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

Edizione di martedì 31 dicembre 2019

Procedimenti cautelari e monitori

L'efficacia del decreto ingiuntivo non opposto ai fini dell'ammissione al passivo del fallimento
di **Cecilia Vantaggiato**

Procedimenti di cognizione e ADR

Applicabile il termine ex art. 392 c.p.c. alla riassunzione della causa restituita al giudice di primo grado dopo la cassazione dell'erroneo diniego di giurisdizione in cui il giudice sia incorso
di **Massimo Montanari**

Esecuzione forzata

Processo esecutivo e ne bis in idem: la Cassazione chiarisce quando un'esecuzione forzata può dirsi conclusa e quando è, invece, possibile procedere nuovamente in executivis
di **Giuliano Stasio**

Obbligazioni e contratti

Inadempimento del preliminare che non fissa il termine per la stipula del contratto definitivo
di **Paolo Cagliari**

Proprietà e diritti reali

Destinazione d'uso: una fattispecie insidiosa per i proprietari privati
di **Ilaria Ottolina**

Diritto e procedimento di famiglia

Negata l'adozione alla zia residente all'estero che non ha un rapporto significativo con la nipote

di **Giuseppina Vassallo**

Diritto e reati societari

La postergazione dei finanziamenti dei soci ex art. 2467 c.c. si applica anche alle S.p.A.
di **Eleonora Giacometti**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Contenuto della domanda di ammissione a passivo fallimentare – Ipotesi di declaratoria di nullità
di **Federico Callegaro**

Diritto Bancario

La CTU contabile nel contenzioso bancario
di **Fabio Fiorucci**

Diritto del Lavoro

Onere della prova nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo
di **Evangelista Basile**

Processo civile telematico

Le notificazioni telematiche ultimi aggiornamenti giurisprudenziali
di **Giuseppe Vitrani**

Diritto Bancario

Mancata produzione dei decreti ministeriali di rilevazione del tasso soglia usura: inammissibile la CTU
di **Fabio Fiorucci**

Procedimenti cautelari e monitori

L'efficacia del decreto ingiuntivo non opposto ai fini dell'ammissione al passivo del fallimento

di **Cecilia Vantaggiato**

Abstract: Il presente focus intende sintetizzare e analizzare il dibattito sorto in merito all'efficacia del decreto ingiuntivo non opposto nella procedura concorsuale: all'orientamento tradizionale della giurisprudenza fondato sull'art 647 c.p.c., la dottrina ha recentemente contrapposto una diversa soluzione fondata sull'interpretazione sistematica dell'art 645 c.p.c.

Dibattuto in dottrina e giurisprudenza è il tema dell'efficacia del decreto ingiuntivo non opposto. Sul punto si sono contrapposti i distinti orientamenti della giurisprudenza e della dottrina.

Quanto all'orientamento pretorio, la giurisprudenza di legittimità afferma che, nel caso di mancata opposizione a decreto ingiuntivo, lo stesso acquisti efficacia ai fini dell'opponibilità al fallimento (in modo da costituire titolo inoppugnabile per l'ammissione al passivo) solo nel momento in cui il giudice, dopo averne controllato la ritualità della notificazione, lo dichiari, in mancanza di opposizione o di costituzione dell'opponente, esecutivo ai sensi dell'art. 647 cod. proc. civ. e non (invece) a fronte della solo mancata proposizione nei termini dell'opposizione *ex* art. 645 c.p.c. (*ex multis*, Cass.,11-10-2017, n. 23775).

Secondo la Suprema Corte, infatti, in assenza di opposizione, il decreto ingiuntivo acquista efficacia di giudicato formale e sostanziale solo nel momento in cui il giudice, dopo averne controllato la notificazione, lo dichiari esecutivo ai sensi dell'art. 647 c.p.c.; il visto dell'art 647 c.p.c. si configurerebbe quale *condicio sine qua non* per l'efficacia extraprocessuale del giudicato.

