

RELAZIONE ANNUALE

DOTT.SSA FILOMENA AMURO

QUESTIONI GIURIDICHE

1) La responsabilità della banca per pagamento assegno non trasferibile

Nel corso di un pluriennale rapporto contrattuale la società *Alfa* era solita saldare le prestazioni della società *Beta* tramite assegni della banca *Delta*, muniti di clausola di non trasferibilità ad essa intestati. La banca *Gamma*, tuttavia, nonostante la clausola di non trasferibilità, girava, in data 20/06/2007, per l'incasso detti assegni a soggetti diversi dalla società *Beta* ed a questa in alcun modo riconducibili.

La società *Beta*, accortasi dell'avvenuto pagamento a soggetti diversi, in data 13/02/07 chiedeva conto alla banca *Gamma* dell'avvenuto pagamento. Quest'ultima replicava sostenendo la correttezza del proprio operato ed obiettando comunque la scadenza quinquennale per far valere la sua responsabilità extracontrattuale in sede giudiziaria.

Preliminarmente occorre richiamare la norma contenuta nell'art.43 r.d. 21 dicembre 1933, n.1736(applicabile anche all'assegno circolare, in virtù del rinvio

operato dal successivo art.86, primo comma) al fine di poter accertare la reale natura della responsabilità dell'istituto di credito Beta che ha ingiustificatamente negoziato un assegno non trasferibile a soggetto diverso dal prestatore.

Quanto all'art.43 l. assegni esso dispone al primo comma che l'assegno emesso con clausola di non trasferibilità può essere pagato soltanto al prestatore o, a richiesta di costui, accreditato sul conto corrente, e che il prestatore non può perciò girarlo, se non ad un banchiere per l'incasso, fermo il divieto per quest'ultimo di apporvi ulteriori girate.

Quanto all'art.43 l.assegni esso dispone al primo comma che l'assegno emesso con clausola di non trasferibilità può essere pagato soltanto al prestatore o, a richiesta di costui, accreditato sul suo conto corrente, e che il prestatore non può perciò girarlo, se non ad un banchiere per l'incasso, fermo il divieto per quest'ultimo di apporvi ulteriori girate. Le girate apposte in violazione della clausola di non trasferibilità si hanno per non scritte e l'eventuale cancellazione della clausola per non avvenuta. Il secondo comma prosegue espressamente prevedendo che «colui che paga un assegno non trasferibile a persona diversa dal prestatore o dal banchiere giratario per l'incasso risponde del pagamento».

In particolare quanto all'espressione "*colui che paga*", adoperata dalla norma in esame, la giurisprudenza (cfr., tra le tante, Cass. n. 19512 del 2005) la intende in senso ampio: non solo si riferisce alla banca trattaria (o all'emittente, in caso di assegno circolare) ma anche alla diversa banca cui l'assegno sia stato girato per

l'incasso da un proprio cliente e che lo abbia in favore di costui monetizzato (o accreditato sul suo conto corrente) per poi inviarlo alla stanza di compensazione. Tale conclusione è giustificata dal rilievo che non già la banca trattaria (art. 38 l. assegni), bensì soltanto la banca negoziatrice è tenuta ed è concretamente in condizione di controllare l'autenticità della firma di colui che, girando l'assegno per l'incasso, lo immette nel circuito di pagamento.

Emersa, quindi, alla luce di tale ultima lettura, la piena operatività della norma in capo alla banca Gamma, che ha concretamente negoziato l'assegno circolare, occorre ora verificare il tipo di relazione (se contrattuale o meno) intercorrente tra quest'ultima e il prenditore (la società Beta) e la banca debitrice cartolare (l'istituto di credito Delta).

Sul punto si è registrato un sostanziale contrasto giurisprudenziale.

Secondo alcune pronunce, la banca girataria per l'incasso di un assegno bancario non trasferibile, oltre ad essere mandataria del prenditore girante, è altresì sostituta della banca trattaria nell'esplicazione del servizio bancario per quanto attiene all'identificazione del presentatore ed al conseguente pagamento cui la trattaria è obbligata nei confronti del cliente. Viene così individuata una responsabilità di tipo contrattuale soggetta all'ordinario termine prescrizione decennale (ex art.2946).

In altri casi si è invece ritenuto che la banca girataria per l'incasso di assegno non trasferibile non possa qualificarsi una sostituta di quella trattaria nell'adempimento

della convenzione di assegno (e, quindi, in rapporto contrattuale con il traente) ma sia soltanto rappresentante del girante, in nome e per conto del quale riceve il pagamento, con la conseguenza che, qualora essa violi l'obbligo legale di pagare l'assegno non trasferibile soltanto ad uno dei soggetti indicati nel citato art. 43, sorge a suo carico una responsabilità extracontrattuale verso tutti coloro che possono essere pregiudicati dal pagamento a soggetto diverso, compreso il traente (in tal senso, tra le altre, Cass. n. 8005 del 2005, Cass. n. 12425 del 2000, Cass. n. 9902 del 2000 e Cass. n. 1087 del 1999), ancorché tale responsabilità possa esser destinata eventualmente a concorrere, in rapporto di solidarietà, con quella contrattuale della banca trattaria verso il medesimo traente. Ancor più di recente Cass. 19512 del 2005 (poi seguita anche da Cass. n. 18543 del 2006) ha viceversa affermato che la responsabilità nella quale incorre in simili casi la banca girataria per l'incasso non ha natura *né contrattuale né extracontrattuale*. Donde la conclusione che l'obbligo, posto a carico del banchiere dall'art. 43 l. assegno, di pagare il titolo esclusivamente all'intestatario, costituisce un'obbligazione ex lege, riconducibile, in base all'art. 1173 c.c., ad ogni altro atto o fatto idoneo a costituire fonte di obbligazione in conformità dell'ordinamento giuridico, alla cui violazione consegue il diritto al risarcimento in favore del danneggiato, soggetto alla prescrizione ordinaria decennale.

A comporre il contrasto sono intervenute le Sezioni Unite della Cassazione (26 giugno 2007, n. 14712). In particolare il giudice della nomofilachia ha osservato

come sia ormai quasi unanimemente condivisa dagli studiosi quella l'opinione secondo cui la responsabilità nella quale incorre "il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta" (art. 1218 c.c.) possa definirsi contrattuale non soltanto nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto, nell'accezione che ne dà il successivo art. 1321, ma anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte. Ne deriva che la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sta essenzialmente nel fatto che quest'ultima consegue dalla violazione di un dovere primario di non ledere ingiustamente la sfera di interessi altrui, onde essa nasce con la stessa obbligazione risarcitoria, laddove quella contrattuale presuppone l'inadempimento di uno specifico obbligo giuridico già preesistente e volontariamente assunto nei confronti di un determinato soggetto (o di una determinata cerchia di soggetti).

