore anche "*ogni persona che, apponendo il proprio nome, marchio o altro segno distintivo sul prodotto, si presenta come produttore stesso*".

Nel caso di specie la società fornitrice ha condiviso la qualità di produttrice apponendo il proprio nome in modo del tutto evidente al prodotto, così realizzando a parere della Corte una "autopresentazione" così come prevista dal cennato art. 3.

Tale "autopresentazione" si realizza qualora l'apposizione sia una **materiale impressione dell'elemento distintivo sul prodotto** o se l'apposizione sia *latu sensu* e, dunque, includa pure la presenza dell'elemento distintivo rinvenibile sul prodotto anche nei dati identificativi del soggetto che in tal modo di presenta come produttore, generando una **confusione** di individuazione del produttore che potrebbe risolversi a favore del consumatore.

Il quesito pertanto che si è posta la Suprema Corte è il seguente: la condivisione di elementi identificativi adeguati a confondere deve ritenersi frutto di una intenzionale specifica apposizione perché sia rafforzata la tutela del consumatore oppure è sufficiente una semplice coincidenza da sanzionare con la responsabilità paritaria rispetto all'effettivo produttore?

Da questo dubbio interpretativo (che sorge sia dal testo della direttiva europea che dalla normativa interna) è sorto quindi il quesito alla Corte di Giustizia nei seguenti termini: «*se sia conforme all'art. 3, comma 1, dir. 85/374/CEE – e, se non sia conforme, perché non lo sia – l'interpretazione che estenda la responsabilità del produttore al fornitore, anche se quest'ultimo non abbia materialmente apposto sul bene il proprio nome, marchio o altro segno distintivo, soltanto perché il fornitore abbia una denominazione, un marchio o un altro segno distintivo in tutto o in parte coincidenti con quello del produttore*».

Comunione – Condominio - Locazione

Non è dovuto il risarcimento se dal deterioramento della cosa locata non è conseguito un danno patrimoniale al locatore

di **Saverio Luppino, Avvocato**

Corte Suprema di Cassazione, Sez. III, Civile, Ordinanza n.8526 del 6 maggio 2020, Pres. Dott. Frasca Raffaele, Est. Dott.ssa Gorgoni Marilena.

Massima: *"L'inadempimento o l'inesatto adempimento dell'obbligazione contrattuale è di per sé un illecito, ma non obbliga l'inadempiente al risarcimento se, in concreto, non è derivato un danno al patrimonio del creditore, neppure nell'ipotesi disciplinata dall'art. 1590 c.c. Ne consegue che il conduttore non è tenuto al risarcimento se dal deterioramento della cosa locata, superiore a quello corrispondente all'uso della stessa in conformità del contratto, per particolari circostanze non è conseguito un danno patrimoniale al locatore. (Nella specie, la riconsegna era avvenuta per consentire che l'immobile, destinato ad attività alberghiera, fosse sottoposto a ristrutturazione, sulla quale il deterioramento non aveva avuto alcuna incidenza economica)".*

CASO

Tizia riportava di aver ricevuto in restituzione dalla (OMISSIS) S.r.l., al termine del rapporto locatizio, l'albergo (OMISSIS), di averlo accettato con riserva di ogni diritto ed azione, di avere conferito all'arch. Caio l'incarico di verificarne le condizioni e di avere successivamente tentato invano di addivenire con la conduttrice ad una soluzione concordata quanto alle spese risultate necessarie per far fronte alla manutenzione dell'immobile e per adeguarlo alla normativa antincendio.

Successivamente la proprietaria veniva convenuta dalla società (OMISSIS) S.r.l. dinanzi al Tribunale di Savona affinché venisse condannata al pagamento dell'indennità di avviamento[1] quantificata in Euro 59.306,21, nonché al pagamento dell'indennità di cui all'art. 31 della medesima legge, quantificata in Euro 135.557,05, sul presupposto che non avesse avviato, come invece avrebbe dovuto, l'attività alberghiera nell'immobile entro sei mesi dalla sua riconsegna o, in via subordinata, al pagamento di Euro 59.306,21, della L. n. 392 del 1978, ex

articolo 34, comma 1, ove fosse emerso che l'attività alberghiera fosse stata avviata entro un anno dalla restituzione del bene locato.

Tizia contestava la debenza delle indennità richieste per varie ragioni: perché all'immobile non erano stati apportati i necessari adeguamenti alla normativa antincendio; perché il contratto era cessato per scadenza naturale del termine ed, infine, perché era stato necessario eseguire dei lavori sull'immobile provocati dallo stato di cattiva manutenzione. Pertanto, attraverso la proposizione di riconvenzionale, la proprietaria domandava "*il pagamento dei canoni dovuti dalla scadenza del contratto al momento della riconsegna, quantificati in Euro 7.060,25, il pagamento delle imposte di registro, il risarcimento dei danni derivanti dal deterioramento dell'hotel imputabile alla società conduttrice, quantificati in Euro 400.000,00*".

Il Tribunale di Savona infine accoglieva la domanda della (OMISSIS) S.r.l. relativa all'indennità di avviamento, quantificandola in Euro 59.306,21, riteneva fondata la domanda della ricorrente relativa all'indennità per ritardato rilascio e quella volta ad ottenere la corresponsione dell'imposta di registro per la somma di Euro 8.579,25, rigettava la domanda risarcitoria di (OMISSIS) per i lavori di manutenzione ordinaria dato che la locatrice, dopo la riconsegna dell'albergo, aveva provveduto alla sua integrale ristrutturazione e non alle riparazioni di singoli deterioramenti.