Tale verifica ai sensi dell'art 647 c.p.c. presenta, invero, una funzione diversa dalla verifica affidata al cancelliere *ex* artt. 124 o 153 disp. att. c.p.c., in quanto consiste in una vera e propria attività giurisdizionale di verifica della regolarità della notifica e del contraddittorio, che si pone come ultimo atto del giudice all'interno del processo d'ingiunzione, cui non può surrogarsi il giudice delegato in sede di accertamento del passivo (così Cass. 26-04-2017, n. 10208).

Per esigenze di tutela del diritto di difesa, pertanto, il decreto ingiuntivo non munito, prima della dichiarazione di fallimento, del decreto di esecutorietà non può essere parificato alla *res iudicata* formale e sostanziale, con conseguente inopponibilità del decreto ingiuntivo al fallimento, e ciò "*neppure nell'ipotesi in cui il decreto ex art. 647 c.p.c. venga emesso*

successivamente, tenuto conto del fatto che, intervenuto il fallimento, ogni credito, deve essere accertato nel concorso dei creditori ai sensi della L. Fall., art. 52" (Cass. 27 gennaio 2014, n. 1650; Cass. 31 gennaio 2014, n. 2112).

La giurisprudenza, pertanto, ritiene che per l'opponibilità al fallimento occorra l'efficacia di giudicato sostanziale stabilita dall'art 2909 c.c., intesa quale "possibilità del decreto non opposto di produrre effetti al di fuori del processo" e quindi anche nel procedimento per l'accertamento del passivo (v. già Cass. 26 marzo 2004, n. 6085).

Di contrario avviso va, invece, la dottrina (Garbagnati, *I procedimenti di ingiunzione e per convalida di sfratto*, Milano1979, 10), secondo cui il decreto ingiuntivo non opposto godrebbe dell'efficacia di giudicato (sostanziale) senza necessità di visto per l'esecutività, sul rilievo per cui sarebbe inutile la previsione di un termine perentorio (Cass. 15959/00) per proporre opposizione se poi, all'inutile decorso, non si collegasse *ipso iure* l'irrevocabilità del decreto. In tal senso, il decreto ingiuntivo passa in giudicato, tanto formale quanto sostanziale, a seguito della mancata proposizione dell'opposizione ex art. 645 c.p.c.

Fallaci per la dottrina sarebbero gli argomenti posti dalla Corte a sostegno della su esposta tesi della autorità di giudicato del decreto ingiuntivo non opposto solo a seguito dell'emissione del decreto di esecutorietà *ex* art. 647 c.p.c.: *in primis* perché appare debole l'argomentazione che fa leva sul fatto che l'art. 656 c.p.c. assoggetta ai mezzi di impugnazione straordinari (revocazione per motivi n.1, 2, 5 e 6 e opposizione di terzo *ex* art 404, c. 2, c.p.c) il decreto ingiuntivo, divenuto esecutivo a norma dell'art. 647 c.p.c. A ben guardare, l'art. 656 c.p.c., se è vero che richiama casi di revocazione ordinaria (n. 5), esclude il n. 3 e l'art. 404, c. 1 c.p.c. che, al contrario, hanno natura straordinaria: ciò sta a significare che la disposizione, lungi dall'assoggettare il (solo) decreto ingiuntivo già reso esecutivo *ex* art. 647 c.p.c. ai mezzi di impugnazione straordinari, effettua una scelta di taluni mezzi di impugnazione esperibili contro quel provvedimento, a prescindere dalla loro natura ordinaria o straordinaria.

Inoltre, l'interpretazione consolidata in giurisprudenza risulta erronea altresì alla luce del fatto che all'accertamento in oggetto non potrebbe riconoscersi efficacia costitutiva, ma meramente dichiarativa "*di un atto di mero accertamento di un requisito processuale che quindi, in quanto tale, non può che avere efficacia* ex tunc" (v. *amplius* Graziosi, *Passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo e opponibilità del credito al fallimento*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2019, 215).