Da tali premesse si ricava la natura contrattuale della responsabilità della banca negoziatrice di assegni bancari (o circolari), la quale abbia pagato detti assegni in violazione delle specifiche regole poste dal primo comma dell'art. 43 l. assegno, nei confronti di tutti i soggetti nel cui interesse quelle regole sono dettate e che, per la violazione di esse, abbiano sofferto un danno: prima di tutti il prenditore, ma eventualmente anche colui che ha apposto sul titolo la clausola di non trasferibilità, o colui che abbia visto in tal modo indebitamente utilizzata la provvista costituita presso la banca trattaria (o emittente), nonché, se del caso,

questa stessa banca. In capo al banchiere, infatti, grava un obbligo professionale - derivante dalla sua stessa funzione, in considerazione della quale la legge stabilisce, appunto, che l'assegno possa esser girato per l'incasso solo ad un banchiere - di far sì che il titolo sia introdotto nel circuito di pagamento bancario in conformità alle regole che ne presidiano la circolazione e l'incasso. E la responsabilità deriva appunto dalla violazione di un siffatto obbligo di protezione, che opera nei confronti di tutti i soggetti interessati alla regolare circolazione del titolo ed al buon fine della sottostante operazione: obbligo preesistente, specifico e volontariamente assunto. Il che necessariamente conduce fuori dall'ambito della responsabilità aquiliana, non permette di configurare un caso di responsabilità ex lege (intesa come responsabilità da atto lecito) e porta invece a concludere per la natura (lato sensu) contrattuale della responsabilità ricadente sulla banca a norma del citato art. 43. comma 2, l. assegno.

La conclusione cui si è pervenuti circa la natura della responsabilità di cui si discute ha un'ovvia quanto immediata conseguenza in ordine al termine di prescrizione cui è soggetta l'azione di risarcimento proposta dal danneggiato.

Esclusa la natura aquiliana di detta responsabilità, è infatti evidente che nessuno spazio può trovare, in un caso come questo, la disposizione dell'art. 2947 c.c., secondo cui il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato. Poichè si rendeva applicabile il regime della prescrizione ordinaria decennale stabilito dall'art. 2946

c.c., veniva respinta l'obiezione mossa dalla banca Gamma relativamente allo spirare del termine prescrizione e per la ragioni evidenziate la banca Gamma veniva condannata poiché indebitamente aveva provveduto a pagare l'assegno a persona diversa dal prenditore.

2) Preliminare di vendita di bene in comunione legale

Tizio è proprietario di un immobile sito in Amalfi alla Via Tal dei Tali n.x, acquistato con sua moglie Caia, dopo il matrimonio. Tizio da solo stipula un preliminare di vendita del medesimo immobile, con Sempronio. Quest'ultimo poiché il promittente si rifiuta di stipulare il definitivo di vendita, propone azione giudiziale ex art. 2932 c.c. per ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto nei confronti del solo Tizio.

Nel caso che ci occupa, al fine di un corretto inquadramento della fattispecie, occorre considerare gli effetti del mancato adempimento di un contratto preliminare alla luce di quella particolare situazione dominicale nota come "comunione legale tra i coniugi".

Orbene Tizio, coniugato in regime di comunione legale con Caia, promette di vendere senza la partecipazione della moglie, un immobile facente parte della comunione ai sensi dell'art. 177 primo comma lettera a) c.c., essendo stato acquistato dagli stessi in costanza di matrimonio; successivamente egli si rifiuta di

prestare il consenso alla stipula del contratto definitivo e viene convenuto in giudizio.

L'art. 180 del codice civile, statuendo in tema di amministrazione di beni della comunione, designa quale modello legale quello dell'amministrazione disgiuntiva dei beni familiari per tutto ciò che concerne gli atti di ordinaria amministrazione; al contrario è invece necessaria l'amministrazione congiuntiva per gli atti eccedenti la ordinaria amministrazione.

Occorre premettere che Tizio ben ha potuto obbligarsi nei confronti di Sempronio promettendogli di vendere l'immobile in questione atteso che la sua promessa, ed anche l'eventuale atto di vendita, è valida ed efficace sebbene soggetta ad azione di annullabilità nel ristretto termine di prescrizione annuale previsto dall'art. 184 del codice civile.

Il nodo gordiano della questione è rappresentato dal comportamento di Sempronio, promissario acquirente, ponendosi la questione se il suo comportamento processuale di citare in giudizio il solo Tizio sia necessario e sufficiente a fargli ottenere la pronuncia costitutiva ex art. 2932 c.c. sostitutiva degli effetti del contratto definitivo e valida, quindi, a traslare la proprietà immobiliare promessa e non ceduta.

In seno alla giurisprudenza di legittimità, e sub specie alla seconda sezione della Corte di Cassazione, si sono manifestati dei contrasti in merito alla necessaria partecipazione al giudizio del coniuge non promittente; taluni arresti (ex pluribus

Cass. Sez. Un. 8.7.93 n.7481, Cass. 26.11.2002 n. 16678, Cass. 5.12.2001 n. 15354) hanno statuito la necessarietà della partecipazione al giudizio del coniuge che non è stato parte del contratto preliminare, ravvisando, dunque, l'esistenza di una ipotesi di litisconsorzio necessario; talvolta però la Suprema Corte ha negato l'esistenza del litisconsorzio (cfr. Cass. 20.12.2002 n. 18149, Cass. 7.3.2006 n. 4823, Cass. 20867/2004) sulla base della natura personale del preliminare. L'annoso contrasto è stato superato dalle Sezioni Unite con la recente sentenza n. 17952 del 24 agosto 2007.

In detta pronuncia si afferma che la promessa di vendita di un bene ricadente in comunione legale tra i coniugi, assunta da un solo di essi, non può validamente formarsi in costanza di mancato consenso del coniuge pretermesso stante l'unitarietà e l'inscindibilità del bene oggetto di comunione; logica conseguenza e corollario di questa affermazione è il principio che, in caso di azione ex art. 2932 c.c., si verte in una ipotesi di litisconsorzio necessario, di talché è indispensabile la chiamata in giudizio del coniuge non promittente, essendo la sua estromissione causa di nullità della sentenza per difetto di contraddittorio.

Il percorso logico giuridico seguito dagli Ermellini prende le fila da una ampia ed interessante ricostruzione dell'istituto della comunione rilevando le peculiarità della comunione ordinaria (art. 1100-1116 c.c.) rispetto alla comunione familiare prevista dagli artt. 179-197 c.c.

La prima, infatti, viene rimarcata quale proprietà plurima parziaria e necessita della volontà comune di tutte le parti contraenti cosicché la mancata fusione delle singole volizioni dei comproprietari, che costituiscono una parte complessa, impedisce la valida determinazione e formazione del consenso fornito dal singolo comproprietario precludendo, in tal modo, al promissorio acquirente la tutela ex art. 2932 c.c.

