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

Edizione di martedì 6 giugno 2023

Diritto Bancario

Ammortamento alla francese, regime finanziario e determinatezza degli interessi nel mutuo
di **Valerio Sangiovanni, Avvocato**

Impugnazioni

La nozione di travisamento della prova censurabile avanti alla Corte di Cassazione
di **Marco Russo, Avvocato**

Procedimenti cautelari e monitori

Nullità (non inesistenza) della notificazione del decreto ingiuntivo a debitore privo di capacità di intendere e di volere non legalmente dichiarata
di **Silvia Romanò, Dottoranda in Scienze giuridiche europee e internazionali presso l'Università degli Studi di Verona**

Responsabilità civile

La responsabilità dell'hosting provider per mancata deindicizzazione dei contenuti
di **Martina Mazzei, Avvocato**

Comunione – Condominio - Locazione

Le ragioni del diniego di rinnovo del contratto di locazione alla prima scadenza devono essere specifiche
di **Saverio Luppino, Avvocato**

Diritto e procedimento di famiglia

L'affidamento del cane quando la coppia si separa
di **Giuseppina Vassallo, Avvocato**

Diritto e reati societari

Fusione o incorporazione: da quando ne decorrono gli effetti giuridici?
di **Virginie Lopes, Avvocato**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Ristrutturazione dei debiti del consumatore e debiti d'impresa pregressi
di **Carlo Trentini, Avvocato**

Diritto Bancario

L'apertura di credito garantita
di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

LEGAL COUNSEL

Studi legali e commercialisti: la nuova UNI 11871 per organizzarsi con metodo
di **Mario Alberto Catarozzo - Coach, Formatore, Consulente – CEO di MYPlace Communications**

Diritto Bancario

Ammortamento alla francese, regime finanziario e determinatezza degli interessi nel mutuo

di **Valerio Sangiovanni, Avvocato**

Tribunale di Napoli, 2 maggio 2023, Giudice Pastore Alinante

Parole chiave

Interessi convenzionali – Regime finanziario – Mancata indicazione del regime finanziario – Indeterminatezza degli interessi – Applicazione del tasso b.o.t.

Massima: "*Nel caso in cui il contratto di mutuo non indichi espressamente il regime finanziario usato per determinare l'ammontare della rata mensile, a fronte dell'indicazione nel testo del contratto della mera percentuale dell'interesse nominale annuo, il tasso non può considerarsi determinato e deve trovare applicazione il tasso b.o.t., con conseguente restituzione degli importi addebitati in eccesso dalla banca ai mutuatari*".

Disposizioni applicate

Art.117 t.u.b. (contratti)

CASO

Una banca eroga a due persone un mutuo fondiario per l'importo di 150.000 euro, con iscrizione ipotecaria su di un immobile fino a 225.000 euro. I mutuatari agiscono in giudizio nei confronti della banca, sostenendo che **il contratto non indica il regime finanziario** usato dall'istituto di credito, e ciò implicherebbe indeterminatezza degli interessi.

SOLUZIONE

Il Tribunale di Napoli accoglie la domanda dei mutuatari e statuisce la **nullità delle clausole**

determinative degli interessi, con condanna della banca a restituire gli importi addebitati in eccesso.

QUESTIONI

Il tema oggetto della sentenza del Tribunale di Napoli in commento è di particolare attualità. Quando una banca eroga un mutuo, il debitore si impegna a pagare due categorie di costi: **il capitale e gli interessi**. Per quanto riguarda il capitale, non si pongono particolari problemi: si tratta di restituire la medesima somma che è stata originariamente versata dalla banca. Del resto, la definizione del contratto di mutuo va in questo senso: è "*il contratto col quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di danaro … e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità*" (art. 1813 c.c.).

Il problema si pone, invece, per gli interessi, e in particolare per il calcolo del loro ammontare. Questi **sono chiamati corrispettivi**, in quanto costituiscono la controprestazione spettante alla banca per avere l'istituto di credito prestato danaro ai mutuatari. Si immagini che, a fronte di un finanziamento di 100.000 euro, siano dovuti interessi per 50.000 euro. Il debito complessivo ammonta, nell'esempio fatto, a 150.000 euro.

A questo punto bisogna comprendere quando l'importo per interessi debba essere restituito dai mutuatari alla banca. La regola è fissata dall'art. 1194 comma 1 c.c., secondo cui "*il debitore non può imputare il pagamento al capitale, piuttosto che agli interessi e alle spese, senza il consenso del creditore*". L'applicazione rigorosa di questo principio implicherebbe che **le prime rate di ammortamento del mutuo conterrebbero solo interessi**. Si immagini che la rata fissa mensile sia di 1.000 euro: i primi 1.000 euro versati sarebbero soli interessi. Anzi, nell'esempio fatto, occorrerebbero ben 50 rate per estinguere il debito per interessi, potendosi solo dopo abbattere il capitale.

Per evitare questo risultato, nella prassi si usano dei piani di ammortamento, i quali hanno l'effetto di far sì che – dentro ogni rata – ci sia una quota di capitale e una quota di interessi. In altre parole, i piani di ammortamento derogano al regime legale dell'art. 1194, comma 1 c.c. Il piano di ammortamento più diffuso nel nostro ordinamento è detto "**alla francese**". Esso ha le seguenti caratteristiche:

1) importo rata fisso;

2) inserimento in ogni rata di una quota di capitale e di una quota di interessi;

3) ammontare degli interessi alto nella prima rata e a scendere nelle seguenti;

4) ammontare del capitale basso nella prima rata e a salire nelle seguenti.

Il piano di ammortamento alla francese presenta dei profili di illegittimità? In linea di principio la risposta è negativa, in quanto le parti – proprio in quanto l'art. 1194 comma 1 c.c. è

derogabile – possono disciplinare come meglio ritengono il pagamento di capitale e interessi. Il punto dolente è che **esistono più "regimi finanziari"** (o "metodi di calcolo") per "trasformare" il tasso d'interesse indicato in contratto nell'ammontare della rata che si va a pagare. Il tasso d'interesse è indicato comunemente come tasso annuo nominale (t.a.n.), ossia una percentuale sul capitale mutuato. Dati i medesimi parametri fondamentali del mutuo, i diversi regimi finanziari che si possono usare implicano un diverso esborso mensile. Si ipotizzi che il capitale mutuato sia di 100.000 euro per 10 anni al tasso d'interesse annuo del 10%. A seconda del regime finanziario che si adotta, si determinano esborsi mensili diversi.

Il tasso d'interesse deve essere determinato o determinabile. Più precisamente il comma 4 dell'art. 117 del testo unico bancario prevede che "*i contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati*". Il tasso d'interesse è quasi sempre espresso in misura percentuale su base annua. Tuttavia, devono essere indicati in contratto anche **gli altri "prezzi" e "condizioni"**. Il regime finanziario è uno di questi "prezzi e condizioni". In assenza scatta la sanzione dell'applicazione del tasso dei buoni ordinari del tesoro (b.o.t.), prevista dal comma 7 dell'art. 117 t.u.b.

Nel caso affrontato dal Tribunale di Napoli nella sentenza in commento viene nominato un consulente tecnico d'ufficio, il quale rileva che **ci sono dei costi non esplicitati nelle condizioni economiche del contratto**. Il testo del contratto *inter partes* specificava che il piano di ammortamento usato era quello alla francese, che le rate erano uguali e che esse erano composte da capitale crescente e interessi decrescenti. Tuttavia non viene spiegato nel contratto quale regime finanziario si utilizza, e in particolare che si tratta di un regime finanziario a capitalizzazione composta.

La banca si difende sostenendo che, poiché **il piano di ammortamento era allegato** al contratto, dal piano di ammortamento si poteva desumere il regime finanziario usato. Il Tribunale di Napoli non accoglie tuttavia questa argomentazione e ritiene invece che il regime finanziario debba essere esplicitato.

In conclusione, deve dunque trovare applicazione il tasso b.o.t., come stabilito dall'art. 117 comma 7 t.u.b., secondo cui "*in caso di inosservanza del comma 4 … si applicano: a) il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro*". Dalla consulenza tecnica emerge che **la differenza tra tasso applicato e tasso b.o.t.** ammonta a 11.194,62 euro e la banca viene condannata a restituire questo importo ai mutuatari.