In conclusione, il dibattito sulla questione dell'efficacia del decreto ingiuntivo non opposto è destinato a proseguire: sebbene non sia possibile dare una risposta definitiva, è tuttavia auspicabile se non un *revirement* giurisprudenziale quantomeno un ripensamento che dia (e tenga) conto dei rilievi sollevati in sede scientifica.

E-learning
Seminario on-line di 3 ore
PROCEDIMENTO DI INGIUNZIONE
Accedi al sito >
Matura 2 CFP

Procedimenti di cognizione e ADR

Applicabile il termine ex art. 392 c.p.c. alla riassunzione della causa restituita al giudice di primo grado dopo la cassazione dell'erroneo diniego di giurisdizione in cui il giudice sia incorso

di **Massimo Montanari**

Cass., sent., 14 novembre 2019, n. 29623 Pres. Napoletano – Rel. Bellè

Impugnazioni civili – Erroneo diniego di giurisdizione da parte del giudice di primo grado – Rilievo del vizio in cassazione – Rimessione della causa al primo giudice – Riassunzione della causa – Termine applicabile (C.p.c. artt. 50, 353, 367, 383, 392; L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 59)

[1] *La riassunzione del processo di primo grado conseguente all'affermazione della competenza giurisdizionale dell'A.G.O., denegata nei gradi di merito e fatta dalla Corte di Cassazione in seguito a ricorso ordinario per motivo attinente alla giurisdizione, va effettuata nel termine previsto in via generale dall'art. 392 c.p.c., secondo la misura di esso* ratione temporis *stabilita, e non nel termine di cui all'art. 367 c.p.c., comma 2, riguardante l'ipotesi di pronuncia, affermativa della giurisdizione del giudice ordinario, resa in sede di regolamento di giurisdizione, nè in quello di cui all'art. 353, comma 2, c.p.c., né infine nei termini stabiliti dall'art. 50 c.p.c. o dall'art. 59, comma 2, l. n. 69/2009.*

CASO

[1] Dopo che tanto il tribunale adito in prime cure che la Corte d'appello investita del successivo gravame avevano declinato la giurisdizione a favore del giudice amministrativo nei riguardi della domanda proposta da un ente pubblico territoriale contro una propria dipendente per la ripetizione a titolo di indebito di somme a quella, in precedenza, corrisposte, la Cassazione, con sentenza pronunciata nel 2010, ha affermato l'appartenenza della controversia al giudice ordinario, conseguentemente rinviandola, a norma del comb. disp. degli artt. 353, 2° co., e 383, 3° co., c.p.c., allo stesso tribunale che se ne era originariamente spogliato. Ripresa la causa davanti a quest'ultimo, ne era però seguita la declaratoria di estinzione, per essere, il ricorso in riassunzione, sopravvenuto alla scadenza del termine semestrale di cui al previgente testo, *ratione temporis* applicabile, dell'art. 50 c.p.c. ovvero, in alternativa, al successivo art. 367, 2° co.: declaratoria confermata in appello, seppur riconducendo il termine semestrale, la cui inosservanza avrebbe determinato l'anticipata *mors litis*, alla disposizione dell'art. 353, 2° co., c.p.c. (anche questo nella sua previgente dizione).

Nuovamente interpellato, il giudice di legittimità ha ancora una volta sconfessato le

valutazioni dei giudici di merito, riconoscendo la tempestività dell'atto di riassunzione proposto, in quanto non soggetto al termine semestrale di cui alle norme dianzi citate, bensì al termine annuale regolato dall'art. 392 c.p.c., nel testo anteriore alla riforma attuata con l. 18 giugno 2009, n. 69, e applicabile alla fattispecie per ragioni di diritto intertemporale, trattandosi di giudizio instaurato prima dell'entrata in vigore di detta riforma (v. *sub* art. 58, 1° co., l. n. 69/2009).