Diversamente si configura la comunione legale tra i coniugi in quanto, essendo ciascun coniuge titolare del bene per l'intero, egli potrà validamente disporre dello stesso seppure a non domino, ma in base ad un titolo che seppur viziato risulta esistente ed è produttivo di effetti sino all'eventuale declaratoria che ne sancisca l'annullabilità.

La Suprema Corte ha ritenuto, in un caso simile a quello trattato, la necessità del litisconsorzio stante la natura plurisoggettiva e concettualmente unica ed inscindibile del rapporto dedotto in giudizio, in quanto il contratto preliminare pur se dotato di sola efficacia obbligatoria sarebbe idoneo, al pari di un qualsiasi atto di straordinaria amministrazione a norma dell'art. 180 c.c., a pregiudicare la consistenza del patrimonio comune.

L'effetto spiegato dal litisconsorzio mira appunto a mitigare la conseguenza sicuramente deleteria che una scelta fatta da un singolo coniuge possa avere sul patrimonio familiare che ne risulterebbe sicuramente depauperato, sia nell'ipotesi in cui la sentenza accolga il trasferimento dell'immobile comune, sia nel caso in

cui stabilisca un risarcimento danni; solo con il litisconsorzio si dà la possibilità al coniuge non obbligato di resistere in giudizio e contraddire alle pretese attoree risultando, in caso contrario, gravemente compromesso il diritto costituzionalmente garantito alla difesa.

Infatti Tizio chiedeva al Tribunale adito che il contraddittorio fosse integrato anche nei confronti della moglie Caia, comproprietaria ex lege dell'immobile promesso in vendita ed estromessa dal giudizio.

La sentenza resa nei confronti del solo Tizio fu *inutiliter data* e, quindi, improduttiva di qualsivoglia effetto nei confronti di tutte le parti.

3) Prelazione legale

La società Alfa e la società Beta sono comproprietarie di un immobile sito alla via Tal dei Tali in Salerno, concesso in locazione per uso commerciale a Tizio. La società Alfa, alienava la quota di due terzi dell'immobile comune all'altra condomina locatrice, società Beta.

Tizio, non essendo stata a lui comunicata la denuntiatio di cui alla L. 27 luglio 1978, n. 392, art. 38, si rivolgeva, al Tribunale, per verificare la possibilità di esercitare il diritto di riscatto della quota alienata dell'immobile, ai sensi dell'art. 39 della stessa legge.

Il problema che si è posto, in altri termini, è stato quello di valutare la possibilità per Tizio, conduttore di un immobile, sito in Salerno e di proprietà delle società

Alfa e Beta, di esercitare il proprio diritto di prelazione, ed il succedaneo riscatto, su una quota del bene (pari ai due terzi), alienata da Alfa a Beta, senza, tuttavia, il ricorso alla denuntiatio , prevista dall'art. 38 della legge sull'equo canone (L. n.392 del 27 Luglio 1978).

Tale norma ,infatti, sancisce l'obbligo per il locatore di un immobile, adibito ad uso diverso da quello abitativo, che intenda alienare lo stesso, di darne comunicazione al proprio conduttore, onde consentire a quest'ultimo l'esercizio del proprio diritto di prelazione o di riscatto.

Ciò nel chiaro intento del legislatore di favorire la coincidenza tra la titolarità dell'impresa e quella dell'immobile in cui è esercitata l'attività imprenditoriale, utile ai fini dell'avviamento commerciale e del mantenimento della clientela.

Si rendeva opportuno, allora, valutare l'applicabilità o meno di tale disposizione normativa anche nell'ipotesi in cui il trasferimento a titolo oneroso non abbia ad oggetto l'intero immobile, ma, come nel caso di specie, soltanto una quota di esso.

Occorreva, in particolare, stabilire se fosse possibile un'interpretazione estensiva della norma in oggetto, tale da consentire l'applicabilità della stessa anche nel caso di alienazione parziaria del bene.

Infatti, poiché si concretizzava tale evenienza, veniva consentito a Tizio, ai sensi dell'art. 39 L. n.392/78, adire l'autorità giudiziaria al fine di esercitare il diritto di riscatto della quota dell'immobile, alienata a sua insaputa da Alfa.

Invero, la disamina della questione presenta profili di spiccata problematicità, attesa la diversità delle posizioni assunte sia in dottrina che in giurisprudenza.

Un primo orientamento, favorevole ad un'interpretazione estensiva della norma, ha ritenuto attribuibile al conduttore il diritto di prelazione anche con riferimento ad una sola quota dell'immobile locato e destinato all'esercizio dell'attività commerciale. Invero, ciò ha consentito di realizzare ugualmente la ratio ispiratrice dello stesso art.38, unendo, come detto, alla titolarità dell'esercizio commerciale quella del diritto di proprietà sull'immobile, ancorché limitatamente alla singola quota alienata.

L'acquisto della proprietà parziaria del bene, infatti, è ritenuto fatto prodromico ed indispensabile per il conseguimento della piena titolarità dell'immobile, che potrà essere acquisita gradualmente, e in fasi successive, qualora gli altri comproprietari dovessero decidere di vendere le rispettive quote.

Pertanto, portando avanti tale tesi, non si poteva in alcun modo negare al conduttore dell'immobile il diritto di prelazione, sia pur limitatamente ad una sola quota, in quanto strumentale all'esercizio dell'attività economico-commerciale del soggetto (art. 41 Cost.) e realizzativo non solo dello scopo dell'art. 38 L.392/78, ma anche della funzione socio-economica della proprietà (art. 42 Cost.).

Nel caso di specie, allora, Tizio si vedeva riconosciuta la facoltà di riscatto della quota alienata dalla società Alfa, divenendone in tal modo titolare in luogo della società Beta.

Poiché l'argomento in esame mi ha appassionato molto ho affrontato numerose letture sul tema suesposto e ho rilevato, da parte della dottrina medesima numerosi rilievi critici, secondo cui accordare una tutela all'imprenditore-inquilino, lo limita, al contrario, nell'esercizio pieno del proprio diritto di proprietà, riconoscendo di fatto la titolarità di una porzione del bene in capo ad un terzo.

In secondo luogo, tale tesi appare priva di pregio anche, e soprattutto, per l'assenza di identità tra il bene locato e quello venduto, stante la evidente diversità ontologica tra l'immobile oggetto del contratto di locazione ed il bene alienato, costituito, non dall'intero immobile, ma soltanto da una quota di esso.

Infine, alquanto opinabile risulta, altresì, la possibile acquisizione della piena titolarità dell'immobile locato, essendo il futuro graduale acquisto delle altre quote un evento del tutto ipotetico ed eventuale.