Impugnazioni

La nozione di travisamento della prova censurabile avanti alla Corte di Cassazione

di **Marco Russo, Avvocato**

Cass., Sez. III, 27 aprile 2023, n. 11111 *Pres.* Travaglino, *Rel.* Giannitti

Procedimento civile – Ricorso per cassazione – Inammissibilità – Travisamento della prova – Giudice – (C.p.c., artt. 115, 116, 132, 360, 395)

Massima: *"Il travisamento della prova censurabile in cassazione, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 4, per violazione dell'art. 115 c.p.c., postula che l'errore del giudice di merito cada non sulla valutazione della prova (*demostrandum*), ma sulla ricognizione del contenuto oggettivo della medesima (*demostratum*), con conseguente, assoluta impossibilità logica di ricavare, dagli elementi acquisiti al giudizio, i contenuti informativi che da essi il giudice di merito ha ritenuto di poter trarre; che tale contenuto abbia formato oggetto di discussione nel giudizio; che l'errore sia decisivo, in quanto la motivazione sarebbe stata diversa se fosse stata correttamente fondata sui contenuti informativi oggettivamente risultanti dal materiale probatorio ed inequivocabilmente difformi da quelli erroneamente desunti dal giudice di merito; che il giudizio sulla diversità della decisione sia espresso non già in termini di mera probabilità, ma di assoluta certezza".*

CASO

La vicenda in esame trae origine dal ricorso ex art. 702 bis c.c. con cui gli eredi di un pittore, deceduto anni prima, chiesero la condanna di un ente museale alla restituzione di un'opera del *de cuius*, illegittima detenuta dalla convenuta a seguito di un contratto di comodato cui non aveva mai fatto seguito la spontanea restituzione ad opera della Galleria comodataria.

Il tribunale accoglieva la domanda, con ordinanza poi appellata vittoriosamente dalla Galleria e dal Ministero per i Beni e le Attività culturali, intervenuto già in primo grado, ai quali venne riconosciuto da parte del giudice di secondo grado che gli attori non avevano dimostrato il rapporto di comodato e, a monte, la contestata proprietà del dipinto in capo all'autore al

momento dell'affermata consegna (e non ad un collezionista resosi *medio tempore* acquirente dell'opera).

La riforma della decisione di primo grado avveniva in virtù della diversa interpretazione assegnata a due lettere, del 10 luglio 1967 e del 13 dicembre 2012, di cui la prima particolarmente rilevante, e solo dal primo dei due giudici ritenuta di carattere confessorio, indirizzata dalla Soprintendenza allo stesso autore e contenente apparenti ringraziamenti per il prestito di alcune opere ai fini di una appena conclusa mostra itinerante.

La decisione d'appello era impugnata per cassazione dagli eredi, sulla base di sei motivi incentrati, per la parte che qui più espressamente rileva, sul travisamento di due lettere erroneamente ritenute di contenuto confessorio, da cui i ricorrenti ricavano che "la Corte territoriale ha violato l'art. 116 c.p.c., in quanto ha preteso di esercitare il potere di libero apprezzamento delle prove in relazione a prove legali, rispetto alle quali non è consentito l'esercizio di detto potere. E, così operando, la sua sentenza sarebbe nulla".

SOLUZIONE

La Cassazione antepone un lungo *excursus* in ordine all'elaborazione anche processual penalistica della nozione di travisamento della prova, cui fa seguire la trasmissione degli atti al Primo presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite atteso il contrasto di giurisprudenza tra un orientamento che tutt'ora permette la ricorribilità per cassazione per il vizio in esame (posizione per la quale sembra propendere l'ordinanza di rimessione, se si considera il preponderante spazio lasciato in motivazione all'enunciazione degli argomenti che lo sorreggono rispetto alla tesi opposta, e l'enucleazione di un vero e proprio "decalogo" del travisamento, riportato in massima), e l'orientamento più rigoroso che al travisamento ritiene invece preclusa la via nell'attuale formulazione dell'art. 360 c.p.c.

QUESTIONI

L'esame della Corte sembra curiosamente non considerare la recente rimessione alle stesse Sezioni unite, da parte di Cass., 29 marzo 2023, n. 8895, di una questione per molti aspetti analoga, e della quale pertanto nel presente scritto si darà parzialmente conto nell'esame dei profili esaminati dalla decisione in esame, e la comunanza dei due temi apparirà evidente al lettore se si considera che anche la rimessione di marzo ravvisa un contrasto tra i due orientamenti appena accennati, con la differenza però che in quella precedente occasione l'ordinanza sembra propendere per la tesi restrittiva: alle aperture dell'ordinanza in esame fa fronte infatti l'evidenziazione del rischio che un'interpretazione ampia del concetto di travisamento, sia pure idonea a "rimediare alla (supposta) illegittimità o ingiustizia di una decisione di merito", possa "in progresso di tempo" far "scivolare" la Cassazione "verso una inconsapevole trasformazione in un tribunale di terza istanza" e del fatto che "un esito del genere si porrebbe diametralmente in contrasto non solo con la lettera, ma vieppiù con l'intenzione che il legislatore ha trasfuso nella novella più volte cit. dell'art. 360 c.p.c., n. 5, per come ricostruita da Cass. S.U. n. 8053 del 2014".

Tornando alla decisione in esame, ossia la rimessione di aprile, la Corte affronta un problema logico da sempre ritenuto impervio anche in scritti dottrinali di magistrati di Cassazione: di "aporia" ha parlato solo poche settimane fa Dell'Utri, *Note minime sulla questione del travisamento della prova nel ricorso per cassazione*, intervento del 14 marzo 2023 al convegno "*Errare Humanum…Travisare Diabolicum. La questione del travisamento nel ricorso per cassazione*", riportato in *www.giustiziainsieme.it* annotando che "se al giudice di legittimità è inibita la possibilità di sindacare il modo attraverso il quale il giudice di merito ha valutato la prova; e se il travisamento della prova è propriamente un giudizio sul modo in cui il giudice di merito ha assunto le sue determinazioni sul significato da attribuire alla prova, come sarà mai possibile, per il giudice di legittimità riconosce rilevanza a detto travisamento?).

Il problema è esaminato distinguendo in primo luogo tra due figure, ossia il travisamento della prova e del fatto: solo la prima implica che "una constatazione o un accertamento che una data informazione probatoria, utilizzata in sentenza, è contraddetta da uno specifico atto processuale", e, dallo sviluppo logico della motivazione, parrebbe sindacabile in Cassazione, ma la stessa motivazione non offre una parallela definizione di travisamento del fatto e dunque la distinzione, non più ripresa nella decisione, rimane obiettivamente sospesa; e ciò a danno della chiarezza dei confini dell'istituto, atteso che i due fenomeni non appaiono logicamente due facce della stessa medaglia come presupposto dalla Corte ma l'una – il travisamento della prova – una delle possibili cause dell'effetto ultimo rappresentato dalla radicale incomprensione del fatto da parte del giudice del merito (che in termini logici a tale risultato può giungere anche indipendentemente dal fraintendimento del contenuto di una prova, ad esempio perché non ha mai ammesso una prova rilevante su un fatto contestato e dunque mai ha saputo, dalla voce di un terzo, se un determinato fatto è accaduto o meno).

Un ulteriore elemento di non immediata comprensibilità è quale sottile margine sia lasciato, pure dall'orientamento permissivo, al travisamento della prova della cui sindacabilità in Cassazione dubita l'ordinanza in commento.

La Corte è chiara infatti nel rammentare i plurimi approdi giurisprudenziali che, ancora in tempi recenti, hanno escluso la ricorribilità per lamentare, magari sotto la fuorviante etichetta di travisamento del fatto, semplici errori nella valutazione del materiale istruttorio il travisamento: si è ad esempio più volte osservato che l'attività di selezione di un dato informativo tra tutti i dati informativi astrattamente desumibili da un elemento o da un mezzo di prova, in quanto espressione del prudente apprezzamento del giudice di merito, è attività valutativa riconducibile in via esclusiva al sindacato del giudice di merito ed è estranea al sindacato della Cassazione, e che, in tema di scrutinio di legittimità del ragionamento probatorio adottato dal giudice di merito, la valutazione del materiale probatorio è destinata a risolversi nella scelta di uno o più tra i possibili contenuti informativi che il singolo mezzo di prova è, per sua natura, in grado di offrire all'osservazione e alla valutazione del giudice, ed è espressione della discrezionalità valutativa del giudice di merito, estranea ai compiti istituzionali della Corte di legittimità, restando totalmente interdetta alle parti la possibilità di discutere in tale sede del modo attraverso il quale il giudice di merito ha compiuto le proprie valutazioni discrezionali di carattere probatorio.

E la Corte non intende mettere in discussione tali consolidati orientamenti.

Meno chiara è la *pars costruens*, ossia l'individuazione dei casi in cui il giudice di legittimità – fuori dei limitati casi previsti dal motivo n. 5 dell'art. 360, che ad un radicale omesso esame del fatto si riferiscono e non all'esame sì effettuato ma in modo così carente da travisare i fatti – ritiene "non estraneo al sindacato della Cassazione" il sostanziale riesame del fatto che discende dall'accoglimento di un ricorso che lamenti il travisamento della prova da parte del giudice del merito.