SOLUZIONE

[1] Il ragionamento della Suprema Corte si è dipanato attraverso il confronto, l'uno dopo l'altro, con i diversi termini di riassunzione che nel corso del giudizio sono stati, di volta in volta, ritenuti confacenti alla fattispecie: e la conclusione cui, alfine, è pervenuta, nei termini della necessità di far capo alla regola generale, per i giudizi di rinvio dopo la cassazione, di cui all'art. 392 c.p.c., è scaturita dalla constatazione, progressivamente maturata, che nessuno degli altri termini passati in rassegna potesse utilmente sovvenire nel caso concreto.

A partire *a*) da quello, messo in campo dal giudice di seconde cure, di cui all'art. 353, 2° co., c.p.c., siccome concernente i casi in cui, a dichiarare la giurisdizione negata dal primo giudice, sia stato il giudice d'appello anziché, come nella fattispecie in esame, la Corte di cassazione; *b*) per passare a quello, invocato dal giudice di primo grado, di cui all'art. 50 c.p.c., in quanto riguardante le ipotesi di riassunzione del giudizio a séguito di declaratoria di incompetenza anziché di difetto di giurisdizione; *c*) trascorrendo poi a quello, mobilitato in sede di controricorso nel giudizio di legittimità, disciplinato dall'art. 59, 2° co., l. n. 69/2009, siccome applicabile ai casi di *translatio* del procedimento da una giurisdizione all'altra, laddove, nella fattispecie, a proclamare l'appartenenza della causa al giudice ordinario era stata la Cassazione nella veste, essa pure, di organo della giurisdizione ordinaria; *d*) per venire, infine, a quello – evocato a suo tempo, in una al distinto termine *ex* art. 50 c.p.c., dal Tribunale adito in prima istanza – posto dall'art. 367, 2° co., c.p.c., in quanto attinente alla riassunzione in esito al regolamento di giurisdizione, mentre, nella specie, si trattava di ricorso ordinario in cassazione esperito a séguito di declinatoria della giurisdizione già impugnata nelle fasi di merito del procedimento.

Inevitabile è risultato, a quel punto, l'approdo alla conclusione sopradescritta, con annessa rimessione della causa al giudice di prime cure in forza del comb. disp. degli artt. 354, 2° co., e 383, 3° co., c.p.c., giacché era stato proprio e innanzitutto quel giudice a incorrere nell'erronea pronuncia di avvenuta estinzione del giudizio, disvelata dal giudice di legittimità sulla base del ragionamento appena illustrato.

QUESTIONI

[1] L'impostazione formale del percorso argomentativo seguito dalla Suprema Corte ne tradisce l'effettiva sostanza. L'applicabilità, nel caso sottoposto al suo sindacato, del termine di riassunzione di cui all'art. 392 c.p.c. non rappresenta infatti, come pur potrebbe sembrare, il *posterius*, ossia il punto di arrivo, dell'operazione che ha visto la progressiva eliminazione dalla

scena di tutti gli altri termini astrattamente concorrenti allo stesso fine, bensì il *prius* di quell'operazione medesima, ossia la premessa data la quale soltanto, la pertinenza di quei termini, è stato possibile escludere. Di questi, o, almeno, di alcuni di essi – e il riferimento è, segnatamente, al termine di cui all'art. 353, 2° co., c.p.c. -, ben si potrebbe predicare l'applicabilità in via analogica alla fattispecie in esame: se non fosse che, delle condizioni che consentono il ricorso all'analogia per l'integrazione della disciplina di un determinato istituto, manca, nella circostanza, quella primaria, vale a dire la presenza di una lacuna nel tessuto di quella disciplina. Ed invero, nel momento in cui la norma che regola la cassazione con rinvio – leggi: l'art. 383 cp.c. – contempla espressamente l'eventualità del rinvio della causa al primo giudice, là dove la Corte abbia rilevato una nullità del procedimento che avrebbe imposto analogo rinvio da parte del giudice dell'appello, è evidente che il giudizio destinato ad essere ripreso in quella sede si atteggi come autentico giudizio di rinvio dopo la cassazione (cfr. R. Giordano, sub *art. 383*, in L.P. Comoglio – C. Consolo – B. Sassani – R. Vaccarella [diretto da], *Commentario del codice di procedura civile*, IV, Torino, 2013, 1093, che qualifica questa come ipotesi di rinvio restitutorio), sì che il termine entro cui provvedere alla relativa riassunzione non possa che essere quello fissato in via generale per questa tipologia di giudizi dal predetto art. 392 c.p.c.