Inoltre riconoscere al conduttore il diritto di riscatto sulla quota alienata, ovverosia quello di riunire nella medesima persona il diritto di proprietà dell'immobile e la titolarità dell'attività commerciale, non si realizzerebbe ugualmente, perchè l'alienazione delle rimanenti quote, da parte della società Beta, rimarrebbe, comunque, un *eventus incertus an et incertus quando*.

Infatti la dottrina maggioritaria offre una lettura restrittiva del diritto di prelazione del conduttore, non fosse altro che sulla base del mero dato letterale della norma, ove si fa riferimento all' "immobile locato" e non anche ad una quota di esso.

Tale impostazione è stata accolta, altresì, dalla Suprema Corte che, intervenuta di recente con riferimento ad una fattispecie analoga a quella in esame, ha risolto il predetto contrasto giurisprudenziale, negando al conduttore i diritti di prelazione e riscatto dell'immobile locato ex artt. 38 e 39 L. 392/78, nell'ipotesi in cui il locatore intenda alienare al comproprietario ovvero ad un terzo soltanto una quota del bene concesso in locazione. Cfr. Cass., sez. un., 14 giugno 2007, sent n. 13886.

Per quanto fin qui esposto, dunque, la società Alfa non era tenuta ad alcun obbligo informativo nei confronti del proprio conduttore Tizio, trattandosi di alienazione avente ad oggetto la singola quota e non l'intero immobile locato.

La proposizione, nell'interesse di Tizio, della domanda di riscatto volta ad ottenere il riconoscimento della titolarità della quota alienata a Beta non ha trovato accoglimento da parte del giudice adito.

4) Inadempimento contrattuale, rimessione in termini, poteri del domiciliatario, foro del consumatore

Con atto di citazione ritualmente notificato, l'Avv. Tizio nella sua qualità di legale rappresentante dello Studio legale Tizio, conveniva in giudizio avanti al Giudice di Pace di Salerno la Gamma Telecomunicazioni S.p.a. per ivi sentir riconoscere, in via principale, in capo alla medesima società la responsabilità per inadempimento contrattuale ex art.1218 c.c. per non aver proceduto con il

collegamento e l'attivazione del servizio internet, nonché per aver applicato tariffe differenti da quelle contrattualmente stabilite e per avere, unilateralmente, senza preavviso e motivo alcuno, interrotto il servizio telefonico al medesimo e pertanto dichiarare la risoluzione del contratto stipulato tra le parti.

Nel corso della prima udienza, avvenuta in data 04/06/2008, il giudice verificata la regolarità della notifica, dichiarava la contumacia della Gamma Telecomunicazioni S.p.a. .

In data 21/06/09, mediante deposito in cancelleria, si costituiva la convenuta depositando altresì istanza di rimessione in termini.

Attraverso il suo atto difensivo la convenuta contestava *in toto* quanto *ex adverso* formulato e chiedeva :

- in via principale che venisse dichiarata l'incompetenza per valore e per territorio del giudice adito;
- sempre in via principale, domandava la dichiarazione di improcedibilità e/o inammissibilità della domanda per l'assenza di prova circa la corrispondenza oggettiva tra la fase stragiudiziale e giudiziale;
- in via preliminare, chiedeva che venisse accertata e dichiarata la nullità di citazione ex art.164 c.p.c., per carenza dei requisiti di cui all'art. 163 n.3 e 4 c.p.c
- nel merito chiedeva che venissero rigettare tutte le domande proposte poiché infondate in fatto ed in diritto.

In data 29/09/08 il difensore di parte attrice riceveva notifica di ordinanza pronunciata fuori udienza con la quale il G. di P. rimetteva in termini ex art. 294 c.p.c. la Gamma.

Il procuratore, sempre di parte attrice, in data 6/11/08 depositava istanza di revoca, per l'ordinanza summenzionata, ex art 177 c.p.c

A seguito di quanto dedotto dalla scrivente difesa il G. di P., all'udienza del 17/11/2008 rigettava l'istanza di rimessione in termini.

La questione su descritta mi ha interessato particolarmente per la sua vivacità poiché richiama in sé un vasto ventaglio di istituti di diritto processuale nonché questioni giuridiche ad esse correlate.

Preliminarmente, per quanto attiene la richiesta di rimessione in termini, a svuotare di contenuto la doglianza rilevata dalla controparte relativa alla supposta mancata conoscenza incolpevole della causa dovuta, a dire della stessa, ad informazione inveritiera fornita dalla cancelleria, è stato sufficiente ribadire che la controparte, con una diligenza minima, avrebbe potuto ben ottenere tali informazioni non solo rivolgendosi al collega ma anche presso la cancelleria del G. di P. dove vengono messi a disposizione dei suoi fruitori sia l'elenco cartaceo che telematico delle cause iscritte a ruolo; quindi non è assolutamente provato che la costituzione del convenuto sia stata impedita a causa a lui non imputabile ex art. 294 c.p.c..

In tal senso è anche la pronuncia della Suprema Corte: “(...) Se l’iscrizione a ruolo di una causa risulta dall’attestazione di deposito della relativa nota, rilasciata dal cancelliere dell’ufficio del ruolo generale, le contrastanti certificazioni, rilasciate dal funzionario dell’ufficio del repertorio o archivio civile o dell’ufficio cronologico secondo le quali tale iscrizione non risulta, sono prive di rilevanza probatoria e perciò inidonee ad escludere la contumacia della controparte e a consentire la sua rimessione in termini(...)” Sez.II sent.n. 7343 del 08/08/1997.

Anche laddove la controparte avesse addirittura prodotto documentazione attestante la mancanza di iscrizione, ovvero una sua irregolarità, tali documentazioni sarebbero irrilevanti di fronte alla nota di iscrizione a ruolo correttamente depositata agli atti. Inoltre l’esistenza della nota di iscrizione a ruolo esclude di per sé la possibilità di ottenere la rimessione in termini, proprio perché non esiste alcun fatto impeditivo il cui contenuto debba essere portato alla conoscenza di chiunque.

Con riguardo, poi, all’istanza di rimessione in termini sottoscritta e depositata dall’Avv. Mevia, la quale viene qualificata nella comparsa di costituzione e risposta di Gamma come mera domiciliataria, mentre l’Avv. Sempronio viene indicato quale procuratore, si vuole rimarcare, attraverso la suddetta annotazione, che il domiciliatario non ha alcun potere di rappresentanza processuale e di conseguenza gli atti posti in essere da tale soggetto sono privi di efficacia giuridica e radicalmente nulli.