Difficilmente tali casi potranno essere individuati, come la Corte suggerisce in prima battuta, nelle ipotesi in cui si lamenti "l'omesso esame (da parte del giudice di merito) di specifici fatti (di ordine principale o secondario e comunque di carattere decisivo) che siano stati oggetto di contraddittorio processuale", che sembrano appunto confluire nel pure ristretto motivo di cui all'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c. (forse troppo ristretto: si ricorderà che il legislatore del 2012 è andato persino oltre ciò che in passato aveva osato proporre la stessa Corte nella "Bozza di disegno di legge concernente provvedimenti urgenti per la riforma del giudizio di cassazione" elaborata dai vertici della Cassazione nel 1988, in *Foro it.*, 1990, V, 263 ss., che si limitava a restringere l'operatività del motivo n. 5 ai casi di "omessa motivazione su un punto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti"); o nella "inesistenza di una informazione probatoria, che, proprio perché inesistente, illegittimamente è stata posta a fondamento della decisione di merito", che appare più facilmente inquadrabile nell'errore di fatto ex art. 395, n. 4 c.p.c.

E il confine tra quest'ultimo rimedio e il ricorso per cassazione per travisamento della prova si fa sempre più scivoloso se si considerano due passaggi problematici della motivazione.

Il primo è rappresentato dagli esempi, sia pure generali, di travisamento offerti dalla Corte, e la cosa che stupisce sin dalla prima lettura è il loro forte sapore revocatorio: tra questi, l'essersi fondata la decisione su "dati informativi riferibili a fonti mai dedotte in giudizio dalle parti (un testimone che non è mai stato indicato o, pur essendolo stato, non è stato mai interrogato; un documento che non è mai stato richiamato o che, pur essendo stato richiamato, non è mai stato prodotto, ecc.), ovvero dati informativi che si riferiscono a fonti appartenenti al processo (uno specifico documento, in concreto ritualmente depositato; un determinato testimone, in concreto regolarmente escusso, ecc.), ma che si sostanziano nell'elaborazione di contenuti informativi che non si lasciano in alcun modo ricondurre, neppure in via indiretta o mediata, alla fonte alla quale il giudice di merito ha viceversa inteso riferirle".

Il secondo passaggio è la conduzione *ad absurdum* della tesi che vorrebbe escludere il sindacato della Cassazione sul travisamento della prova: secondo la Corte, i risultati sarebbero paradossali perché "sarebbe non censurabile la sentenza del giudice di merito che abbia utilizzato informazioni probatorie che non esistono nel processo: una simile decisione, infatti, sfuggirebbe all'ambito di applicabilità sia dell'art. 360 c.p.c., n. 5 (trattandosi di fatti il cui esame non fu omesso)", e l'osservazione risulta conforme all'insegnamento delle stesse Sezioni unite, nella nota sentenza n. 8053/2014, sui limiti di operatività del motivo n. 5; sia

"dell'art. 395 n. 4 c.p.c. (trattandosi di fatti su cui il giudice di merito si è espressamente pronunciato)".

E qui la ragione di inapplicabilità del rimedio revocatorio appare meno chiara: il caso prospettato (la sentenza di merito che si sia fondata su informazioni probatorie non in atti) sembra infatti rientrare senza difficoltà nell'ipotesi di "decisione fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa" e il fatto che "il giudice di merito si [sia] espressamente pronunciato" non sembra corrispondere al requisito negativo dell'art. 395 n. 4 c.p.c., ossia che il fatto non abbia costituito "punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare".

In sintesi, l'ipotetica esclusione del travisamento della prova dal sindacato della Corte non appare di per sé foriera di un vuoto di tutela, se si considerano le figure limitrofe dell'esame del fatto che sia radicalmente mancato, ancora assegnata alla Cassazione seppure sotto il diverso motivo n. 5, e dell'esame che si sia risolto in quel vero e proprio *lapsus cognitivo* che la giurisprudenza (Cass., 3 novembre 2020, n. 24327) riconduce all'ambito di applicazione della revocazione.

Sarà dunque interessante vedere quale delle due vie, tra quelle più o meno espressamente suggerite dalle ordinanze di rimessione, sarà in concreto adottata dalle Sezioni unite, e se, in particolare, la Corte riterrà coraggiosamente di riaprire, con l'ipotetico avallo alla tesi che permette il sindacato sul lamentato travisamento della prova, quel varco per il riesame del fatto, dove non sorretto da una congrua motivazione, che la riformulazione dell'art. 360, n. 5 c.p.c. da parte del legislatore del 2012 aveva sostanzialmente socchiuso e che la giurisprudenza, anche delle Sezioni unite, sul motivo nel suo attuale tenore letterale aveva ancora più ermeticamente sigillato.

"Coraggiosamente", si è detto: l'effetto si riverbererebbe infatti in un potenziale maggiore accesso alla Corte e dunque, presto, in un concreto, forse per il sistema non augurabile incremento del numero di ricorsi annui, e ciò a differenza di quanto discenderebbe da un ampliamento operativo dell'applicabilità del rimedio revocatorio che – salvo per le limitate ipotesi anche sul piano statistico in cui lo strumento è adottato l'impugnazione di un provvedimento della stessa Cassazione, e per la nuova revocazione europea di cui all'art. 391 quater c.p.c. – vede strutturalmente come giudice della revocazione non la Corte ma lo stesso giudice del merito che ha emesso la sentenza revocanda, dunque senza incidenza diretta (e anzi, semmai, con un moderato effetto deflattivo) sui già oberati ruoli del giudice di legittimità.

Procedimenti cautelari e monitori

Nullità (non inesistenza) della notificazione del decreto ingiuntivo a debitore privo di capacità di intendere e di volere non legalmente dichiarata

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

Cassazione civile, Sez. III, Ordinanza 26/05/2023, n. 14692. Pres. Rubino, Estensore Ambrosi

Procedimento esecutivo – opposizione al precetto – opposizione all'esecuzione – notificazione al debitore incapace – riconoscimento di debito – nullità della notificazione – inesistenza della notificazione

Massima: *"Va ritenuta erronea la declaratoria di inesistenza della notifica del decreto ingiuntivo che sia conseguenza dell'omesso esame di un fatto decisivo ovvero che il decreto ingiuntivo era stato notificato tramite servizio postale al debitore originario, affetto da Alzheimer, quando era ancora in vita, senza considerare, per un verso, la disposta rinnovazione da parte del creditore della notifica dell'atto di precetto all'erede del* de cuius *intimato originario, e per l'altro, l'avvenuta notifica dell'atto di opposizione all'esecuzione proposto dall'erede con cui quest'ultimo aveva pure chiesto la conversione dell'azione di opposizione a precetto ex art. 615 in quella di opposizione tardiva a decreto ingiuntivo ex art. 650 c.p.c.*

CASO

Tizia notificava alla nipote *ex fratre* Sempronia, figlia ed erede di Caio (fratello di Tizia), atto di precetto fondato su un riconoscimento di debito per oltre 250.000,00 euro posto in essere, mediante una scrittura privata, dal *de cuius*. Su tale riconoscimento di debito, la creditrice aveva ottenuto un decreto ingiuntivo che, notificato a Caio, non veniva opposto e diventava, dunque, definitivo.

Sempronia proponeva due opposizioni a precetto *ex* art. 615 c.p.c., la seconda in risposta alla rinnovazione dello stesso precetto, nelle quali contestava l'esistenza del credito: il

riconoscimento – argomentava l'erede producendo documentazione medica – sarebbe stato fatto quando l'asserito debitore soffriva di Alzheimer; patologia che, secondo l'Asl, era risalente a qualche anno addietro. Stante l'incapacità di intendere e volere del *de cuius* al momento della notifica, tale notifica era da considerarsi inesistente, con la conseguenza che il decreto ingiuntivo non avrebbe potuto essere dichiarato esecutivo, chiedendone pertanto una declaratoria di inefficacia-nullità. Nella seconda opposizione l'erede affermava, inoltre, di non avere potuto visionare la documentazione, in quanto il fascicolo era scomparso dalla cancelleria. L'opposta si costituiva, contestando le asserzioni dell'erede di Caio.

Il Tribunale, riunite le opposizioni, le dichiarava entrambi inammissibili in quanto i vizi della notifica – nulla, ma non inesistente – avrebbero potuto farsi valere soltanto con l'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo *ex* art. 650 c.p.c., accompagnata dalla contestazione nel merito della pretesa creditoria. Non essendo possibile la conversione delle opposizioni proposte in quella dell'art. 650 c.p.c. (la prima in quanto non avrebbe articolato una puntuale contestazione del merito della pretesa creditoria né aveva chiesto la revoca del decreto ingiuntivo, la seconda in quanto fuori termine), dichiarava inammissibili le opposizioni.

