

Procedimenti di cognizione e ADR, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

La fissazione del termine per la restituzione del mutuo ex art. 1817 c.c. non può richiedersi nelle forme del procedimento per volontaria giurisdizione

di Valeria Giugliano

[Tribunale di Milano, 6 marzo 2017, Pres. delegato Marangoni](#)

Mutuo – Restituzione – Fissazione del termine ad opera del giudice – Procedimento (art. 1817 c.c.)

[1] *È inammissibile la domanda volta ad ottenere, ex art. 1817 c.c., la fissazione del termine di restituzione del mutuo proposta nelle forme di un ricorso per volontaria giurisdizione, in quanto i provvedimenti che ne risultano sono, tipicamente, privi di stabilità e inidonei al giudicato, ove, al contrario, per stabilire un elemento di natura negoziale è necessaria una pronuncia di natura costitutiva da emettersi in sede contenziosa.*

CASO

[1] Una società introduce, con ricorso per volontaria giurisdizione, domanda rivolta al Presidente del Tribunale per ottenere la fissazione del termine ex art. 1817 c.c. relativo alla restituzione di somme erogate a titolo di finanziamento soci. La resistente eccepisce, oltre all'improponibilità della domanda in relazione alla clausola compromissoria contenuta nello Statuto della società, l'inammissibilità della stessa domanda nelle forme di un ricorso per volontaria giurisdizione.

SOLUZIONE

[1] Il Presidente delegato del Tribunale premette un breve *excursus* sulla disciplina – disorganica e frammentaria – dei procedimenti di volontaria giurisdizione. Nella carenza di indici normativi e di precedenti giurisprudenziali sul punto, osserva che caratteristica comune ai provvedimenti di volontaria giurisdizione è la carenza di definitività: essendo di regola provvisori, possono in ogni tempo essere revocati e modificati, alla stregua dell'art. 742 c.p.c. La fissazione di un termine per la restituzione della somma data a mutuo, però, è necessario che sia definitiva e idonea al giudicato, integrando un elemento del contratto. Il Tribunale, quindi, dichiara inammissibile il ricorso, indicando alla parte che l'istanza per la fissazione del termine dovrebbe essere formulata in sede contenziosa e nell'ambito di un giudizio volto ad ottenere: (a) la condanna del mutuatario al pagamento delle somme entro un termine futuro determinato dal giudice; ovvero, (b) la condanna al pagamento in una data precedente la

notifica dell'atto di citazione, con domanda di accertamento dell'inadempimento contrattuale.

QUESTIONI

[1] Assente dall'attuale codice di rito civile, l'espressione «volontaria giurisdizione» è, come noto, di faticosa definizione (v., senza pretese di completezza, G. Micheli, *Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, 18; E. Fazzalari, *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953, C. Mandrioli, *Sui caratteri dell'attività giurisdizionale desunti dalle norme positive*, in *Jus*, 1962, 161; A. Cerino Canova, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di volontaria giurisdizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 431; A. Carratta, *Processo camerale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir. Annali*, III, Milano, 2010). Tratti comuni a questo tipo di attività possono individuarsi nell'assenza di contestazione e nella funzione che consiste, tendenzialmente, non nell'attuare diritti ma semplicemente nell'integrare o realizzare la fattispecie costitutiva di uno stato personale o familiare o di un determinato potere – ossia, situazioni più sfumate dei diritti (C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, 26 ss.). Per questo, si ritiene che caratteristica comune ai provvedimenti conclusivi della forma procedimentale della giurisdizione volontaria sia la revocabilità e la modificabilità, con la conseguente inidoneità alla cosa giudicata (Allorio, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria in Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato*, Milano, 1957, 3).

Sul procedimento per la fissazione del termine ad opera del giudice previsto dall'art. 1817 c.c. il panorama, giurisprudenziale e dottrinale, è variegato.

Come noto, si ricorre alla determinazione ad opera del giudice se il termine per la restituzione non è stato fissato, né espressamente né implicitamente, o anche – per iniziativa del mutuante – al fine di eliminare l'incertezza del *quando*, se si è convenuto che il mutuatario «paghi solo quando potrà» (App. Napoli, 31 gennaio 2006, *Pluris*).

Secondo l'unico precedente sulla questione della forma procedimentale da utilizzare, conforme alla pronuncia in esame, Trib. Verona 19 giugno 2003, in *Giur. merito* 2004, ha stabilito che la fissazione del termine deve avvenire all'esito di un procedimento ordinario di cognizione finalizzato alla valutazione delle «circostanze» concrete del rapporto nel contraddittorio delle parti. Il giudice, nell'accertamento del termine, può affermare l'esigibilità immediata della prestazione, ovvero fissare un termine precedente o successivo alla domanda giudiziale (nel caso di specie, anche in sede di pronuncia di ordinanza ex art. 186 *ter* c.p.c., qualora il termine accertato incidentalmente dal giudice risulti già scaduto).

Sulla natura della pronuncia, la giurisprudenza ritiene, considerando la determinazione giudiziale del termine come puramente interpretativa della volontà delle parti, che abbia carattere di mero accertamento (v. Cass. 22 giugno 1972, n. 2055, in *Giust. civ.*, 1972, 1511 e Cass. 25 settembre 1974, n. 2522, in *Foro it.*, Rep. 1974, voce *Mutuo*, 1544, n. 6).

Una preventiva pronuncia a carattere costitutivo non è poi stata ritenuta necessaria dalla giurisprudenza qualora la sentenza o il decreto ingiuntivo che accolgono la domanda di

pagamento immediato, esplicitamente o implicitamente, riconoscano avverata la condizione dell'insolvenza del debitore (Cass. 8 maggio 2003, n. 6984, in *Foro it.* 2004, I, 202).

È opinione, invece, prevalente in dottrina che la pronuncia del giudice abbia in questi casi carattere costitutivo (G. Giampiccolo, *Comodato e mutuo*, in *Trattato di dir. civ.*, dir. da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1972 93 ss.; M. Fragali, *Del mutuo. Artt. 1813-1822*, nel *Comm. c.c.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1966, 388 ss.; v. F. Carresi, F., *Il comodato. Il mutuo*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, VIII, 1954, 138, e R. Teti, *Il mutuo*, in *Trattato di dir. priv.*, dir. da Rescigno, XII, Torino, 1985, 670) i quali escludono che una volontà negoziale inespressa sia suscettibile di accertamento. Seconda questa impostazione, il giudice non potrebbe allora fissare un termine di restituzione anteriore alla data del provvedimento.



Master di specializzazione

DIRITTO E CONTENZIOSO BANCARIO

Scopri le sedi in programmazione >