Di ciò la Corte mostra piena consapevolezza, allorché, nell'abiurare a quella sua precedente giurisprudenza secondo cui vi sarebbe stato spazio, nel caso di specie, per l'applicazione analogica dell'art. 50 c.p.c. (così Cass., 31 maggio 2017, n. 13734; Cass., 7 ottobre 2015, n. 20105), osserva che «*in realtà sussiste* [nel medesimo caso] *una disposizione direttamente applicabile e dunque manca la lacuna cui si intenderebbe sopperire con l'analogia*»: quanto le sarebbe bastato, una volta dimostrata la presenza di quella «*disposizione direttamente applicabile*», per risparmiarsi la minuta rassegna di termini concorrenti di cui in precedenza si è dato atto.

Il problema qui affrontato e risolto non ha interamente smarrito la sua attualità con la riforma *ex* l. n. 69/2009. E' vero che, per effetto di quell'intervento normativo, il termine di cui all'art. 392 c.p.c. ha visto ridotta la sua durata, da annuale che era a trimestrale, così come trimestrali, da semestrali che erano, sono divenuti i termini di cui agli artt. 50 e 353, 2° co., c.p.c. e 59, 2° co., l. n. 69/2009. Ma differente permane il rispettivo *dies a quo – comunicazione* dell'ordinanza che ha pronunciato sulla competenza, per il termine *ex* art. 50 c.p.c.; *notificazione* della sentenza del giudice d'appello, per quello *ex* art. 353, 2° co., c.p.c.; *pubblicazione* della sentenza della Cassazione, per quello *ex* art. 392 c.p.c.; *passaggio in giudicato* della sentenza dichiarativa del difetto di giurisdizione, per quello *ex* art. 59, 2° co., l. n. 69/2009 -, senza contare che ampiezza semestrale continua ad avere il termine di riassunzione della causa all'esito del regolamento di giurisdizione, di cui all'art. 367, 2° co., c.p.c.

Master di specializzazione
DIRITTO VITIVINICOLO
Scopri le sedi in programmazione >

Esecuzione forzata

Processo esecutivo e ne bis in idem: la Cassazione chiarisce quando un'esecuzione forzata può dirsi conclusa e quando è, invece, possibile procedere nuovamente in executivis

di **Giuliano Stasio**

Cass. civ. sez. III, 13 novembre 2019, n. 29347, Pres. De Stefano, Rel. Tatangelo

Esecuzione forzata – *Ne bis in idem* – Obbligo di fare – Irretrattabilità dei risultati processo esecutivo

MASSIMA

Il processo esecutivo definito può dar luogo alla cd. irretrattabilità dei suoi risultati (e, di conseguenza, all'applicazione del cd. principio del ne bis in idem*) esclusivamente laddove esso si sia concluso con l'attuazione concreta dell'obbligo posto in esecuzione, secondo la conformazione ad esso data in sede esecutiva; quindi: trattandosi di espropriazione, con l'attribuzione al creditore del ricavato della vendita a totale soddisfazione del suo credito; trattandosi di obblighi di fare, con l'attuazione materiale dell'obbligo contenuto nel titolo, secondo le modalità concrete disposte dal giudice dell'esecuzione; trattandosi di obblighi di consegna o rilascio, con la consegna o il rilascio della cosa dovuta. Nelle ipotesi in cui il procedimento esecutivo non abbia tale esito, può al più ipotizzarsi una estensione del cd. principio del* ne bis in idem*, laddove il giudice dell'esecuzione abbia espressamente dichiarato insussistente il diritto del creditore di procedere ad esecuzione forzata, abbia in qualche modo dichiarato l'obbligo non eseguibile oppure lo abbia ritenuto già completamente eseguito (nell'espropriazione ciò potrà avvenire, ad esempio, in caso di liquidazione del credito posto in esecuzione in modo difforme dalla pretesa del creditore e/o di assegnazione dichiarata satisfattiva benché inferiore all'importo oggetto di intimazione; altrettanto potrà avvenire, nell'esecuzione diretta, per il caso della espressa dichiarazione di impossibilità di attuazione o della espressa dichiarazione di avvenuta completa attuazione in concreto dell'obbligo di fare).*