Tizia proponeva giudizio di gravame, sostenendo di aver provveduto non ad una ristrutturazione dell'albergo, ma ad vero e proprio integrale restauro dei pavimenti, degli infissi e delle pareti reso necessario dai danni provocati dalla conduttrice; si costituiva presentando appello incidentale la società (OMISSIS), lamentando il rigetto delle sue ulteriore richieste. In merito a tali richieste, la Corte d'Appello di Genova, con la sentenza oggetto del qui commentato ricorso, si pronunciava rigettando entrambe e compensando tra le parti le spese di lite.

Tizia ricorreva pertanto per la cassazione della sentenza della Corte d'Appello ligure formulando due motivi.

SOLUZIONE

La Suprema Corte di Cassazione dichiarò il ricorso inammissibile, condannando la parte ricorrente al pagamento delle spese in favore della controricorrente, liquidandole in Euro 2.800,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15%, agli esborsi liquidati in Euro 200,00 ed agli accessori di legge. Ai sensi del Decreto del Presidente della Repubblica n. 115 del 2002, articolo 13, comma 1 quater, diede atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso articolo 13, comma 1 bis.

QUESTIONI

Attraverso il primo motivo la ricorrente rilevò la nullità della sentenza gravata e la violazione dell'articolo 112 c.p.c., ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma I, n. 4, nonché la violazione e falsa applicazione degli articoli 1362 e 1363 c.c., ex articolo dell'articolo 360 c.p.c., comma I, n. 3. La sentenza, spiegò, avrebbe deciso *ultra petitum*, non essendo mai stato affermato o dedotto dalla società conduttrice un riconoscimento dell'inesistenza del danno o una rinuncia a farlo valere.

Oltre a ciò, il provvedimento avrebbe violato i criteri legali di interpretazione del contratto relativamente al verbale di riconsegna dell'immobile nella parte in cui risultava che il bene immobile fosse stato accettato con riserva di ogni diritto ed azione, quindi, con l'intento, da parte della locatrice, di non rinunciare a nessun diritto ed azione connessi alla riconsegna dell'albergo tenuto conto dello scopo del verbale di riconsegna e del comportamento anteriore e successivo delle parti.

Con il secondo motivo la ricorrente censurò la sentenza sottolineando la violazione e falsa applicazione degli articoli 1223, 1588 e 1590 c.c., ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Oggetto di doglianza fu l'applicazione dell'orientamento della Suprema Corte in virtù del quale, anche nell'ipotesi disciplinata dall'articolo 1590 c.c., l'inadempimento o l'inesatto adempimento dell'obbligazione contrattuale integrerebbe ex sé un illecito, ma non comporterebbe l'obbligo per l'inadempiente di risarcire il danno **se in concreto non ne è derivato un danno al patrimonio del creditore**. Tale indirizzo implicherebbe, dunque, che il conduttore non sarebbe tenuto al risarcimento allorquando dal deterioramento della cosa locata superiore a quella corrispondente all'uso normale della medesima, per particolari circostanze, non dovesse derivare un danno al patrimonio del locatore.

Riportandosi al caso concreto, il ricorrente assumeva che non vi fosse stata alcuna ristrutturazione dell'immobile tale da assorbire totalmente i danni cagionati dalla conduttrice, mentre la Corte territoriale, essendosi limitata a prendere in esame il valore della domanda risarcitoria e la durata dei lavori programmati dopo la riconsegna non avrebbe tenuto conto che i lavori più significativi eseguiti avevano riguardato interventi diversi e distinti da quelli relativi al ripristino delle parti deteriorate.

I giudici di Cassazione, preliminarmente, valutarono che, per il principio processuale della "ragione più liquida", la controversia non potesse essere decisa sulla base della questione sollevata con il motivo numero due di più agevole soluzione, la cui inammissibilità assorbì ogni altra questione dibattuta fra le parti.

Gli Ermellini ritennero che la censura della ricorrente non potesse essere accolta, poiché, sebbene introdotta attraverso la denuncia di un *error in iudicando*, la sostanza della domanda chiedeva che fosse effettuata una rivalutazione dei fatti che hanno portato il giudice *a quo* ad una statuizione "sgradita" alla ricorrente. Venne ulteriormente ribadito che **si pone in pieno contrasto con i limiti morfologici e funzionali del giudizio di legittimità sollecitare una nuova valutazione dei fatti di causa**, posto che l'accoglimento di tale richiesta implicherebbe la trasformazione del processo di cassazione in un terzo giudizio di merito.

Come evidenziato dal Giudice di gravame, la ricorrente aveva depositato agli atti, preventivi di spesa per interventi molto consistenti da realizzare in previsione della riapertura dell'albergo dopo la sua riconsegna. Tale circostanza aveva comportato che, essendo l'immobile destinato a subire un significativo mutamento strutturale, gli interventi necessari alla riparazione dei danni riscontrati al momento della riconsegna dell'immobile erano divenuti irrilevanti e superflui. Peraltro, "*dalla sentenza emerge – cfr. pp. 12-13 – che la CTU aveva notevolmente ridimensionato, rispetto a quelli richiesti, i danni attribuiti al deterioramento dell'albergo non derivanti dal suo normale utilizzo, escludendo, ad esempio, la lucidatura a piombo per molti degli ambienti, riscontrando l'ammaloramento di sole 7 finestre esterne e limitandosi ad ipotizzare che la moquette dovesse essere sostituita, perché' non era stato possibile effettuare una perizia prima degli interventi posti in essere dalla proprietaria dell'hotel*".