La Corte d'appello riformava integralmente l'impugnata sentenza, affermando che l'unico rimedio esperibile per contrastare un'azione esecutiva promossa in forza di un decreto ingiuntivo non esecutivo e, quindi, di un titolo inesistente era quello *ex* art. 615 c.p.c. Il giudice di seconde cure precisava, infatti, che l'appellante aveva provato l'incapacità del *de cuius* al momento della ricezione della notifica, sebbene l'incapacità non fosse stata legalmente dichiarata con uno degli istituti previsti *ex lege* (interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno); che la notifica fatta a un incapace naturale andava equiparata a quella fatta alla persona legalmente incapace in virtù della consapevolezza, da parte della notificante anche in forza dello stretto legame di parentela e della convivenza con il preteso debitore, della non integrità delle facoltà di quest'ultimo; che, comunque, il riconoscimento di debito era privo di data certa, artatamente posto in essere per precostituire un titolo esecutivo nei confronti dell'erede, come dimostra la grave slealtà processuale di avere ritirato il fascicolo in cancelleria per impedire all'ingiunta di prendere visione della documentazione; che il decreto ingiuntivo veniva notificato al debitore appena 9 giorni dopo che la visita medica aveva affermato il "rallentamento ideativo" del *de cuius*, mentre l'emissione del decreto ingiuntivo avveniva dopo lungo lasso di tempo dal riconoscimento di debito.

La creditrice ricorreva per cassazione.

SOLUZIONE

Secondo la Corte di cassazione, è nulla, non inesistente, la notifica del decreto ingiuntivo al debitore incapace affetto da Alzheimer di grado lieve-moderato, relativamente a un atto notificato a mezzo del servizio postale e ricevuto dal debitore personalmente, con firma leggibile, ricorrendo i due presupposti fondamentali per potersi parlare di notificazione, ossia, da un lato, la trasmissione dell'atto a mezzo di un soggetto legittimato a compiere detta attività e, dall'altro, la consegna, intesa in senso lato come raggiungimento di uno qualsiasi

degli esiti positivi della notificazione previsti dall'ordinamento.

QUESTIONI

La questione principale riguarda l'inesistenza o meno della notifica del decreto ingiuntivo a una persona incapace, la cui incapacità non sia stata, tuttavia, legalmente dichiarata, ma sia un'incapacità naturale.

La Corte di cassazione, ribadendo un orientamento consolidato, precisa che l'inesistenza della notificazione di un atto ricorre, in base ai principi di strumentalità delle forme degli atti processuali e del giusto processo, oltre che in caso di totale mancanza materiale dell'atto, soltanto qualora venga posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali per potersi parlare di notificazione, ossia: a) l'attività di trasmissione posta in essere da un soggetto qualificato, dotato, in base alla legge, della possibilità giuridica di compiere detta attività, in modo da poter ritenere esistente e individuabile il potere esercitato; b) la fase di consegna, intesa in senso ampio come raggiungimento di uno qualsiasi degli esiti positivi della notificazione previsti dall'ordinamento, restando, pertanto, esclusi soltanto i casi in cui l'atto venga restituito puramente e semplicemente al mittente, così da dover reputare la notificazione meramente tentata, ma non compiuta, e cioè, in definitiva, omessa (Cass., SSUU, n. 14916 del 20/07/2016; Cass. 08/09/2022 n. 26511).

Ogni altra difformità ricade, invece, nella categoria della nullità.

Erroneamente – continua la Corte di cassazione – la Corte d'appello ha ritenuto la notificazione inesistente e non nulla, non avendo dato rilievo al fatto che il decreto ingiuntivo era stato notificato tramite servizio postale al debitore originario quando era ancora in vita, e da quest'ultimo ricevuto, configurandosi così l'omesso esame di un fatto decisivo, e peraltro senza considerare, per un verso, la disposta rinnovazione da parte del creditore procedente della notifica dell'atto di precetto all'erede del *de cuius* intimato originario, e per l'altro verso, la notifica del secondo atto di opposizione proposto dall'erede; tutte circostanze fattuali sulla quali l'esame è mancato e va rinnovato.

Riaffermata la nullità della notificazione, la Corte di cassazione annulla la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'appello in diversa composizione.

Responsabilità civile

La responsabilità dell'hosting provider per mancata deindicizzazione dei contenuti

di **Martina Mazzei, Avvocato**

Cass. civ. Sez. I, ord. 8 giugno 2022, n. 18430 – Pres. Genovese – Rel. Nazzicone

[1] **Responsabilità – *Hosting provider* – Deindicizzazione degli URL – Conoscenza dell'attività illecita – Responsabilità per attività omissiva**

(D. Lgs. n. 70 del 2003, artt. 16 e 17)

[1] *"Il prestatore del servizio di hosting (...) è responsabile con riguardo al contenuto delle informazioni ai sensi del D.Lgs. n. 70 del 2003, art. 16, quando: a) egli "sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita" e per quanto attiene ad azioni risarcitorie "sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione"; oppure b) egli non "agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso" appena "a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti."*

CASO

[1] Il caso oggetto della pronuncia in epigrafe origina dalla richiesta al provider Google, da parte del soggetto diffamato da alcuni siti, di deindicizzare i relativi URL rispetto alla ricerca con le chiavi contenenti il suo nominativo e di cancellazione delle tracce digitali di tale ricerca.

Con sentenza del 2020, il Tribunale di Milano adito, vista la condanna per diffamazione del responsabile della pubblicazione delle informazioni contestate e la diffida inviata al provider, condannava Google al risarcimento del danno in quanto esso, pur debitamente informato dal ricorrente della condanna per diffamazione, non provvedeva alla deindicizzazione dei siti. Il Tribunale di Milano, tuttavia, non riconduceva la responsabilità del provider al d.lgs. n. 70 del

2003 bensì all'art. 2043 c.c. senza individuarne, quindi, la responsabilità quale *hosting provider*.

Avverso la predetta sentenza Google ha proposto ricorso per Cassazione affidando le sue doglianze a cinque motivi con cui ha contestato la mancata individuazione dettagliata degli URL da deindicizzare, la confusione operata dal Tribunale tra *hosting provider* e *caching provider* e l'erronea quantificazione del danno.

SOLUZIONE

[1] La Suprema Corte, nel rigettare il ricorso, richiamando la consolidata giurisprudenza sul punto, ha ricordato il ruolo, le caratteristiche ed il regime di responsabilità del *provider*.

La Corte di Cassazione, in particolare, ha evidenziato che il prestatore del servizio di *hosting*, quale è indubbiamente Google, è responsabile, con riguardo al contenuto delle informazioni, ai sensi dell'art. 16 d.lgs. n. 70 del 2003 quando sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene alle azioni risarcitorie, quando sia al correte di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illeceità dell'attività o dell'informazione e, ciò nonostante, non agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

Il *provider*, in altre parole, è responsabile per attività omissiva se – come nel caso di specie in cui vi è stata una sentenza di condanna per diffamazione in relazione ai siti per cui è stata richiesta la deindicizzazione e la diffida a cessare l'attività – debitamente informato della falsità di contenuti pubblicati di cui viene richiesta l'eliminazione, non vi provveda tempestivamente.

QUESTIONI

[1] L'*hosting provider* è un **fornitore di servizi che consente di allocare contenuti di varia tipologia presso i propri *server*, in modo tale da renderli accessibili agli utenti**. Occorre, tuttavia, operare un distinguo tra *hosting provider* passivo e *hosting provider* attivo.

L'*hosting provider* passivo svolge un **ruolo meramente tecnico, automatico e passivo**, in quanto non è a conoscenza né esercita alcuna attività di autorità e controllo sulle informazioni contenute, trasmesse e memorizzate.

Per tale ragione, l'art. 16 del D.lgs. n. 70 del 2003, attuativo dall'art. 14 della Direttiva 2000/31/CE, prevede **l'esclusione della responsabilità che può sorgere esclusivamente quando il prestatore, essendo venuto a conoscenza del contenuto illecito trasmesso, non abbia provveduto a rimuoverlo**.

L'***hosting provider*** viene considerato **attivo**, invece, quando pone in essere condotte aventi «*l'effetto di completare ed arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte di utenti indeterminati*» e, per tale ragione, non beneficia dell'esenzione di responsabilità prevista

dall'art. 16 D.lgs. n. 70/2013. Vi sono alcuni elementi che, ove sussistenti e anche se non compresenti, permettono, in concreto, di identificare l'*hosting provider* come del tipo attivo tra cui, a titolo esemplificativo, le attività di filtro, di selezione, di indicizzazione, di organizzazione, di catalogazione, di aggregazione, di valutazione dei contenuti operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio e, in ogni caso, tutte le condotte volte a completare e arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte degli utenti.