In tal senso sono anche le seguenti pronunce della Suprema Corte: “(...) la sottoscrizione della citazione di primo grado o d’appello da parte di un procuratore iscritto all’albo di un diverso distretto da quello del giudice adito comporta la nullità assoluta e insanabile dell’atto ai sensi dell’art.82, comma terzo, c.p.c.(a meno che la procura apposta in calce o a margine dell’atto stesso non sia stata rilasciata anche a procuratore territorialmente competente, ovvero quest’ultimo abbia formato per autentica la procura e si sia poi costituito in giudizio). Suddetta nullità sussiste anche quando sia stato indicato come domiciliatario un procuratore territorialmente competente, atteso che l’indicazione del domiciliatario non comporta il conferimento implicito della rappresentanza processuale, e atteso altresì che, in tal caso, l’eventuale attività processuale compiuta deve considerarsi svolta senza il necessario potere di rappresentanza, anche sotto il profilo dell’imputazione sostanziale della provenienza dell’atto. (...)” Sez.I, sent. n.3981 del 07/05/1997. Ancora “(...) la legittimazione a presentare l’istanza di notificazione di un atto spetta, ai sensi dell’art.137 c.p.c., alla parte e, quindi, ad un procuratore della medesima, ovvero, in via meramente alternativa, al difensore munito di mandato; con la conseguenza che è affetta da inesistenza - e non soltanto da nullità – esclusivamente la notificazione effettuata ad istanza del semplice domiciliatario, privo in quanto tale, di poteri di impulso e di rappresentanza e munito soltanto della funzione di sostituire la parte nella ricezione di atti ad essa notificati.(...)”Sez.U. sent. n.11092 del 12/12/1996.

In questo giudizio non hanno, inoltre, trovato ingresso le doglianze relative all'incompetenza di cui controparte asseriva il riscontro.

In merito la difesa di parte attore voleva evidenziare come la eccezione sollevata dalla controparte sia priva di fondamento e ciò per due ordini motivi: il primo lo si evince da una carenza di carattere processuale dovuta alla mancata costituzione in termini, nella quale è incorsa la Gamma e che ha comportato in capo alla stessa la decadenza da ogni eccezione preliminare come, giustappunto, nel caso della preclusione stabilita dall'art.38 c.p.c.(Cfr. Cass. Sez.II sent.8199 del 23/07/1991) ed addirittura da domanda riconvenzionale.

Il secondo ordine di motivi risulta dall'alveo dell'art.33 del Codice di consumo (decreto legislativo n. 206/2005) nel quale trova conferma che per le controversie tra un privato consumatore e un'azienda o un professionista è **sempre competente il foro del consumatore** anche nel caso in cui il contratto dovesse prevedere il contrario.

A tal riguardo le Sezioni Unite, con la sent. n.14699 del 1 ottobre 2003 hanno avvalorato il suddetto principio stabilendo che la disposizione dettata al n.19 dell'art.1469 *bis* "(...) ha come effetto quello di radicare la competenza giurisdizionale per i contratti con il consumatore presso la residenza dello stesso(...)" e se in un contratto concluso tra un contraente forte, quale è la Gamma S.p.a., e un consumatore dovesse esistere una deroga al foro del consumatore, appare senz'altro in contrasto con l'art.1469 *bis* che considera

vessatorie le clausole che stabiliscono, come sede del foro competente sulle controversie, “località diverse da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore”. (Cfr. sent. n.47/1999 del G.d.p. di Prato).

Per le motivazioni appena esposte la eccezione di incompetenza, del giudice adito sollevata dalla difesa di parte convenuta doveva essere rigettata poiché infondata.

Non poteva trovare tantomeno accoglimento la rimostranza relativa alla carenza dei requisiti di cui all’ art. 163 n.3 e 4 c.p.c .

Difatti non manca né la determinazione della cosa oggetto di domanda, ravvisabile nel richiesto risarcimento per inadempimento contrattuale ex art. 1218 c.c., né sono state omesse le esposizioni dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda con le relative conclusioni, poiché queste non solo sono state ampiamente presenti nella descrizione doviziosa dei fatti ma si potevano altresì rilevare dalle risultanze istruttorie emergenti dalla escussione dei testi.

Con riguardo all’inadempimento de quo di cui Gamma, a mezzo del suo legale rappresentante, non ha risposto nemmeno in sede istruttoria alla formale convocazione dell’attore per rispondere all’interrogatorio formale, si palesa innanzitutto nell’aver applicato tariffe differenti da quelle contrattualmente stabilite; nell’addebito dei due cellulari ricevuti in promozione; nella mancata attivazione della connessione ad internet, nella mancata disdetta dei contratti Delta per la quale, su assunzione di impegno, avrebbe dovuto provvedere

direttamente la Gamma; invece, parte attrice, contrariamente a quanto le era stato promesso, si trovava costretta a pagare a Delta i canoni, traffico telefonico e ALICE.

Infine, vi è l'individuazione da parte attorea degli **estremi del danno esistenziale**; Infatti il danno esistenziale, nel caso di specie, per parte attorea trova giustificazione nella impossibilità, per un tempo non certo breve, di utilizzare internet per l'attore ma anche per il fastidio delle frequenti - spesso inconcludenti - comunicazioni imposte da parte attorea (telefonate, e-mail) per ottenere l'esecuzione corretta e la definizione conclusiva di un rapporto contrattuale. Le prove assunte sono determinanti sul punto; d'altra parte in materia contrattuale il creditore deve solo provare l'inadempimento (cfr. Cass. Sez.I civ. Sent. n.21140 del 10 Ottobre 2007)Non possono, inoltre passare in secondo piano, le modalità comportamentali dilatorie poste in essere da un soggetto economicamente molto forte, subdole per le modalità con le quali sono state poste in essere, ma tuttavia lesive della sfera dei diritti di libertà economica alla luce dei quali si chiede il riconoscimento del danno esistenziale, seppur con i temperamenti introdotti dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del Novembre 2008: non si può non rinvenire un maggior danno da valutarsi anche equitativamente dal Giudice nel comportamento della controparte che ha addirittura sospeso l'erogazione del servizio, essenziale in uno studio legale professionale: ciò in violazione degli artt. 4 e 41 della Costituzione.

5) Rapporti giuridici pendenti in materia fallimentare

La **Beta S.r.l.** stipulava contratto preliminare di compravendita, regolarmente registrato, relativo a due unità immobiliari di proprietà della Delta S.r.l.. Quest'ultima, inoltre, risultava debitrice per un elevato importo della Beta S.r.l.; l'importo de quo veniva poi qualificato quale anticipo prezzo su tale compravendita. Alla stesura del contratto definitivo Beta S.r.l. avrebbe saldato le rate di mutuo, relative alle unità immobiliari anzidette e sarebbe subentrato nel mutuo residuo frazionato sempre relativo all'unità immobiliare compromessa fino al momento del rogito.