La Corte ligure, richiamando la decisione della cassazione n. 17964 del 14/08/2014, ritenne che la ricorrente non avesse subito un danno effettivo derivante dai lavori necessari a riparare l'albergo, aderendo al principio secondo cui "*nell'ambito delle relazioni tra soggetti di diritto privato, **l'obbligo di risarcire non ha di regola fini sanzionatori** in quanto la funzione primaria dell'obbligo di risarcimento è quella di compensare il pregiudizio arrecato restaurando almeno per equivalente la situazione patrimoniale del danneggiato quale era prima dell'illecito. Il diritto al risarcimento postula quindi, ed indispensabilmente, l'effettività del verificarsi di un danno, che, come tale, sia stato concretamente sofferto, non essendo sufficiente la mera potenzialità configurabile in astratto*".

La prova dei danni derivanti dal deterioramento dell'albergo non fu pertanto sufficiente a far ritenere sussistente il danno materiale subito, essendo necessaria l'allegazione della prova della diminuzione del valore economico della cosa rientrata nel patrimonio del debitore ovvero quella di un incremento dei costi di ristrutturazione derivanti dalla mancata manutenzione ordinaria del bene.

Venne inoltre sottolineato come la stessa pronuncia richiamata dalla ricorrente[2], ha stabilito che non è possibile imputare al conduttore altro se non le spese necessarie al ripristino del bene per riportarlo nelle stesse condizioni in cui era all'inizio della locazione, ad esclusione fatta del deterioramento derivante dall'uso conforme al contratto (articolo 1590 c.c., comma 1), e "*non quelle inerenti alle ristrutturazioni ed ai miglioramenti che vadano oltre questi limiti*", che il locatore è libero di eseguire a proprie spese. Inoltre, trattandosi di un accertamento di fatto, sarebbe risultato sufficiente che la ricorrente avesse lamentato che il giudice a quo avesse erroneamente valutato le evidenze istruttorie, occorrendo semmai soddisfare l'onere di precisare quali circostanze e quali fatti se diversamente considerati dal giudice avrebbero potuto portare ad una decisione di segno opposto.

Indi per cui, il motivo di ricorso così come formulato (cioè per avere omesso di precisare quali lavori la ricorrente avesse in concreto eseguito) risultò affetto da genericità e dunque, inammissibile anche ai sensi del principio di diritto consolidato[3].

[1] Ex L. n. 392 del 1978, articolo 34, comma 1.

[2] N. 23271 del 3/07/2008.

[3] Cass. 04/03/2005 n. 4741, ribadito da Cass., Sez. Un., 20/03/2017, n. 7074.

Diritto e reati societari

L'abuso di potere nelle deliberazioni assembleari assunte in forma totalitaria

di **Eleonora Giacometti, Avvocato**

Tribunale di Napoli – sentenza n. 3185/2022 pubblicata il 30 marzo 2022

Parole chiave: assemblea – assemblea totalitaria– società a responsabilità limitata– abuso di potere – abuso della maggioranza – buona fede

Massima: *"Di fronte ad un'assemblea totalitaria, l'accertamento della presenza dell'intero capitale sociale e della maggioranza dei componenti degli organi amministrativi e di controllo esclude la rilevanza della mancanza delle formalità previste per la convocazione assembleare, come affermato dalla giurisprudenza secondo cui l'assemblea totalitaria ha una "competenza generale, senza che rilevi l'eventuale violazione delle norme che disciplinano la convocazione", e come confermato dalla disciplina di cui all'art. 2366 c. 4° c.c., da ritenersi applicabile anche alle assemblee delle S.r.l.. Inoltre, l'abuso della regola di maggioranza può determinare l'annullamento delle deliberazioni assembleari solo quando le stesse non trovino alcuna giustificazione nell'interesse sociale – per essere il voto ispirato al perseguimento, da parte dei soci di maggioranza, di un interesse personale antitetico a quello sociale – oppure siano il risultato di una intenzionale attività fraudolenta diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza".*

Disposizioni applicate: 2379 *bis* c.c., 2366 c. 4° c.c., 1175 c.c. e 1375 c.c.

Con il provvedimento in esame il Tribunale di Napoli si è pronunciato in merito ad una domanda di invalidità e di annullamento di una delibera assembleare adottata nel contesto di una S.r.l. composta da due socie, una di minoranza con il 40% delle quote della società ed una società, socia di maggioranza, con il restante 60%.

In particolare, la socia di minoranza ha impugnato la delibera con cui, alla presenza di entrambe le socie e dei due liquidatori, con il voto favorevole della socia di maggioranza e

contrario di quella di minoranza, sono stati revocati i liquidatori medesimi, espressione dell'intera compagine sociale, ed è stato nominato un nuovo liquidatore espressione della sola socia di maggioranza, con contestuale trasferimento della sede della liquidazione.

Secondo la ricostruzione dell'attrice, la delibera in questione sarebbe stata illegittima in quanto **(i)** la convocazione da parte della socia di maggioranza sarebbe avvenuta in violazione dello statuto sul falso presupposto dell'inattività di entrambi i liquidatori, smentito dal fatto che uno dei due aveva regolarmente inviato una convocazione assembleare per un'altra e diversa data, andata tuttavia deserta **(iii)** l'o.d.g. dell'assemblea impugnata non avrebbe contemplato gli ulteriori argomenti richiesti dalla socia di minoranza; e **(iv)** la revoca dei due liquidatori, con la nomina di un uno solo di fiducia della socia di maggioranza, ed il contestale trasferimento della sede della liquidazione e delle scritture contabili presso un indirizzo di esclusivo gradimento della medesima, avrebbero integrato, nell'insieme, un caso evidente di "eccesso di potere", ovvero un comportamento palesemente contrario ai principi di correttezza e buona fede *ex* artt. 1175 e 1375 c.c., diretto a favorire la socia di maggioranza a danno di quella di minoranza.