Ciò posto, l'art. 16 prevede testualmente che: «*nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:*

1. *non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione;*
2. *non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.*»

Alla luce di tale norma, pertanto, il prestatore del servizio riveste una posizione in garanzia in quanto, una volta venuto a conoscenza degli illeciti compiuti da terzi attraverso il servizio stesso, mediante la comunicazione inviatagli dal titolare del diritto leso, ha l'obbligo di rimuovere il contenuto e di impedire ulteriori violazioni.

La giurisprudenza si è più volte soffermata sugli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità di cui all'art. 16 D.lgs. n. 70/2013 specificandone dettagliatamente la portata e il contenuto.

La prima condizione che deve sussistere affinché il prestatore possa essere ritenuto responsabile è la **conoscenza effettiva dell'illecito**. Per quanto attiene all'illiceità dell'attività o dell'informazione, essa discende dalla violazione dell'altrui sfera giuridica e comporta la lesione di diritti personalissimi. La conoscenza di tale illiceità, richiesta dalla norma, implica che non si tratti di una responsabilità oggettiva o per fatto altrui, ma di responsabilità del prestatore del servizio per fatto proprio colpevole mediante omissione, ovvero per non aver impedito la protrazione dell'illecito, rimuovendo le informazioni o disabilitando l'accesso.

La conoscenza effettiva dell'illecito, perpetrato con il servizio di *hosting*, cui fa riferimento l'art. 16, deve intendersi con «*l'esistenza di una comunicazione in tal senso operata dal terzo, il cui diritto di assuma leso*". Il sorgere dell'obbligo del prestatore del servizio non richiede necessariamente una diffida, ma è sufficiente la mera comunicazione o notizia del diritto leso. Circa il contenuto della comunicazione con cui il titolare del diritto leso informa il prestatore del servizio esso deve essere idoneo a consentire al destinatario la comprensione e l'identificazione dei contenuti illeciti.

Tale accertamento attiene ad un profilo di merito che impone al giudice di merito,

eventualmente con l'ausilio di un esperto, di valutare se i video in violazione dell'altrui diritto d'autore fossero identificabili tramite la sola indicazione del nome della trasmissione o da semplici elementi descrittivi, oppure se fosse necessaria l'indicazione dell'URL che identifica l'indirizzo cercato.

La presunzione *iuris tantum* di conoscenza è superabile solo qualora il prestatore del servizio dimostri di essere stato nell'impossibilità di acquisirne in concreto la conoscenza, per un evento estraneo alla sua volontà.

L'art. 16 D.lgs. 70/2013 prevede, altresì, che il prestatore è responsabile qualora sia al corrente di «*fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione*». La Cassazione definisce manifesta la condizione per cui "*l'illeceità sarebbe riscontrabile senza particolare difficoltà, alla stregua dell'esperienza e della conoscenza tipiche dell'operatore del settore e della diligenza professionale a lui esigibile*" (Cass. civ. Sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708). Di conseguenza, se l'illiceità non è manifesta, il prestatore del servizio, a seguito della comunicazione del terzo, ha il solo obbligo di cd. *notice* alle competenti autorità ex art. 17, co. 2, D.Lgs. 70/2003.

La responsabilità omissiva del prestatore del servizio presuppone, inoltre, la verifica che gli fosse possibile **attivarsi utilmente ed in modo efficiente**, in quanto munito di adeguati strumenti conoscitivi e anche fornito dei poteri per impedire l'altrui illecito.

L'onere di allegazione e di prova grava sull'attore titolare del diritto leso, il quale deve provare e allegare, a fronte dell'inerzia del *provider*: la conoscenza di quest'ultimo dell'illecito compiuto dal destinatario del servizio, grazie alla comunicazione del titolare del diritto leso; gli elementi che rendono manifesta l'illeceità; l'inerzia del prestatore, che integra di per sé responsabilità, restando, tuttavia, a carico di quest'ultimo l'onere di provare di non aver avuto alcuna possibilità di attivarsi utilmente.

Come specificato recentemente dalla Corte di Cassazione (Cass. civ. Sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708) «*ai fini del giudizio di responsabilità del prestatore occorre l'accertamento degli elementi costitutivi della fattispecie: ovvero, la condotta, consistente nell'inerzia; l'evento, quale fatto pregiudizievole ed anti-doveroso altrui; il nesso causale, mediante il cd. giudizio controfattuale, allorché l'attivazione avrebbe impedito l'evento, anche con riguardo, come nella specie, alla sua protrazione; l'elemento soggettivo della fattispecie*». Quanto all'ultimo profilo, esso si compone di due momenti complementari: la rappresentazione dell'evento come illecito, indipendentemente dalla modalità e tipologia del canale conoscitivo e l'omissione consapevole nell'impedirne la prosecuzione, in cui rileva la possibilità di attivarsi utilmente.

Con specifico riferimento al caso oggetto di scrutinio afferente la condotta operativa dell'*hosting provider* Google, la Suprema Corte ha affermato che nonostante la previa affermazione d'inapplicabilità del d.lgs. n. 70 del 2003, la sentenza impugnata ha poi correttamente ravvisato un illecito nella condotta della società che, notiziata della sentenza penale di condanna per diffamazione dell'originario propalatore della notizia falsa, ha omesso

di provvedere alla sua deindicizzazione.

Invero, dopo aver ricordato che il prestatore del servizio di *hosting* è responsabile con riguardo al contenuto delle informazioni ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. n. 70 del 2003, la Prima Sezione della Corte di Cassazione ha evidenziato che nella specie rileva la prima delle fattispecie di responsabilità di cui al punto a). Google, infatti, si è reso responsabile ai sensi dell'art. 16 in quanto, seppur debitamente informato della falsità di contenuti pubblicati di cui è stata richiesta l'eliminazione, non vi ha provveduto tempestivamente.

Comunione – Condominio - Locazione

Le ragioni del diniego di rinnovo del contratto di locazione alla prima scadenza devono essere specifiche

di **Saverio Luppino, Avvocato**

Corte Suprema di Cassazione, Sez. VI-3, Civile, Ordinanza n. 3938 del 09 febbraio 2023, Pres. Dott.ssa A. Scrima, Rel. Dott. M. Dell'Utri.

Massima: *"In tema di locazione di immobili adibiti ad uso abitativo, nella comunicazione del locatore del diniego di rinnovo del contratto, ai sensi dell'art. 3 della l. n. 431 del 1998, deve essere specificato, a pena di nullità, il motivo, tra quelli tassativamente indicati dalla stessa norma, sul quale la disdetta è fondata, in modo da consentire, in caso di controversia, la verifica "ex ante" della serietà e della realizzabilità dell'intenzione dedotta in giudizio e, comunque, il controllo, dopo l'avvenuto rilascio, circa l'effettiva destinazione dell'immobile all'uso indicato nell'ipotesi in cui il conduttore estromesso reclami l'applicazione delle sanzioni ivi previste a carico del locatore. (Nella specie, in applicazione dell'enunciato principio, la S.C. ha confermato la sentenza di merito, la quale aveva ritenuto correttamente esercitata dal locatore la facoltà di diniego del rinnovo del contratto alla prima scadenza, avendo fatto legittimo riferimento nella lettera di disdetta all'intenzione di adibire l'immobile ad abitazione della propria figlia)".*

CASO

La Corte d'Appello di Ancona, con sentenza resa in data 7 dicembre 2021, accoglieva il gravame proposto da Caio, in riforma della decisione del giudice di prime cure, ed accertava la risoluzione per diniego di rinnovazione alla prima scadenza del contratto di locazione per uso di abitazione tra Caio (locatore) e Tizio (parte conduttrice).

Alla base della sentenza, la Corte territoriale ritenne che Caio avesse, in maniera legittima nonchè rituale, indicato nell'atto di comunicazione del diniego di rinnovo del contratto la ragione di tale rifiuto, consistente nella necessità di adibire l'immobile occupato da Tizio in abitazione della propria figlia. Tale specificazione avrebbe avuto l'effetto di legittimare il diniego alla prima scadenza e, pertanto, la successiva cessazione degli effetti del contratto di

locazione concluso con il conduttore.

Tizio proponeva ricorso per la cassazione della sentenza della Corte d'Appello marchigiana sulla base di un unico motivo, incontrando le resistenze di Caio, il quale propose a sua volta controricorso.

A seguito della fissazione della camera di consiglio, la causa venne trattenuta in decisione, sulla proposta di definizione del relatore emessa ai sensi dell'art. 380-bis c.p.c..

SOLUZIONE

La Suprema Corte rigettò il ricorso, condannando il ricorrente al rimborso delle spese del giudizio in favore del controricorrente e dichiarando la sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello, ove dovuto, per il ricorso, a norma del comma 1-quater, dell'art. 13 del d.p.r. n. 115/2002.