CASO

Nel 1999 veniva posta in esecuzione una sentenza definitiva di condanna contenente l'ordine di arretramento di un fabbricato.

Il tecnico nominato dal giudice dell'esecuzione depositava una relazione in cui, contestualmente alla redazione del progetto esecutivo, invitava le parti, alla luce di alcune difficoltà esecutive, a raggiungere un accordo bonario. Non si procedeva all'esecuzione

materiale dei lavori, poiché le parti davano corso a delle trattative, che non andavano a buon fine.

Dopo circa 8 anni, nel 2010, il creditore chiedeva – mediante ricorso al giudice dell'esecuzione – l'attuazione dell'obbligo di fare, senza contestare le modalità indicate *in illo tempore* dal tecnico nominato dal giudice dell'esecuzione.

Il debitore resistente proponeva opposizione, che veniva accolta dal Tribunale di Lecce per violazione del principio del *ne bis in idem* e la decisione confermata nel 2017 dalla Corte di Appello di Lecce.

Il creditore proponeva allora ricorso in Cassazione per due motivi di ricorso, che venivano esaminati congiuntamente dalla Corte: (i) violazione e falsa applicazione degli artt. 612, 613, 614 e 615 c.p.c. e 2931 c.c.; (ii) violazione e falsa applicazione dell'art. 617 c.p.c. e art. 2931 c.c., nonché per omesso esame di un fatto decisivo che è stato oggetto di discussione tra le parti e motivazione contraddittoria, illogica e carente, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5.

SOLUZIONE

La Corte, in accoglimento di entrambi i motivi di ricorso, cassa la decisione impugnata e, decidendo nel merito, rigetta l'opposizione all'esecuzione proposta dal debitore resistente.

La Suprema Corte, infatti, ha definito la portata del principio del *ne bis in idem* all'interno del processo esecutivo, precisando che questo – come nel caso di specie – non potrà venire in gioco quando il procedimento precedente non si sia di fatto concluso, a prescindere da un'espressa dichiarazione di estinzione dell'esecuzione.

QUESTIONI

La pronuncia cassata, così come la precedente del Tribunale, è frutto di un evidente abbaglio, correttamente rilevato dalla Cassazione.

La Corte d'appello aveva confermato la sentenza di primo grado richiamando un precedente della Cassazione (Cass., n. 23182/2014), in cui si affermava il principio per cui *"nel processo di esecuzione di obblighi di fare o di non fare, dal principio di irretrattabilità dei risultati del processo esecutivo discende la definitività della constatazione di chiusura della procedura esecutiva, contenuta nel verbale delle operazioni dell'ufficiale giudiziario, compiute in ottemperanza all'ordinanza del giudice dell'esecuzione, sempreché il verbale e l'ordinanza non siano stati impugnati per vizi concernenti la non conformità di quanto eseguito o disposto rispetto al titolo esecutivo; ne consegue che, sopravvenuta la definitività della constatazione della chiusura della procedura esecutiva, al creditore procedente, che pure ritenga non perfettamente eseguito il comando giudiziale, resta preclusa la facoltà di azionare ulteriormente il medesimo titolo esecutivo"*.