Secondo la socia di maggioranza, invece, non si era verificata alcuna illegittimità di convocazione dell'assemblea e nessuna violazione del diritto di partecipazione dei soci, essendosi trattato di un'assemblea totalitaria ed informata sugli argomenti all'ordine del giorno, ed era altresì infondata la tesi relativa all'eccesso di potere e alla violazione dei principi di correttezza e buona fede *ex* artt. 1175 e 1375 c.c., in quanto i liquidatori revocati non avevano mai assunto provvedimenti sulla scorta dei poteri conferiti ed, anzi, avevano tenuto un comportamento scorretto che aveva fatto venir meno la fiducia sottesa al loro mandato.

Ciò posto, il Tribunale delle Imprese di Napoli ha evidenziato:

- che la censura attorea relativa al vizio di convocazione dell'assemblea era priva di fondamento, assumendo rilevanza dirimente il dato incontestato che si era trattato di un'assemblea totalitaria e, anche nel caso più grave di una mancata convocazione, è noto come l'art. 2379 *bis*c., precluda al socio che, pur non essendo stato convocato, abbia partecipato all'assemblea così consentendone lo svolgimento, di impugnare la delibera conseguentemente assunta; ciò in applicazione del principio generale, immanente nel sistema del diritto societario, di garantire, il più possibile, la stabilità delle decisioni assembleari, con la conseguenza che di fronte ad un'assemblea totalitaria, quale quella del caso in esame, l'accertamento della presenza dell'intero capitale sociale e della maggioranza dei componenti degli organi amministrativi e di controllo esclude la rilevanza della mancanza delle formalità previste per la convocazione assembleare. Secondo la giurisprudenza, infatti, l'assemblea totalitaria ha "*competenza generale, senza che rilevi l'eventuale violazione delle norme che disciplinano la convocazione*" (Trib. Roma, 25 settembre 2007, in Riv. Dir. Comm., 2008, II, 1; nello stesso senso Id. Milano, 21 ottobre 2004, in Rep. Foro It., 2005, voce "Società", n. 2005), come confermato dalla disciplina di cui all'art. 2366 c. 4° c.c., da

ritenersi applicabile anche alle assemblee delle S.r.l., per cui – in ipotesi di qualunque violazione delle modalità di convocazione, comprese quelle che cagionerebbero la nullità delle delibere (come la mancata convocazione) – il possibile rilievo officioso del vizio (di fronte alla preclusione operante per il socio non convocato, ma comunque intervenuto alla riunione) sarebbe escluso; e

- priva di fondamento era anche la seconda doglianza dell'attrice in merito all'eccesso di potere della socia di maggioranza in quanto, seppur sia vero che l'esecuzione del contratto di società deve essere improntata ai noti canoni di correttezza e buona fede, l'abuso della regola di maggioranza (quale *species* del più ampio *genus* dell'abuso del diritto) può determinare l'annullamento delle deliberazioni assembleari solo quando le stesse non trovino alcuna giustificazione nell'interesse sociale – per essere il voto ispirato al perseguimento, da parte dei soci di maggioranza, di un interesse personale antitetico a quello sociale – oppure siano il risultato di una intenzionale attività fraudolenta diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza, circostanze, queste, non dimostrate, né allegate nel caso di specie.

Alla luce delle suddette considerazioni, il Tribunale delle Imprese di Napoli ha quindi rigettato le domande della socia attrice, condannando quest'ultima anche alla rifusione delle spese di lite in favore della socia intervenuta.

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Superamento del limite di finanziabilità del mutuo fondiario

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

Cass. S.U. Sentenza 27 settembre 2022 n. 33719, Pres. Raimondi G. – Rel. Lamorgese A.P.

Parole chiave: Finanziamento Fondiario – superamento limite LTV dell'80% – esclusione nullità del contratto – conversione del contratto in ordinario mutuo ipotecario.

Riferimenti normativi: T.u.b. (d.lgs. n. 385 del 1993): art. 38, secondo comma, art. 39, art. 117, comma 8, Deliberazione CICR[2] del 22 aprile 1995[3], Legge Fallimentare art. 67, Cod, civ.: art. 1424, art. 2033,

CASO

La questione, sottoposta a mezzo ricorso alla Suprema Corte con riferimento ad un finanziamento ipotecario qualificato fondiario, ha per oggetto gli effetti che si vengono a determinare in caso di superamento, della percentuale dell'80% tra il valore del finanziamento e quello della garanzia immobiliare che assiste il finanziamento stesso[4], tra cui la possibilità di conversione del contratto in ordinario mutuo ipotecario.

L'opposizione al passivo fallimentare, proposta dalla Banca creditrice veniva rigettata dal Tribunale, "*il quale escludeva la natura fondiaria del mutuo, in quanto concesso per un importo eccedente il limite massimo finanziabile*"[5], disapplicando nel caso di specie il regime di favore per il creditore fondiario previsto dall'art. 39 del t.u.b.

Di diverso avviso la Corte d'Appello la quale, a sua volta interessata dal gravame del creditore escluso[6] dal Fallimento, lo accoglieva così motivando: richiamando un precedente di Cassazione[7] – orientamento (allora) seguito nella giurisprudenza di legittimità -, la Corte non ritiene che la violazione dei limiti di finanziabilità del mutuo fondiario sia sanzionabile in quanto:

- da un lato l'art. 38, secondo comma del t.u.b. non è qualificabile quale norma imperativa la cui violazione possa dare luogo a un'ipotesi di nullità virtuale;
- dall'altro, tale disposizione, non sarebbe ricompresa nella previsione di cui all'articolo 117, comma 8, t.u.b. che stabilisce la nullità dei contratti che abbiano un contenuto difforme da quello tipico determinato dalla Banca d'Italia.