QUESTIONI

Attraverso l'unico motivo proposto, il ricorrente Tizio censurava la sentenza della Corte d'Appello per la violazione degli artt. 2697 c.c. ed art. 3, comma 1 e 2, della legge n.431/1998, *"per aver erroneamente omesso di rilevare la mancata dimostrazione, da parte del locatore, dell'effettività, serietà e realizzabilità del motivo addotto a fondamento del diniego di rinnovazione del contratto di locazione alla prima scadenza, con la conseguente illegittimità di tale comunicazione ai sensi dell'art. 3 cit,"*.

Gli Ermellini disattesero, tuttavia, la ricostruzione del ricorrente dichiarando manifestamente infondato il motivo di ricorso.

Di fatti, la Corte osservò, sulla base dell'indirizzo consolidato dalla stessa giurisprudenza di legittimità, che nella comunicazione del locatore del diniego di rinnovazione del contratto di locazione di immobili adibiti ad uso abitativo, ai sensi dell'art. 3 della legge 9 dicembre 1998, n. 431, dev'essere specificato, a pena di nullità, il motivo sul quale la disdetta è fondata, tra quelli tassativamente indicati dalla stessa norma. Tale disposizione, secondo gli Ermellini, imporrebbe una specificazione precisa ed analitica delle ragioni che giustificano la disdetta del locatore che, in caso di controversia, dovrebbe consentire*"la verifica ex ante della serietà e della realizzabilità dell'intenzione dedotta in giudizio e, comunque, il controllo, dopo l'avvenuto rilascio, circa l'effettiva destinazione dell'immobile all'uso indicato nell'ipotesi in cui il conduttore estromesso reclami l'applicazione delle sanzioni ivi previste a carico del locatore"*[1].

Tanto premesso, nel caso in esame il giudice *a quo* rilevò correttamente che non è possibile in alcun modo sostenere che la comunicazione di diniego di rinnovo fosse priva di specificità, ed essendo stata specificatamente individuata sia la necessità dell'uso abitativo sia il soggetto beneficiario, **non può considerarsi generico il richiamo all'ipotesi di diniego di cui all'art. 3**, n. 1

cit., in modo tale da non consentire di valutare la serietà dell'intenzione manifestata dal locatore.

L'elemento della specificità della ragione del diniego deve dunque essere intesa come possibilità concreta di valutare preventivamente la serietà delle intenzioni del locatore, sia come possibilità del successivo controllo sulla effettiva destinazione dell'immobile all'uso indicato, ai fini dell'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 3 della legge citata.

In virtù di quanto sopraindicato, è conseguenza logico-giuridica ritenere corretta la sentenza impugnata nel valutare che nel caso di specie il locatore abbia legittimamente esercitato la facoltà di diniego del rinnovo del contratto alla prima scadenza.

[1] Così Sez. 3, Sentenza n. 936 del 16/01/2013;

Diritto e procedimento di famiglia

L'affidamento del cane quando la coppia si separa

di **Giuseppina Vassallo, Avvocato**

Cassazione civile sez. II, ordinanza del 24/03/2023, n. 8459

Negata all'ex partner la frequentazione col cane per la carenza di prova dell'instaurazione di un rapporto significativo, vista la breve relazione sentimentale durata solo quattro mesi.

La Corte di Cassazione ha esaminato il caso sempre più frequente di richiesta di affidamento e frequentazione dell'animale così detto "di affezione" quando la coppia si separa.

CASO

All'indomani della fine di una relazione sentimentale, una donna agisce in giudizio contro l'ex per chiedere l'accertamento della proprietà del cane acquistato durante il loro rapporto, l'affidamento dell'animale e il risarcimento dei danni morali e patrimoniali.

Il tribunale di Padova accertava che la proprietà del cane fosse del compagno ma riconosceva alla donna, nell'interesse del cane stesso, il diritto di frequentazione sull'animale.

La sentenza viene appellata, e la Corte territoriale modifica la decisione di primo grado, respingendo tutte le domande della donna, la quale ricorre in Cassazione.

La ricorrente ritiene che i giudici di merito abbiano illegittimamente escluso l'assunzione delle prove orali (interrogatorio e testimonianze) dalle quali sarebbe emersa la comproprietà dell'animale.

Con il secondo motivo di ricorso si lamenta la violazione della legge 76/2016, per aver la Corte omesso di valutare, senza motivazione, l'esistenza di un rapporto tra le parti qualificabile come coppia di fatto e, di conseguenza, per aver escluso l'esistenza di un legame affettivo stabile con il cane.

Occorre provare il legame significativo tra l'ex partner e il cane per avere diritto a frequentarlo

La Cassazione ha respinto entrambi i motivi di ricorso della donna sostenendo le tesi della Corte d'appello di Venezia.

Quanto alla proprietà dell'animale, è stato dimostrato ampiamente e documentalmente che fosse stato l'ex compagno della ricorrente ad acquistare il cane, a pagare un'assicurazione, e le numerose prestazioni veterinarie.

Quanto alla sussistenza della stabile relazione di coppia che avrebbe condotto al diritto di frequentare il cane, correttamente la Corte di merito, avrebbe accertato che la coppia non costituiva una famiglia di fatto e che in ogni modo, vista la breve durata della relazione di appena quattro mesi senza neppure convivenza, non era stato dimostrato il sorgere di un legame del cane con la ex partner.

QUESTIONI

In assenza di una specifica legge si può parlare di affidamento di un animale?

Nonostante non ci sia una normativa che disciplina la sorte dell'animale quando una coppia di coniugi o di conviventi si separa, molti tribunali si stanno orientando nel senso di pronunciarsi anche sulla regolamentazione dei rapporti degli ex partner con l'animale domestico che fa parte del nucleo familiare.

L'Italia ha ratificato nel 2010 la Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia, e secondo alcuni tribunali il sentimento per gli animali ha protezione costituzionale e riconoscimento europeo, cosicché può essere affermato un vero e proprio diritto soggettivo all'animale da non considerare al pari di una 'cosa' ma come un essere senziente.

È legittima facoltà dei coniugi di regolare la permanenza dell'animale presso l'una o l'altra abitazione e le modalità per il mantenimento dello stesso, ma in caso di disaccordo può intervenire il giudice per decidere a chi affidare l'animale?

Alcuni giudici hanno accolto le domande delle parti nei giudizi di separazione personale dei coniugi, ritenendole ammissibili, e hanno regolamentato, la gestione dell'animale domestico, sia sotto il profilo relazionale, sia sotto il profilo economico.

Il tribunale di Roma, con la sentenza 15 marzo 2016, n. 5322, ha ritenuto di applicare in via analogica la disciplina prevista per i figli minori di una coppia, e ha quindi disposto l'affidamento condiviso del cane, con suddivisione dei tempi di permanenza dell'animale presso ciascuno dei "padroni" e ripartizione degli oneri di accudimento e di mantenimento.

Il tribunale di Sciacca, con provvedimento del 19 febbraio 2019, nell'ambito della separazione

personale dei coniugi, rilevata la mancanza di accordo, e sul presupposto che il sentimento per gli animali costituisce un valore meritevole di tutela, anche in relazione al benessere dell'animale stesso, ha assegnato il gatto al marito ed il cane, indipendentemente dall'eventuale intestazione risultante nel microchip, ad entrambe le parti, a settimane alterne, con spese veterinarie e straordinarie da suddividersi al 50%

Diritto e reati societari

Fusione o incorporazione: da quando ne decorrono gli effetti giuridici?

di **Virginie Lopes, Avvocato**

Cass. Civ., Sez. III, 8 maggio 2023, n. 12128

Parole chiave: Società – Fusione o incorporazione – Adempimento delle formalità pubblicitarie – Legittimazione ad impugnare della società risultante dalla fusione di quella presente in primo grado (o incorporante la stessa) – Prova dell'adempimento delle formalità pubblicitarie

Massima: "*Gli effetti giuridici della fusione o dell'incorporazione si producono dal momento dell'adempimento delle formalità pubblicitarie concernenti il deposito, per l'iscrizione nel registro delle imprese, dell'atto di fusione; ne consegue che – ai fini del riconoscimento della legittimazione all'impugnazione della società incorporante o risultante dalla fusione, in qualità di successore della società soccombente nel grado precedente – è necessaria la prova del predetto adempimento.*"

Disposizioni applicate: art. 2504, comma 2, c.c., art. 2504 *bis* c.c., art. 2697 c.c., art. 360 c.p.c.

Nell'ambito di un contenzioso tra una S.r.l. ed il suo istituto di credito nel quale la prima chiedeva la condanna del secondo per l'inadempimento da parte sua ai propri obblighi nascenti da un contratto di mutuo fondiario.