Come specificato anche in parte motiva, in quel caso parte esecutata si opponeva nei confronti di una procedura esecutiva per obblighi di fare promossa successivamente all'esaurimento di altra e precedente, che il creditore lamentava non essere stata perfettamente adempiuta e completata. La Cassazione, allora, aveva affermato che eventuali vizi dell'ordinanza determinativa delle modalità di esecuzione possono essere fatti valere mediante rituale impugnazione, mentre – in applicazione del principio del *ne bis in idem* – non sarà possibile chiedere nuovamente l'attuazione dell'obbligo stesso, poiché il titolo era già stato eseguito e l'esecuzione si era compiuta e chiusa con l'attuazione dell'obbligo, ancorché difformemente rispetto alle aspettative del creditore procedente.

Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, invece, l'obbligo di fare non era mai stato eseguito, poiché durante il primo, assai risalente, procedimento del 1999 erano state definite unicamente le modalità attuative, senza che queste fossero in alcun modo poste in essere, nemmeno parzialmente, essendovi state lunghe e vane trattative *inter partes*. Pertanto, come statuito dalla Suprema Corte, a prescindere dalla presenza o meno di una dichiarazione d'estinzione del procedimento, il principio del *ne bis in idem* non potrà venire in alcun modo in gioco e il creditore avrà il diritto di mettere in esecuzione l'obbligo di fare, fintanto che non risulti prescritto per decorso del termine decennale dell'*actio iudicati ex* art. 2953 c.c.

A questo punto, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la Corte aveva già tutti gli elementi necessari per decidere la causa nel merito e per rigettare l'opposizione proposta dal debitore. La Cassazione, però, probabilmente alla luce della rarità di precedenti simili, ha colto l'occasione per risolvere altre due questioni sull'applicazione del principio del *ne bis in idem* al processo esecutivo.

La prima questione riguarda la possibilità di chiedere la modifica delle modalità esecutive dell'obbligo di fare. Nonostante nel caso di specie il creditore non avesse chiesto alcuna modifica alle modalità attuative disposte dal giudice dell'esecuzione nel corso del primo procedimento, la Corte ha ritenuto opportuno precisare che, quando il primo procedimento esecutivo sia stato abbandonato, si sia estinto o sia comunque divenuto improcedibile, il creditore avrà altresì la possibilità di chiedere nuovamente *ex* art. 612 c.p.c. la fissazione delle modalità esecutive dell'obbligo. Al contrario, se il primo procedimento sia rimasto pendente, il creditore sarà vincolato alle modalità esecutive già fissate in precedenza, salvo il potere di chiedere successive modificazioni ove insorgessero difficoltà materiali *ex* art. 613 c.p.c.

La seconda questione viene affrontata con l'enunciazione del principio di diritto, nel quale la Corte ha specificato, per ciascun tipo di esecuzione forzata, il momento in cui gli esiti del processo esecutivo divengono irretrattabili, con conseguente applicazione del principio *ne bis in* idem: per gli obblighi di fare ciò avverrà solo con l'attuazione materiale dell'obbligo contenuto nel titolo; per i casi di espropriazione, ciò avverrà con l'attribuzione al creditore del ricavato della vendita a totale soddisfazione del suo credito; per gli obblighi di consegna o rilascio, ciò avverrà con la consegna o il rilascio della cosa dovuta.

Inoltre, precisa infine la Corte, il principio del *ne bis in idem* si applicherà anche quando il

giudice dell'esecuzione abbia espressamente dichiarato insussistente il diritto del creditore di procedere ad esecuzione forzata o abbia dichiarato l'obbligo non eseguibile oppure lo abbia ritenuto già completamente eseguito. Al contrario, quando il processo esecutivo – come nel caso di specie – non raggiunga il suo esito fisiologico semplicemente perché esso non venga coltivato, per inerzia dell'ufficio e/o delle parti, per abbandono, per estinzione o comunque per qualunque motivo che non implichi una valutazione del giudice dell'esecuzione relativa alla "consumazione" del diritto di procedere ad esecuzione forzata (per avvenuta sua attuazione o per sua radicale mancanza), non sussisterà alcuna preclusione per il creditore a riproporre nuovamente l'esecuzione del titolo.