Nel frattempo la Delta S.r.l. veniva dichiarata fallita.

La Beta s.r.l. avutane notizia si apprestava ad effettuare domanda di ammissione al passivo del fallimento ovvero chiedeva, in alternativa, diritto alla stipulazione dell'atto di compravendita definitivo.

Quale sorte hanno i rapporti giuridici pendenti?

Nel sistema fallimentare, il contratto preliminare è ora espressamente disciplinato dal richiamato art. 72, quinto comma, legge fall. nei seguenti termini: "Qualora l'immobile sia stato oggetto di preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'art. 2645 bis codice civile e il curatore, ai sensi del precedente comma, scelga lo scioglimento del contratto, l'acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno e gode del

privilegio di cui all'art. 2775 bis codice civile a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento”.

Prima della “novella”, il consolidato orientamento della giurisprudenza ha sempre ricondotto tale contratto tra quelli in corso di formazione alla data di fallimento, con conseguente applicazione del regime di sospensione e facoltà di scelta del curatore tra lo scioglimento ed il subentro nel contratto stesso in caso di fallimento del promittente venditore (art. 72, quarto comma, legge fall.).

Ciò in ragione degli effetti meramente obbligatori e non reali del contratto preliminare.

Il suddetto nuovo comma, nel dissipare ogni dubbio interpretativo sulla disciplina da applicare, ha tuttavia apprestato una rilevante tutela in favore del promissario acquirente, attraverso il privilegio ora attribuito ai crediti derivanti dallo scioglimento del contratto a seguito della scelta del curatore.

In precedenza tali crediti, essendo al contrario collocati in sede chirografaria, erano infatti sostanzialmente irrecuperabili, con evidente situazione di grave pregiudizio per il promissario acquirente, dai risvolti sociali e psicologici anche drammatici se si pone mente alla rilevanza dell'acquisto di un immobile adibito ad abitazione principale.

Il beneficio del suddetto privilegio è comunque subordinato all'avvenuta trascrizione del contratto preliminare e nel caso in cui i relativi effetti non siano

cessati prima della dichiarazione di fallimento, vale a dire solo se la sentenza di fallimento viene depositata entro un anno dalla data convenuta per la stipula del contratto definitivo o entro tre anni dalla trascrizione del contratto preliminare se non è stata fissata la data del definitivo.

I crediti assistiti da tale privilegio sono, in genere, quelli relativi al versamento di una caparra ovvero del prezzo, in tutto o in parte. Vertendosi in materia di scioglimento di un rapporto pendente, per effetto della facoltà di scelta riconosciuta al curatore, non è dovuto alcun risarcimento del danno. Eventuali addizioni apportate al bene durante la detenzione, poi cessata a causa dello scioglimento del preliminare, sono ritenute “debiti di massa” e devono essere rimborsate in prededuzione dalla curatela.

Tornando alla facoltà accordata al curatore di decidere lo scioglimento del preliminare, va precisato che l’esercizio della stessa non è necessario laddove il contratto non sia opponibile alla massa, in quanto risultante da scrittura priva di data certa anteriore al fallimento. In tal caso il curatore può limitarsi ad eccepire l’inopponibilità ex art. 45 legge fall..

Tale scelta deve essere invece necessariamente esercitata nell’ipotesi contraria, nel caso il curatore intenda evitare il trasferimento del diritto di proprietà.

In tale ipotesi, per espressa previsione normativa e per effetto dell’opponibilità conseguente alla trascrizione, ricade la fattispecie del contratto preliminare trascritto ai sensi dell’art. 2645 bis c.c..

La scelta di scioglimento del curatore può essere operata anche in pendenza del giudizio promosso dal promissario acquirente ex art. 2932 c.c., il quale abbia altresì trascritto la relativa domanda giudiziale in epoca anteriore al fallimento, e trova preclusione nel solo passaggio in giudicato della sentenza di accoglimento della domanda di esecuzione in forma specifica, stante l'effetto traslativo prodotto da tale giudicato.

E' infatti orientamento consolidato che il fallimento, pur impedendo la successiva proposizione del giudizio ex art. 2932 c.c. nei confronti del curatore, non comporta l'improseguibilità dello stesso giudizio instaurato in epoca anteriore.

Ne consegue che al diritto del promissario attore di ottenere l'accoglimento della domanda di esecuzione in forma specifica si oppone il controdiritto del curatore, subentrato al fallito nel processo, di paralizzare tale domanda. E' quindi onere del curatore di far constatare la scelta di sciogliersi dal contratto proponendo in giudizio la relativa eccezione, laddove la fase in cui si trova il giudizio lo consenta.

Ciò comporta che l'esercizio del suddetto potere di scioglimento impedisce al giudice di accogliere la domanda del promissario, imponendone il rigetto. L'impossibilità di emanare la sentenza di accoglimento interrompe quindi il nesso di prenotazione dipendente dalla tempestiva trascrizione della domanda giudiziale.

Per converso, laddove il potere del curatore non venga dedotto in giudizio, il

giudice non può dichiarare improponibile ovvero inammissibile la domanda del promissario ma deve pervenire, sussistendone i requisiti, alla pronuncia di accoglimento.

Va, infine, per completezza richiamato il principio statuito dalla Suprema Corte in relazione all'esercizio della facoltà del curatore laddove il giudizio ex art. 2932 c.c. sia nella fase di legittimità. In tal caso, avuto riguardo alle preclusioni proprie del giudizio di legittimità, la dichiarazione di scioglimento, purché anteriore al passaggio in giudicato della sentenza, può essere utilmente effettuata dal curatore in via stragiudiziale (Cass. Civ. 16 maggio 1997, n. 4358).

Per effetto dello scioglimento del preliminare il promissario acquirente, oltre ad essere creditore privilegiato per i titoli e nei termini sopra indicati, deve restituire il bene laddove ne abbia ottenuto la detenzione nonché i relativi frutti. A tale ultimo proposito dovrebbe quindi essere tenuto al pagamento di una indennità di occupazione, determinata con riferimento al valore locativo del bene a decorrere dalla data di fallimento ovvero dalla data di manifestazione della volontà di scioglimento del curatore.

1) Licenziamento individuale per giustificato motivo soggettivo

Tra le diverse questioni giuridiche che ho avuto modo di studiare spicca anche il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Il licenziamento *de quo* veniva irrogato da parte della società Alfa s.r.l. alla Signora Beta, la quale impugnava il licenziamento intimato e promuovendo contestualmente l'obbligatorio tentativo di conciliazione tra le parti ex art.410 c.p.c..

Poiché la D.P.L. non provvedeva a convocare le parti ai fini del tentativo di conciliazione e nessuna risposta perveniva dalla società la Sig. Beta a mezzo ricorso adiva il Tribunale del lavoro.