A fronte di tale decisione il Fallimento lamenta:

1. la violazione e la falsa applicazione degli articoli 38 e ss. t.u.b.;
2. l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, insistendo sia sulla nullità del mutuo fondiario violativo dei limiti di finanziabilità, sia sull'omessa considerazione, da parte del giudice di appello, della "*contrarietà a legge del finanziamento destinato ad estinguere passività pregresse, con conseguente necessità di escludere la garanzia ipotecaria*".

SOLUZIONE

Merita attenzione, in via preliminare al fine della presente analisi, proprio il passo della Pronuncia[8] che richiama l'orientamento già espresso dalla Prima Sezione[9] (cfr. Cass. n. 26672 del 2013), secondo cui "*la violazione dei limiti di finanziabilità del mutuo fondiario non è sanzionabile con la nullità del contratto sia perché non si tratterebbe di norma imperativa (articolo 38, secondo comma, t.u.b.) la cui violazione possa dare luogo a un'ipotesi di nullità virtuale, sia perché la suddetta disposizione non sarebbe ricompresa nella previsione di cui all'articolo 117, comma 8, t.u.b.*"[10]. Appare, quindi, rilevante per tale indirizzo, quale condizione sine qua non, anche la presenza di un Provvedimento *prescrittivo***[11]** dell'Autorità di Vigilanza.

Le Sezioni Unite ripercorrono l'escursus di legittimità che ha interessato i termini di interpretazione applicativa[12] dell'art. 38, secondo comma del t.u.b. richiamandone gli elementi principali dai quali la rimessione trae origine:

- l'orientamento seguito nella sentenza impugnata (non predicabile la nullità del mutuo per superamento del limite di finanziabilità, nei termini indicati dalla Banca d'Italia,) è stato superato nella giurisprudenza di legittimità a partire dal 2017.;
- la sentenza n. 17352/2017 ha, infatti affermato:

1. la non riconducibilità della suddetta violazione alla nullità testuale stabilita dall'articolo 117 t.u.b.;
2. il limite di finanziabilità non appresenta un elemento essenziale del contenuto del contratto e, quindi, un limite inderogabile all'autonomia privata, in ragione della natura pubblica dell'interesse tutelato;
3. ne deriva la nullità del contratto stesso in caso di violazione, salva la possibilità di conversione del contratto in ordinario mutuo ipotecario, ove ne sussistano i presupposti. Si osservi come la Pronuncia citata dalle S.U., indichi "*su istanza della banca nel primo momento utile successivo alla rilevazione della nullità*".

Le S.U. sottolineano come "*di quest'ultimo orientamento l'ordinanza interlocutoria ha sollecitato una rimeditazione*"[13].

Rinviando ad una lettura integrale del complesso ed esaustivo capo "Ragioni della Decisione"[14] si riportano, di seguito, gli elementi principali dell'escursus svolto dalle S.U.[15], pertinente non da ultimo gli elementi caratterizzanti i vari orientamenti succedutisi nel tempo:

richiamando i contenti salienti della sentenza n. 26672/2013 (supra)[16], la Corte evidenzia che alla Banca d'Italia dall'art. 117, ottavo comma, t.u.b. è attribuito *"un potere, definito dalla migliore dottrina conformativo o tipizzatorio, in ragione del quale essa può stabilire il contenuto di certi contratti (così come di determinati titoli) prevedendo clausole tipo da inserire nelle categorie di contratti previsti*" mentre dall'art. 38 del t.u.b. è conferito "*non già il potere di stabilire una certa clausola del contratto di mutuo fondiario bensì solo quello di determinare la percentuale massima del finanziamento che costituisce l'oggetto del contratto e che è quindi un elemento di per sè già tipizzato e costituente una clausola necessaria»*"[17].

Di sicuro interesse l'analisi che le S.U. riprendono relativamente alla diversa portata degli articoli 38 e 117 del t.u.b., che qui si riporta negli elementi essenziali:

- la dimostrazione della non riconducibilità del limite di finanziabilità, previsto dall'art. 38, ad alcuna delle ipotesi previste dall'art. 117 t.u.b., viene indicata nella scelta del legislatore che ha espressamente previsto sia "il contratto su cui la Banca d'Italia dovesse intervenire" sia "quale fosse la disposizione secondaria da introdurre";
- la stessa collocazione delle due Norme (l'art. 117 nel Titolo 6^, relativo alla "trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti"), denota come la normativa sia volta alla tutela dei contraenti più deboli, tramite l'inserimento di clausole standard che possano ridurre il rischio che vengano utilizzati "*da parte delle banche di schemi contrattuali di difficile lettura od interpretazione da parte del cliente ovvero recanti clausole onerose o eccessivamente vessatorie*".

Diversamente viene evidenziato in relazione all'art. 38 t.u.b. sottolineandosi che "*in tal caso il cliente ha tutto l'interesse ad ottenere il finanziamento nel massimo importo possibile anche a prescindere dal limite di finanziabilità*". Richiamando la sentenza n. 26672 del 2013 le S.U. puntualizzano che la nullità relativa di cui agli artt. 117 e 127 t.u.b. "*non risulta applicabile al caso di specie proprio perché il cliente non avrebbe interesse a farla valere e perché comunque avrebbe applicazione l'art. 127, n. 1, t.u.b., secondo cui le disposizioni del titolo 6° e quindi dell'art. 117, ottavo comma, sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente, ed un mutuo concesso oltre il limite di finanziabilità è di regola più favorevole al cliente*"»;

- quanto agli effetti viene la violazione della previsione dell'art. 38 t.u.b., norma che "*pur se imperativa … è insuscettibile di provocare la nullità del contratto, non incidendo sul sinallagma contrattuale* "investendo "*esclusivamente il comportamento***[18]** *della Banca tenuta ad attenersi al limite prudenziale ivi stabilito*";

- l'indirizzo offerto dalla pronuncia del 2013 include anche il ritenere che tali disposizioni – ricondotte nel perimetro delle norme di buona condotta la cui violazione non ingenera "una causa di nullità, parziale o meno, del contratto di mutuo" – non appaiano integrare norme inderogabili sulla validità del contratto,

il diverso orientamento, scaturito dalla sentenza n. 17352 del 2017[19] della prima sezione[20], sostiene che la prescrizione di detto limite "*si inserisce in ogni caso tra gli elementi essenziali perché un contratto di mutuo possa dirsi "fondiario"*".

