

Roma, 5 febbraio 2021

A TUTTE LE ASSOCIATE
- Loro Sedi -

Segnalazione

NEWS – Rassegna stampa

RASSEGNA STAMPA_2021_031_S

OGGETTO: “Temi di interesse – In breve (a cura dell’Avv. Giuseppe Giangrande)”

Si segnalano alle Associate i seguenti temi di interesse:

➤ **Coppie di fatto e trust: come pianificare il patrimonio senza matrimonio**

Sono sempre più numerose le coppie che, pur non accedendo all’istituto codicistico del matrimonio, o alle unioni civili, o per scelta o per impossibilità, intendono impostare il proprio rapporto sulla base di una mera convivenza pur desiderando che da questa situazione di fatto possa derivare il riconoscimento di diritti e obblighi secondo il nostro ordinamento. La dottrina e la prassi hanno dunque fatto ricorso a schemi contrattuali, via via più sofisticati, giungendo talvolta a soluzioni troppo articolate e complesse. Ispirati dal principio fondamentale dell’autonomia negoziale *ex art. 1322 c.c.*, e con il limite della meritevolezza degli interessi perseguiti, la coppia ha per esempio la possibilità di disciplinare: la modalità di contribuzione alla necessità di vita in comune; la messa in comune dei beni acquistati anche da uno solo dei conviventi prima o durante la convivenza; il regime da applicare ai beni acquistati durante la convivenza; la destinazione dei beni e/o del loro godimento in caso di rottura della convivenza e così via. Il tutto sempre e comunque nel limite per cui il cosiddetto “contratto o patto di convivenza” non può regolare profili inerenti ai rapporti personali fra i conviventi (quali la fedeltà, la coabitazione, l’assistenza morale, ecc.) stante prima di tutto il contrasto con l’ordine pubblico delle eventuali relative clausole che finirebbero per coartare le libertà personali ed in secondo luogo stante la mancanza del requisito della patrimonialità delle relative prestazioni *ex artt. 1174 e 1321 c.c.* Anche il legislatore e, in modo ancora più importante ed incisivo, la giurisprudenza, sono più volte intervenute nel complicato tentativo di riconoscere dei diritti e dei doveri ad una situazione che per definizione è “di fatto”. Anche la giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, è più volte intervenuta soprattutto per dirimere le controversie sorte a seguito di scioglimento della convivenza sia per volontà di almeno uno dei partner, sia *mortis causa*, giungendo talvolta alla nascita di situazioni paradossali. L’adozione di una specifica norma avrebbe se non altro il vantaggio di definire con maggior certezza gli effetti giuridici prodotti da un contratto di convivenza in mancanza della quale permangono grandi perplessità che di fatto rendono questo strumento più un esercizio giuridico che un valido strumento operativo. D’altra parte l’adozione di un siffatto dettato normativo richiederebbe necessariamente un’armonizzazione di queste regole con quelle, talvolta insuperabili, del nostro ordinamento e soprattutto in tema di successione legittima. Allo stato attuale poi, mancando ogni fondamento normativo al riguardo, lo schema contrattuale sino ad oggi adottato, per quanto si voglia scrupolosamente prevedere tutto il prevedibile, sempre nell’ambito della meritevolezza degli

interessi regolati, non riesce a superare alcuni aspetti fondamentali. Ci si riferisce in particolare al tema della opponibilità ai terzi delle regole pattizie adottate con tali strumenti e alla inevitabile cessazione degli effetti del contratto con la morte di uno dei contraenti/conviventi. Qualunque patto che cercasse di definire per esempio l'appartenenza di un bene a uno o a entrambi i conviventi, indipendentemente dalla sua intestazione facciale, avrebbe certamente un carattere obbligatorio tra le parti (il cui inadempimento consentirebbe l'accesso ai rimedi previsti dal nostro ordinamento) ma non potrebbe avere alcuna efficacia nei confronti dei terzi. E a poco varrebbe affiancare a tali patti l'adozione di vincoli di destinazione ex art. 2645 ter. E ancora, al venir meno della convivenza dovrebbero corrispondere una serie di effetti, voluti e previsti dalle parti, che non sono di facile attuazione. Se poi il termine della convivenza dipende dal decesso di uno dei partner, il limite invalicabile delle norme sulla successione e sul patto commissorio renderebbe nulle quelle clausole che vorrebbero regolamentare gli aventi causa in modo difforme dal vincolo normativo. In ogni caso, la morte di uno dei contraenti provocherebbe, fuori dai casi previsti dalla legge, la risoluzione del contratto non potendosi immaginare una successione di eventuali eredi in questo tipo di contratto. Ma ancora più significativo risulta riflettere sulle vicende patrimoniali che, durante la convivenza, ciascuno dei partner potrebbe dover affrontare. Un patrimonio pattiziamente dedicato al *menage* della coppia di fatto potrebbe risentire delle perturbazioni di carattere patrimoniale di uno dei due. In questo scenario, l'utilizzo del trust porterebbe evidenti vantaggi; basti pensare ai risultati che si potrebbero ottenere anche solo dalla possibilità di prolungare gli effetti della volontà della coppia fino alla morte di entrambi. Ciò comporterebbe che fino ad allora il superstite non subirebbe l'inevitabile invasione di campo e la condivisione di interessi con gli eredi del compagno o della compagna.