In riferimento al caso descritto per me è stato interessante analizzare l'art.3 della legge 604/1996 in base alla quale se da un lato è indiscutibile che il licenziamento possa essere intimato per ragioni che afferiscono direttamente e propriamente l'attività produttiva e al funzionamento dell'impresa è altrettanto inopinabile che il datore di lavoro che adduca a fondamento del licenziamento la soppressione del posto di lavoro debba darne prova.

Infatti l'onere della prova deve essere fornito sulla circostanza in base alla quale, il licenziamento de quo debba consistere in una *extrema ratio* tale che non si possa dar luogo ad alcuna possibilità c.d. di *repechage* del dipendente.

Con riferimento a quest'ultimo dato ho potuto analizzare, attraverso un'ulteriore doglianza della ricorrente, un'altra fattispecie: la negata possibilità di essere assegnata ad altra mansione che potesse essere equivalente o diversa da quella svolta.

Infatti, la Società Alfa negava alla ricorrente, al momento del licenziamento, la possibilità di essere assegnata ad altra mansione che potesse essere equivalente o diversa da quella svolta(*ex multiis*, Cass., sez. lavoro 20 novembre 2001 n. 12221; 29 marzo 1999, n.3030, nonché le risalenti Cass. 11 agosto 1998 n. 7904, 28 aprile 1981 n. 2586 e 15 giugno 1982, n. 3644). Questo dato che appunto basterebbe da solo a giustificare l'inutilizzabilità aliunde della ricorrente a causa della cessazione dell'attività aziendale, di fatto, mal si conciliava non solo con la possibilità profferta ad altri dipendenti della società suddetta, al trasferimento presso altra azienda (di cui al n. 5) ma anche con la contestuale denegata prospettazione alla ricorrente medesima di sì fatta eventualità.

Inoltre se è vero che prima di irrogare il licenziamento al lavoratore l'imprenditore deve attivarsi, in quanto suo obbligo, per il c.d. *repechage*, è altrettanto vero che questa attività non deve sfociare in una dequalificazione, ovvero in una mera finalità defatigatoria, dell'attività lavorativa fino a quel momento svolta dal lavoratore, e storpiando, in tal modo, un'interpretazione data

dalla Suprema Corte in base alla quale l'adibizione a mansioni inferiori, ove sussista il consenso del lavoratore, non configurerebbe una vera e propria dequalificazione, dovendo ritenersi prevalente il diritto alla conservazione del posto di lavoro rispetto al diritto alla salvaguardia della professionalità del lavoratore.

In tal senso il dettato normativo dell'art.2087 c.c. dove si legge che “l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e **la personalità morale dei prestatori di lavoro**”. La costante giurisprudenza ha interpretato questa norma tenendo conto dei principi dell'ordinamento e, in particolare, del limite che l'art. 41, co.2 Cost., pone al principio della libertà di iniziativa economica privata laddove ne vieta l'esercizio con modalità tali da pregiudicare “la sicurezza” e la “dignità umana” e di quello di correttezza (art.1175c.c.) e buona fede (art.1375 c.c.); a tali doveri, difatti, la **Alfa s.r.l.** veniva meno. Ne erano prova le condizioni lavorative della ricorrente, le quali venivano portate ad un livello deprecabile; infatti l'opera lavorativa veniva svolta nella completa assenza di utenze e di qualsiasi tipologia di supporto tecnologico e dove l'attività suddetta si sostanzava, ormai, nella sola “mansione”, dequalificante, della ricezione della posta.

Le succitate vessazioni hanno avuto come unico sinonimo la frustrazione, poiché la denegata possibilità di ampliare la propria esperienza lavorativa e la contestuale crescita professionale si sono tradotte **in una perdita di chance da parte della lavoratrice.**

2) La comunione nel condominio

La redazione di un atto di citazione, assegnatomi dal mio Dominus, ha ridestato la mia attenzione su di una figura giuridica, quella del condominio negli edifici che ha portato dottrina e giurisprudenza a confrontarsi a lungo con un ventaglio assai vario di posizioni .

La questione affidatami per la quale dovevo redigere l'atto di cui sopra riguardava un soggetto, Tizio, che in qualità di proprietario di un locale, sito al pian terreno del condominio di via Tal dei tali, in Salerno, destinato ad esercizio commerciale che non ha, tuttavia, alcun collegamento interno con il palazzo. Il locale, pur facendo parte di suddetto condominio, inoltre ha il numero civico diverso sempre lungo la medesima via.

L'assemblea condominiale, riunitasi senza la previa convocazione di Tizio e quindi in sua assenza, delibera a maggioranza di cedere a un condomino i diritti d'uso sull'ultimo pianerottolo dell'edificio e della sovrastante scala a chiocciola.

Tizio, ritenendo non legittima tale delibera, si rivolge al proprio legale per far valere i suoi diritti

In primis mi sono imbattuta in una sentenza degli Ermellini(Cass. civ. , sez. II, 10 luglio 2007 , n. 15444)in base alla quale:" Le scale, come i pianerottoli, quali componenti essenziali di esse, sono elementi necessari alla configurazione di un edificio diviso per piani o porzioni di piano in proprietà esclusiva e mezzo

indispensabile per accedere al tetto o alla terrazza di copertura, anche al fine di provvedere alla loro conservazione. Tali beni, pertanto, hanno natura di beni comuni, ai sensi dell'art. 1117 c.c., anche relativamente ai condomini proprietari dei negozi con accesso dalla strada, essendo anche essi interessati a usufruire delle scale, e, quindi, dei pianerottoli, perché interessati alla conservazione (e manutenzione) della copertura dell'edificio della quale anche essi godono. (Nella specie, in applicazione del riferito principio, la Suprema Corte ha ritenuto corretta la decisione del giudice del merito che aveva dichiarato la nullità e inefficacia dell'accordo con cui i condomini - esclusi quelli proprietari dei negozi - avevano ceduto i diritti reali di uso del pianerottolo del quarto piano e della sovrastante scala a chiocciola, beni condominiali).

Infatti il condominio negli edifici, pur costituendone una figura sui generis, trae origine dalla comunione in generale, tant'è che la norma di chiusura (art. 1139 c.c.) rinvia, per quanto non espressamente previsto, alla comunione.

Uno degli elementi connotativi di tale istituto è costituito dal rapporto tra proprietà individuale e proprietà comune.

Trattasi, in particolare, di una ipotesi di comunione forzosa alla quale i proprietari delle singole unità immobiliari non possono essere sottratti poiché, mirando alla conservazione e al godimento di beni comuni, assume carattere di complementarità e strumentalità rispetto alle parti di proprietà esclusiva.

E' innegabile che la parti comuni siano a servizio delle proprietà esclusive e che,

per certi versi, le stesse non potrebbero sussistere senza le prime.