Le argomentazioni possono essere così riassunte[21]:

- da un lato, si richiama la finalità della previsione, identificabile nella "*necessità di analitica regolamentazione dettata da obiettivi economici generali*", dall'altro, si considera che la norma "*non è volta a tutelare la stabilità patrimoniale della singola banca, ma persegue interessi economici nazionali (pubblici)*"»;
- la fissazione di un limite di finanziabilità non è confinabile nell'area del comportamento nella fase prenegoziale – contrattazione tra banca e cliente – né è correlabile a quella attuativa. La funzione della soglia stabilita è quella di "*regolare il quantum della prestazione creditizia, per modo da incidere direttamente sulla fattispecie*";
- escludere la nullità del contratto "*finisce per mantenere intatta una causa di prelazione resa illegittima dalla violazione del precetto normativo*"[22], non potendosi, tra le altre, ravvisarsi un'ipotesi di nullità parziale, del mutuo fondiario che travolgerebbe la corrispondente iscrizione ipotecaria solo per la eccedenza rispetto ai limiti di legge;
- la pronuncia del 2017, proseguono le S.U., nel mantenere ferma la nullità del contratto di mutuo fondiario, identifica quale "*unica modalità di recupero del contratto nullo*" la sua conversione in un contratto diverso[23]. Sotto l'aspetto procedurale ne viene puntualizzata la sua non rilevabilità d'ufficio dal giudice, necessitandosi di un'istanza di parte da avanzarsi "*nel primo momento utile conseguente alla rilevazione della nullità del contratto*".

Vengono riportati, infine, gli aspetti ritenuti dall'Ordinanza Interlocutoria[24] "meritevoli di approfondimento":

- in merito al provvedimento della Banca d'Italia che determina la percentuale massima del finanziamento concedibile (LoanToValue) viene segnalata la necessità di un'attenta indagine sulla caratura dell'interesse protetto (ed eventualmente leso);
- dubbia la configurabilità di una nullità per violazioni attinenti ad elementi intrinseci alla fattispecie negoziale, considerando che "*il rispetto del limite del finanziamento non è una circostanza rilevabile dal contratto*" bensì mediante apposita CTU in corso di causa;
- proprio la necessità di una verifica a mezzo accertamento tecnico potrebbe far apparire sproporzionata la sanzione della nullità;
- la nullità del contratto "*condurrebbe al paradossale risultato di pregiudicare, ancor più, proprio quel valore della stabilità patrimoniale della banca che la norma intendeva proteggere*»".

Corre l'obbligo di segnalare che le S.U. richiamano, nel loro escursus, anche la Pronuncia della Corte Costituzionale (n. 175 del 2004) ricordando come essa si sia "*espressa criticamente sulla pretesa «sanzione della "inopponibilità" dell'ipoteca che, in caso di inadempimento da parte del mutuatario, dovrebbe paradossalmente andare a carico del mutuante*". Viene richiamato, non ultimo, il fatto che il legislatore abbia inteso favorire la mobilizzazione della proprietà immobiliare ampliando la possibilità di far ricorso ai finanziamenti, contemperandola però con l'esigenza di contenere il rischio per le banche erogatrici a tutela della loro stabilità finanziaria.

Principio di Diritto

A conclusione dell'analisi svolta, la Corte formulando il seguente principio di diritto " *qualora i contraenti abbiano inteso stipulare un mutuo fondiario corrispondente al modello legale (finanziamento a medio o lungo termine concesso da una banca garantito da ipoteca di primo grado su immobili), essendo la loro volontà comune in tal senso incontestata (o, quando contestata, accertata dal giudice di merito), non è consentito al giudice riqualificare d'ufficio il contratto, al fine di neutralizzarne gli effetti legali propri del tipo o sottotipo negoziale validamente prescelto dai contraenti per ricondurlo al tipo generale di appartenenza (mutuo ordinario) o a tipi contrattuali diversi, pure in presenza di una contestazione della validità sotto il profilo del superamento del limite di finanziabilità, la quale implicitamente postula la corretta qualificazione del contratto in termini di mutuo fondiario.*".

Tale principio appare opportuno, non da ultimo, leggersi in uno con:

- il passo, esposto in Pronuncia (infra), ove si fa riferimento alla rilevanza assunta dal mancato rispetto delle prescrizioni, in materia, della Banca d'Italia ai sensi dell'art. 117, comma 8 del t.u.b. (infra), e
- l'impostazione cui le S.U. aderiscono[25], secondo cui "*il finanziamento fondiario realizza necessariamente una fattispecie in cui convergono due distinti negozi intimamente collegati tra loro, quello di concessione del credito e quello di costituzione di ipoteca di primo grado*".