Fonte: *Copie di fatto e trust: come pianificare il patrimonio senza matrimonio*, in diritto.it, gennaio 2021.

➤ Eccezione di prescrizione delle competenze bancarie addebitate – I° parte

L'istituto della prescrizione, nel nostro ordinamento giuridico, trova il suo fondamento nell'articolo 2934 cod. civ. che stabilisce: *“Ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge. Non sono soggetti alla prescrizione i diritti indisponibili e gli altri diritti indicati dalla legge”*. In ambito bancario, l'eccezione di prescrizione è sovente utilizzata dalla difesa degli Istituti di credito nei confronti dei clienti che agiscono nei loro confronti per la ripetizione di somme indebitamente addebitate in conto corrente (interessi, commissioni, ecc.) nel corso del rapporto protrattosi nel tempo. L'eccezione di prescrizione non ha la funzione di impedire l'accertamento sulla eventuale illegittimità degli addebiti contestati, bensì esclusivamente di paralizzare gli effetti pratici che da tale accertamento deriverebbero, in particolare la restituzione al cliente dei relativi importi. L'articolo 1422 cod. civ. stabilisce infatti che l'azione per far dichiarare la nullità non è soggetta a prescrizione, salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione. Le azioni di ripetizione sono quelle esperite da chi abbia eseguito un pagamento non dovuto, al fine di ottenere la restituzione totale o parziale della prestazione eseguita: nelle controversie bancarie spesso il cliente contesta la legittimità di alcuni addebiti chiedendo una rideterminazione del saldo dovuto alla Banca. In questo caso la Banca può sollevare l'eccezione di prescrizione verificando se eventuali importi, per i quali controparte contesta l'avvenuto addebito illegittimo, possano ancora essere oggetto di ripetizione oppure possa considerarsi per gli stessi prescritto il diritto di ripetizione. Il termine prescrizionale è disciplinato dall'articolo 2946 cod. civ.: *“Salvi i casi in cui la legge dispone diversamente, i diritti si estinguono per prescrizione con il decorso di dieci anni”*. L'azione di

ripetizione esercitabile dal correntista è soggetta al termine di prescrizione ordinario di dieci anni previsto dall'articolo 2946 cod. civ. (e ciò anche nell'ipotesi in cui la domanda di ripetizione abbia ad oggetto interessi). Il *dies a quo*, decorrenza del termine di prescrizione nei rapporti di conto corrente, è previsto all'articolo 2935 cod. civ.: *“La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere”*. Il consolidato orientamento della Corte di legittimità ritiene che la disposizione dell'articolo 2935 cod. civ., rapportata all'azione di ripetizione di indebito, faccia coincidere il decorso del termine prescrizione con il giorno in cui è stato effettuato il pagamento che si assume indebito. Si sono formati due diversi orientamenti giurisprudenziali relativi all'individuazione del *dies a quo* nei rapporti bancari di conto corrente. Tale contrasto è stato superato dalla sentenza n. 24418 del 02.12.2010 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, di fatto, ha chiarito i punti più controversi in tema di applicazione dell'istituto in analisi. Prima di tale sentenza, infatti, l'orientamento prevalente privilegiava la cosiddetta teoria della *“unitarietà del rapporto”* che individuava il *dies a quo* nella chiusura del rapporto di conto corrente: secondo tale teoria, il termine di prescrizione decennale per l'azione di ripetizione delle somme indebitamente trattenute dalla Banca a titolo di interessi su un'apertura di credito in conto corrente decorreva dalla chiusura definitiva del rapporto. Il contratto di conto corrente, infatti, era visto come un negozio unitario, dante luogo ad un unico rapporto giuridico, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi. Secondo tale interpretazione, solo con la chiusura del conto si stabilivano definitivamente i crediti e i debiti tra le parti (cfr. la notissima Cassazione, n. 2262/1984; Cassazione, n. 10127/2005). Con la sentenza della Cassazione n. 24418 del 02.12.2010 si supera la teoria della unitarietà, sostenendo che la durata del rapporto con prestazioni in denaro ripetute nel tempo non impedisce di qualificare indebito ciascun singolo pagamento non dovuto, se ciò dipende dalla nullità del titolo giustificativo dell'esborso, sin dal momento in cui il pagamento medesimo abbia avuto luogo: *“(…) è sempre da quel momento che sorge dunque il diritto del solvens alla ripetizione e che la relativa prescrizione inizia a decorrere”*. Alla luce di tale interpretazione, quindi, diventa dirimente, al fine dell'individuazione del *dies a quo*, ossia della decorrenza del termine di prescrizione nei rapporti di conto corrente, capire quale sia il momento in cui si può affermare che abbia avuto luogo un pagamento, ossia un effettivo spostamento patrimoniale. Si legge nella sentenza: *“Occorre considerare che, con tutta ovvietà, perché possa sorgere il diritto alla ripetizione di un pagamento indebitamente eseguito, tale pagamento deve esistere ed essere ben individuabile. (...) appare indubbio che il pagamento, per dar vita ad un'eventuale pretesa restitutoria di chi assume di averlo indebitamente effettuato, debba essersi tradotto nell'esecuzione di una prestazione da parte di quel medesimo soggetto (il solvens), con conseguente spostamento patrimoniale in favore di altro soggetto (l'accipiens); e lo si può dire indebito - e perciò ne consegue il diritto di ripeterlo, a norma dell'articolo 2033 cod. civ. - quando difetti di una idonea causa giustificativa. (...)”* Sulla base di tale impostazione, dunque, diventano importanti la natura ed il funzionamento del contratto di apertura di credito bancario, che in conto corrente è regolata. L'apertura di credito si attua mediante la messa a disposizione sul rapporto di c/c, da parte della banca, di una somma di denaro che il cliente può utilizzare anche in più riprese e della quale, per l'intera durata del rapporto, può ripristinare in tutto o in parte la disponibilità eseguendo versamenti che gli consentiranno poi eventuali ulteriori prelevamenti entro il limite complessivo del credito accordatogli. Se, in presenza di un'apertura di credito, il correntista effettua prelevamenti e non si avvale della facoltà di effettuare versamenti, pare indiscutibile che non vi sia alcun pagamento da parte sua, prima del momento in cui, chiuso il rapporto, egli provveda a restituire alla banca il denaro in concreto utilizzato. Qualora, invece, durante lo svolgimento del rapporto il correntista effettui non solo prelevamenti ma anche versamenti, questi ultimi, se considerati *“pagamenti”*, potranno formare oggetto di ripetizione (ove risultino indebiti).