Il legislatore, all'art. 1117 del codice civile, si è fatto carico di elencare quelle che possono, presumibilmente, ritenersi parti comuni dell'edificio, salvo che non risulti una loro proprietà esclusiva.

Si tratta, tuttavia, di una elencazione esemplificativa e non tassativa tant'è che nel novero delle stesse sono sussumibili, altresì, tutte le parti dell'edificio necessarie all'uso comune. Esse, infatti, costituiscono elemento essenziale dell'edificio senza le quali lo stesso non potrebbe esistere, sicchè, quando il bene per le sue caratteristiche funzionali e strutturali possa servire al godimento delle singole parti comuni dell'edificio, indipendentemente che la cosa sia o possa essere utilizzata da tutti i condomini o soltanto da alcuni, e in mancanza di una specifica previsione contraria del titolo, opera la presunzione di contitolarità.

Tra le parti dell'edificio che la legge presume comuni, alle quali tutti i condomini indistintamente vi possono accedere, rientrano le scale intendendosi come tali le opere che servono a dare accesso ai vari piani dell'edificio.

Queste ultime costituiscono strutture funzionalmente essenziali del fabbricato e rientrano, pertanto, fra le parti di questo che, in assenza di titolo contrario, devono presumersi comuni a tutti i partecipanti alla collettività condominiale. (ex plurimis, Cass. Civ. n.18354 del 2004).

E' pacifico che nella nozione di scale devono comprendersi, quali componenti essenziali delle scale e parte integranti di un edificio indispensabili per accedere al

tetto o alla terrazza, non solo i gradini e le ringhiere ma pure i parapetti, le strutture che ne formano il sostegno, i ripiani e i pianerottoli (ex multis, Cass. Civ. 10.02.1981 n. 843).

Più articolato è, invece, il rapporto tra i predetti beni e i proprietari degli immobili siti al piano terreno ed aventi, però, accesso autonomo dalla strada.

In realtà questi ultimi, pur non avendo collegamenti interni con l'edificio condominiale, sono comunque interessati alla conservazione e manutenzione della copertura del fabbricato di cui anch'essi godono, e pertanto, i suddetti beni devono considerarsi comuni anche nei loro confronti potendo, gli stessi, far uso delle scale per accedere ai locali della portineria o del tetto (Cass. Civ. sent. N. 769 del 1979).

In altri termini non bisogna far riferimento all'utilizzo concreto bensì alla potenzialità dello stesso.

Orbene, nella fattispecie de qua, l'assemblea condominiale, riunitasi senza la previa convocazione di Tizio, delibera, a maggioranza, di cedere ad un singolo condomino i diritti d'uso sull'ultimo pianerottolo dell'edificio e della sovrastante scala a chiocciola.

E' evidente che una siffatta delibera non può andare immune da censure.

In primis, Tizio in qualità di condomino, sebbene proprietario di un locale con accesso autonomo, aveva diritto ad essere regolarmente convocato.

Invero, l'assemblea, ai sensi di quanto disposto dall'art. 1136, ultimo comma, c.c.,

non può deliberare se non consta che tutti i condomini siano stati convocati.

L'assemblea, d'altro canto, si è fatta carico di una decisione che deve necessariamente investire l'intera compagine condominiale e non può essere assunta solo da alcuni condomini, benché ne costituiscano la maggioranza.

Più puntualmente, l'accordo in questione, integrando una dismissione di diritti reali su cose comuni, esula dalla competenza dell'assemblea condominiale.

Esso, per essere validamente concluso, deve concretizzarsi in un negozio per la cui validità necessita non solo della forma ad substantiam ma altresì del consenso espresso di tutti i condomini, ivi compresi quelli che hanno accesso autonomo anche dalla via pubblica e che ben potrebbero usufruire del predetto bene comune (Cass. Civ. sent. n.4258/06).

Detto principio ha trovato altresì accoglimento in un recente arresto della Suprema Corte (fra tante Cass. Civ. n.15444 del 2007) la quale, ribadendo la natura negoziale dell'accordo diretto alla disposizione di diritti reali su cose comuni, ha ritenuto nullo ed inefficace quello assunto dai condomini a maggioranza, con il quale si cedevano i diritti reali d'uso sull'ultimo pianerottolo dell'edificio e di una sovrastante scala a chiocciola.

Tanto, in virtù dell'orientamento giurisprudenziale maggioritario, dovrebbe consentire a Tizio di porre nel nulla l'accordo approvato illegittimamente dall'assemblea condominiale.

Speriamo bene!

3) In caso di fallimento del datore di lavoro, il lavoratore come può tutelare i propri diritti?

A quest'ultimo interrogativo ho potuto dare la seguente soluzione.

Quando un datore di lavoro fallisce, frequentemente i suoi dipendenti si trovano ad essere creditori di una o più retribuzioni non corrisposte nonché, in caso di risoluzione del rapporto, delle spettanze di fine rapporto. In questa ipotesi, il primo passo che il lavoratore creditore deve compiere per salvaguardare i propri diritti è la presentazione al giudice fallimentare di un ricorso per l'ammissione al passivo ai sensi dell'art. 93 Legge Fallimentare.

Con tale atto, il lavoratore rivendica tutti i crediti vantati nei confronti del fallito e il giudice fallimentare decide sulla sussistenza e sull'ammontare degli stessi (l'insieme delle domande di ammissione al passivo andrà a formare lo stato passivo del fallimento).

Ovviamente, non tutti i crediti godono di uguale tutela, in particolare sono distinguibili essenzialmente due categorie di crediti: quelli muniti di privilegio e quelli non muniti di privilegio (chirografari).

I crediti nascenti dal rapporto di lavoro appartengono alla prima categoria e, dunque, sono privilegiati rispetto ad altri.

Durante la procedura fallimentare, accanto allo stato passivo, si andrà a formare (se possibile) uno stato attivo del fallimento (dato, essenzialmente, dalla vendita

dei beni mobili e immobili di proprietà dell'impresa dichiarata fallita). Al termine delle operazioni succintamente spiegate il giudice fallimentare procede alla distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo. In buona sostanza, il ricavato del fallimento viene suddiviso fra i vari creditori con il seguente ordine: 1) pagamento delle spese, comprese quelle anticipate dall'erario, e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa (se è stata autorizzata); 2) pagamento dei crediti ammessi con privilegio; 3) pagamento dei creditori chirografari in proporzione dell'ammontare dei loro crediti. E' possibile, dunque, che il lavoratore venga interamente soddisfatto dei suoi crediti; tuttavia, spesso accade che egli lo sia solo parzialmente. In quest'ultimo caso, il lavoratore potrà presentare domanda, nei limiti già indicati, al Fondo di Garanzia istituito presso l'inps.