Il Tribunale di prime cure accoglieva la richiesta della S.r.l., condannando l'istituto di credito, decisione avverso la quale proponeva appello un'altra banca, nella propria dichiarata qualità di succeditrice, per effetto di fusione per incorporazione, dell'istituto di credito. La Corte d'appello, ritenendo dimostrata la qualità di succeditrice dell'appellante e la sua legittima ad agire riformava la sentenza di primo grado.

La S.r.l. ricorreva pertanto in cassazione lamentando in particolare il difetto di prova e di allegazione in ordine agli effetti della fusione nei confronti dei terzi *ex* art. 2504 *bis* c.c., "*ivi compresa la cancellazione dal Registro delle Imprese della vecchia società partecipante alla fusione*

costituita nel giudizio di primo grado".

In particolare, la ricorrente deduceva a sostegno del proprio ricorso la mancata allegazione e prova da parte della banca succeditrice di uno degli elementi integrativi della fattispecie di opponibilità a terzi della fusione, ovvero **la prova dell'adempimento della cancellazione della società incorporata presso l'Ufficio competente, *ratione loci*, del Registro delle Imprese**.

La Corte di Cassazione ha innanzitutto rammentato il dettato dell'art. 2504, comma 2 c.c. secondo il quale "*l'atto di fusione deve essere depositato per l'iscrizione, a cura del notaio o dei soggetti cui compete l'amministrazione della società risultante dalla fusione o di quella incorporante, entro trenta giorni, **nell'ufficio del registro delle imprese dei luoghi ove è posta la sede delle società partecipanti alla fusione, di quella che ne risulta o della società incorporante***" e dell'art. 2504 *bis*, comma 2 c.c. secondo cui "*la fusione ha effetto quando è stata eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritte dall'art. 2504*".

Gli ermellini, rifacendosi ad un precedente delle Sezioni Unite della Corte di legittimità del 2021 (Cass., Sez. U, 30/07/2021, n. 21970), hanno chiarito che **gli effetti della fusione tra società si producono dal momento dell'adempimento delle formalità pubblicitarie, ovvero il deposito dell'atto di fusione per l'iscrizione del registro delle imprese**.

Orbene la Corte di Cassazione ha ritenuto che il Tribunale di prime cure avesse – a torto – considerato che la banca (succeditrice) appellante, la quale aveva in origine prodotto solo l'atto pubblico, avesse poi correttamente "*documentato l'espletamento delle successive attività necessarie affinché la fusione fosse pienamente efficace erga omnes*". Riesaminando infatti il fascicolo del giudizio di appello, **gli ermellini non avevano rinvenuto alcun documento atto a dimostrare l'asseverazione della cancellazione della società incorporata dal Registro delle Imprese competente**, non sussistendo pertanto alcun riscontro attestante detto adempimento fra i documenti prodotti.

Alla luce di quanto precede, la Corte di Cassazione ha accolto il ricorso, cassando la decisione della Corte d'Appello, precisando che, nel caso di specie, mancando la suddetta documentazione, **mancava anche la possibilità di verificare *in concreto* la completezza delle formalità pubblicitarie afferenti la fusione societaria e la regolarità della sequenza cronologica delle stesse** ed altresì la prova, ad opera della società appellante, della **asserita qualità di successore della parte soccombente in prime cure e della propria legittimazione ad impugnare la pronuncia resa dal Tribunale di prime cure**.

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Ristrutturazione dei debiti del consumatore e debiti d'impresa pregressi

di **Carlo Trentini, Avvocato**

Tribunale di Reggio Emilia, Sez. Procedure Concorsuali, 13 febbraio 2023 – Est. N. Stanzani Maserati

Parole chiave: Ristrutturazione dei debiti del consumatore – presenza di debiti derivanti da pregressa attività d'impresa – qualifica di consumatore – sussiste

Massima: *"Va riconosciuta la qualità di consumatore e, quindi, la legittimazione all'accesso alla procedura sovraindebitamentaria della ristrutturazione dei debiti del consumatore, anche al debitore sovraindebitato il quale abbia definitivamente cessato l'attività d'impresa svolta in passato, nonostante siano residuati debiti derivanti da tale pregressa attività, in quanto la definizione fornita dall'art. 2, lett. e), CCII individua l'elemento caratterizzante della figura nel fatto che egli "agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale…", assumendo quindi rilevanza l'attualità della condizione e non l'esistenza di debiti pregressi".*

Riferimenti normativi Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza artt. 2, lett. e) – 67

CASO E SOLUZIONE ACCOLTA

Un debitore sovraindebitato avanza domanda di ristrutturazione dei debiti del consumatore. La sua legittimazione viene contestata dall'Agenzia delle Entrate che eccepisce la presenza di debiti derivanti da precedente, cessata, attività d'impresa. Il Tribunale omologa la procedura, motivandone la legittimità, quanto al profilo del presupposto soggettivo, sulla base della considerazione che la vigente definizione di consumatore appare incentrata sulla finalizzazione, con carattere di attualità, dell'azione del debitore, che deve caratterizzarsi per l'estraneità agli scopi dell'attività imprenditoriale, professionale o commerciale.

QUESTIONI

Nel testo della L. n. 3/2012 come modificato dal D.L. 18.10.2012, n. 179 e successiva legge di conversione, la definizione è diversa da quella contenuta nel codice del consumatore[1]: l'art. 6, comma 2, lettera b, L. n. 3/2012 (versione ottobre 2012) definisce come "consumatore": "*il debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*"; dovendosi sottolineare come si definisse tale anche l'imprenditore o il professionista il quale avesse contratto debiti *esclusivamente*[2] per scopi estranei alla sua attività (imprenditoriale o professionale)[3].

Dalla puntualizzazione "esclusivamente" si ricavava con chiarezza che, nel caso in cui un imprenditore individuale o un professionista avessero contratto debiti di gran lunga prevalentemente per ragioni personali, ma, pur sempre, avessero una quota pur minima di debiti derivanti dall'attività d'impresa o professionale, essi non potevano rientrare nella definizione di consumatore e non erano quindi legittimati ad accedere alla relativa procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento[4]. Tale tesi trovava conferma nella circostanza che il D.L. n. 212/2011 e il testo originario del disegno di legge in discussione in parlamento avevano ritenuto sufficiente, per la qualificazione di consumatore, che, nell'ambito dell'indebitamento complessivo, le obbligazioni estranee all'attività produttiva fossero prevalenti[5]. La ben diversa formulazione della disposizione introdotta nel testo del D.L. 18.10.2012, n. 179, palesava come la scelta del legislatore fosse stata indubitabilmente nel senso detto.

La legge di conversione del D.L. n. 137/2020 ha riformulato totalmente la nozione di consumatore, recependo alla lettera la definizione contenuta nel CCII. A norma del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza si definisce "consumatore" "*la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigiana o professionale eventualmente svolta*"[6], ampliandosi, per espressa previsione normativa, i confini della figura ai soci solidalmente ed illimitatamente responsabili "*per i debiti estranei a quelli sociali*".

Va osservato che la nuova definizione della L. n. 3/2012 così come quella del CCII riproducono testualmente quella contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. a) D.Lgs. 6.9.2005, n. 206, c.d. Codice del consumo[7].

La definizione, che s'incentra sull'indirizzarsi, l'azione del debitore, verso scopi estranei ad attività imprenditoriali e professionali, e, soprattutto, la soppressione della previsione per cui i debiti devono avere fonte *esclusivamente* in finalità estranee a tali attività, consente di far rientrare nel perimetro dei soggetti ammessi alle speciali procedure del consumatore anche quei professionisti ed imprenditori che, pure, abbiano *anche* debiti di diversa natura; il limite è verosimilmente segnato dal criterio della prevalenza[8].

Ma non solo: come esattamente affermato dalla decisione in commento, se il *discrimen* è rappresentato dalla finalizzazione dell'agire, e se occorre dunque fare riferimento all'attualità di questo, la presenza di debiti residui, derivanti da attività cessate, non può assumere rilievo per denegare la qualità di consumatore al debitore, persona fisica, il quale, nell'attualità, "agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale".

[1] La definizione di "consumatore", nella disciplina di settore, è fornita dall'art. 3, primo comma, lett. a) del D.Lgs. 6.9.2005, n. 206.