Fonte: Francesca Dal Porto, *Eccezione di prescrizione delle competenze bancarie addebitate – I° parte*, in *ecnews.it*, 22 gennaio 2021.

➤ Eccezione di prescrizione delle competenze bancarie addebitate – II° parte

Dalla lettura della sentenza della Cassazione n. 24418 del 02.12.2010, richiamata nel precedente contributo, appare evidente come diventi dirimente individuare la natura delle rimesse in conto corrente, al fine di capire quali di queste possano essere utilizzate per eccepire la prescrizione delle competenze addebitate (solo quelle solutorie). Una parte della Giurisprudenza seguiva il principio espresso dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 4518/2014: *“Deve osservarsi, al riguardo, che i versamenti eseguiti su conto corrente, in corso di rapporto hanno normalmente funzione ripristinatoria della provvista e non determinano uno spostamento patrimoniale dal solvens all'accipiens. Tale funzione corrisponde allo schema causale tipico del contratto. Una diversa finalizzazione dei singoli versamenti (o di alcuni di essi) deve essere in concreto provata da parte di chi intende far decorrere la prescrizione dalle singole annotazioni delle poste relative agli interessi passivi anatocistici (...)”*. Di fatto, con tale sentenza era stato sancito il principio per cui l'onere della prova, per eccepire la prescrizione decennale del diritto di ripetere competenze bancarie addebitate sul rapporto di c/c e ritenute illegittime, spettava alla banca che doveva dedurre per ogni singolo pagamento la natura solutoria delle rimesse o meno.

In realtà, esisteva un altro orientamento giurisprudenziale che limitava gli oneri probatori che gravavano sull'istituto di credito, ritenendo sufficiente per chi eccepisce la prescrizione provare: il decorso del tempo; l'inerzia del titolare del diritto di cui la Banca eccepiva l'avvenuta prescrizione. Si cita a riguardo la Sentenza n. 5864/2018 del Tribunale di Milano, estensore Dott. Francesco Ferrari, nella quale si legge: *“Tale conclusione è stata contestata dalla difesa attorea, la quale in particolare, ha evidenziato l'inammissibilità dell'eccezione di prescrizione sollevata dalla banca, per non avere individuato le rimesse solutorie. Tale considerazione, tuttavia, non può essere condivisa, se solo si consideri come il riparto dell'onere probatorio debba essere condotto anche nell'ambito del contenzioso bancario in forza dei principi generali e, quindi, in base alle regole dettate dall'articolo 2697 c.c., secondo cui “chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda”*.

Fonte: Francesca Dal Porto, *Eccezione di prescrizione delle competenze bancarie addebitate – II° parte*, in *ecnews.it*, 26 gennaio 2021.

I migliori saluti.

La Segreteria



LF/ci