QUESTIONI APPLICATE NELLA PRATICA

Si sottolinea come, in ultima analisi, la Pronuncia pur riconoscendo il persistere della validità dello strumento contrattuale quale mutuo ipotecario, lo vede privabile – in ragione dell'accertamento della carenza di un elemento sostanziale per la sua natura fondiaria – di tutti quei diritti / privilegi / prelazioni strettamente legati a detta natura – si pensi, non da ultimo, all'inapplicabilità, in sede concorsuale, della facoltà di incassare direttamente il ricavato derivante dalla vendita del bene costituito in garanzia -.

E' quindi da ribadirsi la necessità di definire puntuali processi e precise procedure idonee ad assicurare il rispetto delle prescrizioni in materia, non solo in sede di perfezionamento delle previste formalità e dell'acquisizione della prescritta documentazione, in contenuti e forma

idonei a costituire prova nei confronti della debitrice così come dei terzi – non da ultime le procedure concorsuali -, ma anche monitorando nel corso del rapporto l'adeguatezza alle previsioni normative e regolamentari, tempo per tempo vigenti.

Sempre di attualità resta la cura dell'archiviazione della documentazione e suo agevole reperimento nel tempo, incluse le Perizie acquisite in sede di formazione della pratica di fido e di suo aggiornamento, nonché quelle, eventuali, successivamente acquisite in ragione dell'applicazione di Disposizioni di Vigilanza ovvero politiche interne di gestione del credito.

[1] Data pubblicazione 16 novembre 2022.

[2] Comitato interministeriale per il credito e per il risparmio, indicato quale Autorità Creditizia all'art. 2 del T.u.b. che ne attribuisce i compiti in materia creditizia, oltre a definirne la composizione.

[3] Oggetto di recepimento Regolamentare, da parte della Banca d'Italia, attraverso l'aggiornamento del 26 giugno 1995 alla circolare n. 4 del 29 marzo 1988 (Istruzioni in materia di particolari operazioni di credito) – attualmente non più in vigore in quanto confluita, a vari step successivi nell'odierna struttura regolamentare della Banca d'Italia -.

[4] Ai sensi dell'art. 38 del Testo Unico Bancario, definito dalla "*Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR*", percentuale che può raggiungere il 100%i ove integrata la garanzia, a concorrenza, con titoli di stato

[5] Nei termini previsti dalla Normativa vigente – deliberazione CICR del 22 aprile 1995 ed art. 38, secondo comma, del Testo Unico Bancario e derivanti Regolamentazioni dell'Organo di Vigilanza (circolare n. 119 del 1995) .

[6] Sul punto merita menzione come trattasi di terzo soggetto Cessionario dei crediti originariamente derivanti da crediti concessi all'imprenditore fallito da una Banca.

[7] Cass. n. 26672 del 2013.

[8] Facendo proprio il richiamo, in merito, fatto dalla stessa Corte d'Appello.

[9] Si osservi la medesima Sezione che, con l'ordinanza interlocutoria n. 4117 del 2022, ha investito le Sezioni Unite della "*questione di massima di particolare importanza*".

[10] Che stabilisce la nullità dei contratti che abbiano un contenuto difforme da quello tipico determinato dalla Banca d'Italia.

[11] La disposizione normativa indica espressamente, nel periodo finale del comma n.8 nel definire i termini dell'eventuale responsabilità della Finanziatrice, di "violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia".

[12] Per non appesantire la presente elaborazione di commento, non si riporta la copiosa dottrina che nel tempo si è stratificata a favore dei due orientamenti di legittimità.

[13] Si richiama all'attenzione come il Procuratore generale, presente nei procedimenti di legittimità, nella requisitoria di sua competenza ritualmente depositata, "*abbia escluso la configurabilità di un'ipotesi di nullità (testuale o virtuale) nella stipulazione di un mutuo fondiario per un importo eccedente il limite di finanziabilità, suggerendo di attrarre il contratto nel genus del mutuo ordinario ipotecario, in tal senso riqualificandolo per la parte eccedente quel limite*".

[14] Da pag. 5 a pag. 40.

[15] Riportando, in premessa, le previsioni normative e regolamentari applicabili (supra).

[16] Richiamando anche le conformi sentenze successive: n. 27380 del 2013, n. 22446 del 2015 e n. 13164 del 2016.

[17] Precisazione che, non da ultimo, puntualizza il rientrare della determinazione di detta percentuale nel perimetro della delega conferita all'Autorità di Vigilanza.

[18] In merito alla dicotomia tra regole di validità e regole di comportamento vengono richiamati precedenti, non recenti, delle stesse S.U. (sentenze n. 26724 e 26725 del 2007),

[19] Che condivide il non ricorrere, nel caso di specie, sia della nullità di cui all'articolo 117, ottavo comma, t.u.b., che dell'ipotesi di una nullità testuale,

[20] Cui hanno fatto seguito altre successive conformi riportate in pronuncia (sez. I, n. 19016 del 2017, n. 6586, 11201, 13286 e 29745 del 2018, n. 10788 del 2022).

[21] Il Collegio non condivide tale tesi "ricostruttiva invalsa nella giurisprudenza di legittimità a partire dal 2017", proponendo una sistematica confutazione nell'ambito del Capo 8.

[22] Sottolineandosi come, così facendo e nell'ipotesi di una crisi dell'impresa finanziata, si rischi di "*minare la par conditio creditorum (articolo 2741 c.c.); «l'interesse del cliente [ad ottenere il finanziamento in misura eccedente il limite consentito] recede dinanzi all'interesse della massa creditoria*".

[23] Riferendosi all'art. 1424 cod. civ.