[2] Per Cass. 1° febbraio 2016, n. 1869, in *Fall.* 2016, 661 e in *Il Caso.it*, p. 10.2.2016, nella definizione rientrava anche l'ipotesi di colui il quale avesse debiti per tributi ed imposte di cui all'art. 7, comma 1, terzo periodo, L. n. 3/2012, residuati da precedente attività, rispetto alla quale fossero state assolte tutte le altre obbligazioni. Trib. Livorno 6 dicembre 2016, in *Mass. OCI* 00063, qualificava consumatore anche chi, oltre a debiti personali, avesse prestato garanzia per debiti di una società commerciale facente capo al coniuge (sulla base della considerazione che, diversamente, il debitore non avrebbe potuto invocare né la qualità di consumatore, né quella d'imprenditore né avrebbe potuto quindi conseguire l'esdebitazione); Trib. Rovigo 13 dicembre 2016, in *Unijuris.it*, p. 9.1.2017, aveva precisato non escludere la qualità di consumatore la prestazione di garanzie a favore di un obbligato principale non consumatore (come nel caso in cui il debitore avesse prestato fideiussione per un debito di una società commerciale), contrariamente ad un risalente indirizzo giurisprudenziale secondo cui la natura commerciale dell'obbligazione principale avrebbe qualificato anche l'obbligazione di garanzia (in proposito la sentenza citava Cass. 29 novembre 2011, n. 25212; Cass. 11 gennaio 2001, n. 314, in *Foro it.* 2001, I, 1589; Trib. Milano 16 maggio 2015, in *Il Caso.it,* p. 21.5.2015; Trib. Bergamo 12 dicembre 2014, *ibidem*, pubblicata in *Il Fallimentarista.it* sotto la data del 16 dicembre 2014); l'interpretazione restrittiva era stata approvata da S. Sanzo, *Sovraindebitamento del consumatore: il punto sull'estensione del potere di controllo del giudice e sui presupposti per la riconoscibilità della qualità di consumatore*, nota a Trib. Bergamo 16 dicembre 2014, in *Il Fallimentarista.it*, p. 5.3.2015, che aveva affermato essere detta soluzione ineccepibile in punto di diritto e tale da restringere l'operatività della disciplina del sovraindebitamento, mentre una norma più ampia avrebbe fornito "in un sistema imprenditoriale a base fortemente familiare … uno dei maggiori motivi di *appeal* per il piano del consumatore". Le pronunzie di merito sopra citate si allineavano a Corte di Giustizia (ord.) 19 novembre 2015, causa C-74/15, Tarcâu, EU C: 2015/772, in *Il Caso.it*, p. 17.3.2016 – che distingue a seconda che la garanzia sia stata rilasciata per ragioni connesse alla qualità di amministratore o socio della società, e quindi per ragioni "professionali", oppure "per scopi di natura privata" – nonché a Cass. 1° febbraio 2016, n. 1869, cit. secondo cui la prestazione di garanzie per debiti commerciali non attribuisce al consumatore qualificazione diversa nel caso in cui egli abbia agito per finalità non commerciali o professionali.

[3] Trib. Napoli 7 luglio 2015, in *Giur. it.* 2016, 2129, con nota adesiva di R. Bocchini, *Profili civilistici della disciplina del sovraindebitamento*; R. Battaglia, *I nuovi procedimenti di composizione delle crisi da sovraindebitamento dopo il* maquillage *della L. N. 3/2012*, in *Fall.* 2013, 1435; B. Armeli, *Giustizia digitale e composizione della crisi da sovraindebitamento: una prima lettura*, in *Il Fallimentarista.it*, p. 21.12.2012, 34.

[4] L. Panzani, *La nuova disciplina del sovraindebitamento dopo il D.L. 18 ottobre 2012, n. 179*, in *Il Fallimentarista.it*, p. 12.12.2012, 6.

[5] A. Guiotto, *La continua evoluzione dei rimedi alle crisi da sovraindebitamento*, in *Fall.* 2012,

1286.

[6] Art. 2, comma 1, lett. e).

[7] V. F. Bonaccorsi – L. V. De Santis, *L'ambito soggettivo di applicazione delle "nuove" procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di E. Pellecchia – L. Modica, Pisa, 2020, 32; V. Baroncini, *La ristrutturazione dei debiti del consumatore nel Codice della crisi*, in *Il Fallimentarista.it*, p. 13.11.2019, 2.

[8] V. Baroncini, *La ristrutturazione dei debiti del consumatore nel Codice della crisi*, cit., 2.

Diritto Bancario

L'apertura di credito garantita

di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

L'apertura di credito può essere "allo scoperto" (ossia non garantita o "in bianco"), in assenza di garanzie reali o personali a favore della banca, oppure garantita ("al coperto") da ipoteca, pegno, fideiussione o altre garanzie atipiche (ad es. cessione *pro solvendo* del credito, lettera di *patronage*, mandato in *rem propriam*) per tutta la durata del contratto. Non è una apertura di credito garantita quella nella quale sono rilasciate cambiali (perlopiù in bianco) da utilizzarsi all'atto della cessazione del rapporto per il recupero delle somme utilizzate (G. Ferri).

La ragione della richiesta di tali garanzie risiede nel maggior grado di rischio associato a tale forma tecnica di finanziamento.

A norma dell'art. 1844 c.c., se per l'apertura di credito è data una garanzia reale o personale, questa non si estingue prima della fine del rapporto per il solo fatto che l'accreditato cessa di essere debitore della banca (l'apertura di credito in c/c, a differenza di quella 'semplice', prevede la rotatività del fido, ossia il ripristino con successivi versamenti del credito accordato). Se la garanzia diviene insufficiente, la banca può chiedere un supplemento di garanzia o la sostituzione del garante. Se l'accreditato non ottempera alla richiesta, la banca può ridurre il credito proporzionalmente al diminuito valore della garanzia o recedere dal contratto (Trib. Verona 24.12.2012: la diminuzione della garanzia personale non può giustificare il recesso immediato dal rapporto, senza aver dato prima al cliente la possibilità di costituire una garanzia alternativa, come previsto dall'art. 1844 c.c.). La disposizione ampia la tutela della banca per il caso di diminuzione della garanzia rispetto a quanto previsto dall'art. 2743 c.c.

Quanto precede legittima il convincimento che nelle aperture di credito garantite la concessione della garanzia configura un obbligo in capo all'accreditato, cui consegue che l'utilizzo dell'apertura di credito garantita è consentito, di regola, solo dopo la prestazione della garanzia (personale o reale), in ossequio al brocardo *inadimplenti non est adimplendum*. Qualora la garanzia non venga prestata secondo le modalità pattuite, la banca può recedere dal contratto per giusta causa.

La costituzione delle garanzie (ad es. pegno, ipoteca) è assoggettata alla disciplina della revocatoria fallimentare *ex* art. 67 l. fall.; a tale riguardo, relativamente alla individuazione del momento del rilascio della garanzia, rileva un criterio sostanziale e causale di contestualità, non cronologico-formale: in altri termini, se la garanzia è prestata anche mesi dopo l'apertura di credito ma prima del suo concreto utilizzo, si considera contestuale; se la garanzia è prestata dopo l'utilizzo, è reputata per debito preesistente (Cass. n. 10629/2007; Cass. n. 16216/2007).

Se la garanzia è prestata contestualmente alla concessione di credito deve qualificarsi come garanzia per debiti futuri, ossia quelli che sorgeranno dall'utilizzazione della provvista. Qualora, invece, la garanzia acceda ad un rapporto di conto corrente già allo scoperto, essa si estende tanto alla preesistente esposizione debitoria, tanto a quella che verrà a crearsi per effetto delle future utilizzazioni.

La giurisprudenza di legittimità ha affrontato il caso in cui, 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. Nella fattispecie, «*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 deve 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. 21730/2010).

LEGAL COUNSEL

Studi legali e commercialisti: la nuova UNI 11871 per organizzarsi con metodo

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

Se la UNI EN ISO 9001 è conosciuta come la norma a livello internazionale per garantire la qualità dei servizi e prodotti a tutela dei consumatori e si rivolge a qualunque tipologia di azienda, di qualunque settore (contiene i requisiti minimi che il Sistema di Gestione per la Qualità di un'organizzazione deve avere per garantire la qualità di prodotti e servizi), la recente norma UNI 11871 è nata specificamente per il settore professionale e, in particolare, detta i principi e criteri organizzativi che devono essere soddisfatti negli studi legali e di commercialisti. Già il titolo della norma ne sintetizza la portata: "*Studi professionali di Avvocati e Dottori Commercialisti – Principi organizzativi e gestione dei rischi connessi all'esercizio della professione per la creazione di valore*". Il focus della norma, così come voluta da ASLA, Cassa Forense e UNI, è sull'organizzazione e sulla tutela del valore prodotto dallo studio professionale e relativa gestione dei rischi connessi. Di riflesso, una buona organizzazione garantisce anche qualità di servizi e, quindi, tutela dei consumatori, a cui ha già pensato la famigerata ISO 9001.

UNA NUOVA OPPORTUNITÀ

Una nuova opportunità, dunque, per studi legali e di commercialisti: certificare la propria organizzazione in conformità ai principi organizzativi sanciti dalla norma UNI 11871, per distinguersi sul mercato e valorizzare la creazione di valore in ogni suo aspetto e dimensione.

CONTINUA A LEGGERE

Seminari di specializzazione
CORSO DI SCRITTURA ARGOMENTATIVA FORENSE
Scopri di più >