[24] La quale, tra le altre:

- chiarisce come ritenga "*dubbia la possibilità di configurare nel limite di finanziabilità del mutuo una norma imperativa la cui violazione possa dare luogo a una nullità virtuale del contratto di mutuo e dell'ipoteca*";
- suggerisce come "*percorso effettivamente alternativo [alla nullità] la riqualificazione del*

contratto alla stregua di un mutuo ipotecario ordinario, prescindendo dal nomen iuris adoperato dalle parti e sterilizzandolo delle tutele speciali previste dalla legge, in favore del mutuante, per i finanziamenti fondiari".

[25] Cass. n. 7509 del 2022.

Diritto Bancario

Inammissibilità del mero rinvio nell'atto di citazione alla CTP

di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

Nelle controversie bancarie è particolarmente avvertita l'esigenza che l'attore fornisca in modo circostanziato la prova dei fatti costitutivi della sua pretesa, allegando e provando – in modo specifico – le contestazioni sollevate: egli non può limitarsi ad allegazioni generiche, atteso che ciò finirebbe con il rendere l'azione proposta meramente esplorativa, limitata ad un elenco generale ed astratto di invalidità.

Schematizzando, nel giudizio promosso dal cliente di un istituto bancario che eserciti l'azione di ripetizione dell'indebito deducendo la contrarietà a norme imperative di determinate condizioni contrattuali, il correntista attore ha l'onere (di regola) di allegare: 1) la condizione contrattuale illegittima o il comportamento illegittimo della banca, quindi, il titolo in forza del quale è stata eseguita la rimessa; 2) la singola rimessa; 3) la natura solutoria della rimessa, cioè che essa è stata eseguita su un conto scoperto. In alternativa, il cliente dovrà allegare la natura ripristinatoria della rimessa e la sua trasformazione in pagamento al momento della chiusura del conto; 4) la data del pagamento; 5) il calcolo delle diverse rimesse che consente di individuare la correttezza della somma finale richiesta a titolo di ripetizione di indebito.

Il mero richiamo o rinvio ad un documento esterno alla citazione, quale è la perizia contabile di parte (CTP), non soddisfa i requisiti di validità della citazione, giacché l'atto giudiziale non può contenere un rinvio *per relationem* a documenti esterni la cui funzione suppletiva sarebbe quella di esplicitare il contenuto della citazione stessa: la giurisprudenza è assolutamente consolidata nell'escludere la validità del mero rinvio, per la individuazione degli atti costitutivi della domanda (art. 163, comma 3 n. 3 e 4 c.p.c.), alla relazione peritale di parte (Trib. Avellino 23.3.2021; Trib. Foggia 29.4.2021; Trib. Reggio Emilia 7.9.2020; Trib. Napoli Nord 5.6.2020; Trib. Velletri 18.6.2019; Trib. Roma 20.2.2019).

L'atto giudiziale deve essere autosufficiente e contenere nella sua interezza gli elementi strutturali richiesti dalla norma da ultimo richiamata, tra i quali, per quanto qui interessa, la determinazione dell'oggetto della domanda ma soprattutto l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda spiegata rispetto al caso sottoposto al

vaglio del Giudice.

Il mero rinvio alla relazione tecnica di parte è inammissibile anche atteso che, in base al principio del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., le allegazioni implicite – ossia le dichiarazioni che rappresentano gli elementi fondamentali dell'azione e, in particolare, la *causa petendi* – devono essere portate a conoscenza, unitamente all'atto di citazione, del convenuto per consentire allo stesso di esercitare immediatamente il proprio diritto di difesa, che comprende anche la facoltà di non costituirsi in giudizio e di rimanere inerte, avendo piena e completa cognizione dei fatti che la controparte pone a sostegno della pretesa fatta valere dinanzi al tribunale (per tutti Cass., Sez. Un., n. 8077/2012).

In tali fattispecie – mero rinvio nella citazione alla CTP – l'onere probatorio a carico dell'attore non può ritenersi assolto.

Soft Skills

Sostenibilità e guerra di talenti

di **Giulia Maria Picchi - Senior partner Marketude**

Negli ultimi anni, la sostenibilità ha assunto una posizione di primo piano anche nelle fasi di assunzione e successiva fidelizzazione delle risorse umane.

L'esperienza che stanno vivendo le imprese, quando non già condivisa, è senz'altro un monito per gli studi: tra i fattori presi in esame per scegliere il proprio datore di lavoro vengono valutati anche la sua "greenness" (intesa qui come sostenibilità ambientale e sociale) e i benefici ad essa correlati.

Si sta assistendo a una vera e propria guerra di talenti: le realtà che riescono ad adattarsi rapidamente per dare risposte concrete a queste nuove istanze sono quelle che poi riescono ad attrarre e trattenere le risorse migliori.

E se è vero per tutte le organizzazioni che il capitale umano è un fattore fondamentale per il successo di lungo termine, è evidente quanto lo sia, a maggior ragione, per uno studio professionale.

E' quindi una priorità assoluta non concentrarsi solo sulla gestione della fase di assunzione ma anche occuparsi attentamente di tutte quelle attività che concorrono a fidelizzare le persone.

A questo proposito invito chi fosse preoccupato degli oneri che piani di welfare, corsi di formazione e altre iniziative comportano, ad adottare un approccio intellettualmente onesto e, per valutare che cosa davvero si debba intendere come "oneroso", mettere sull'altro piatto della bilancia anche i problemi, i rallentamenti, la perdita di know-how (e magari anche di clienti), i costi -anche e forse soprattutto in termini di tempo da dedicare alla ricerca di nuove persone, ai colloqui, alla formazione, ecc.-, e quindi, in generale, i mancati guadagni che derivano da un elevato turnover.

CONTINUA A LEGGERE

Seminari di specializzazione
IMPATTO DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE NELLA PROFESSIONE LEGALE: IL PUNTO DI SVOLTA
Scopri di più >