Obbligazioni e contratti

Inadempimento del preliminare che non fissa il termine per la stipula del contratto definitivo

di **Paolo Cagliari**

Cass. civ., sez. II, 23 agosto 2019, n. 21647 – Pres. Manna – Rel. Gorjan

Parole chiave: Contratto preliminare – Mancata fissazione del termine per la stipula del contratto definitivo – Inadempimento – Necessità di ricorrere al giudice per la fissazione del termine di adempimento – Insussistenza

[1] Massima: *Se il contratto preliminare non stabilisce il termine per la stipula del contratto definitivo, per accertare l'inadempimento di una parte non è sempre necessario chiedere al giudice di fissare il termine ai sensi dell'art. 1183, comma 2, c.c., dovendosi valutare se il tempo trascorso tra la conclusione del preliminare e la richiesta di adempimento è oggettivamente congruo in relazione al caso specifico.*

Disposizioni applicate: cod. civ., artt. 1183, 1351, 1454, 2932.

CASO

Il promissario acquirente di un immobile conveniva in giudizio il promittente venditore per ottenere, ai sensi dell'art. 2932 c.c., il trasferimento in suo favore della proprietà dell'alloggio oggetto del preliminare rimasto inadempiuto, il quale prevedeva che il prezzo sarebbe stato versato dietro concessione di un mutuo bancario.

Il convenuto si difendeva addebitando al promissario acquirente il rifiuto di addivenire alla stipula (avendo egli lasciato cadere nel vuoto la diffida ad adempiere formalizzata dal promittente venditore) e chiedendo, in via riconvenzionale, la risoluzione del contratto preliminare e il risarcimento del danno.

Il Tribunale di Roma respingeva tutte le domanda, ma la corte di appello riformava la sentenza e pronunciava il trasferimento dell'immobile *ex* art. 2932 c.c. in favore del promissario acquirente, reputando inapplicabile l'art. 1454 c.c., dal momento che le parti non avevano stabilito un termine per l'adempimento, non era stato chiesto al giudice di fissare il termine ai sensi dell'art. 1183, comma 2, c.c. ed era da escludersi, sulla scorta di quanto previsto dal preliminare (e, in particolare, dalla clausola che stabiliva che il pagamento del prezzo sarebbe avvenuto dietro concessione di un finanziamento), che fosse stata concordata tra le parti la immediata esigibilità delle prestazioni.

Avverso la pronuncia di secondo grado, il promittente venditore proponeva ricorso per cassazione.

SOLUZIONE

[1] La Corte di cassazione ha accolto il ricorso, ritenendo che il giudice di secondo grado avesse erroneamente applicato, nel caso di specie, la regola dettata dall'art. 1183, comma 2, c.c., anziché quella, prevista dal comma 1, in base alla quale, in assenza di pattuizione del termine per l'adempimento dell'obbligazione, quest'ultima è immediatamente esigibile.

QUESTIONI

[1] I giudici di legittimità hanno dato ragione al promittente venditore, affermando che il giudice di seconde cure è incorso in errore laddove ha ritenuto che, stabilendo il contratto preliminare che il corrispettivo della compravendita sarebbe stato pagato all'esito della concessione di un mutuo bancario, non fosse applicabile il comma 1 dell'art. 1183 c.c. (in virtù del quale "*Se non è determinato il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita, il creditore può esigerla immediatamente*"), bensì la regola stabilita dal comma 2 (che prevede il ricorso al giudice per la fissazione del termine che non sia stato stabilito in contratto).

Sebbene il principio affermato dalla sentenza che si annota sia condivisibile, è opportuno svolgere alcune considerazioni per comprendere meglio i principi sottesi alla soluzione adottata.

Se, infatti, può convenirsi con l'assunto secondo il quale la fissazione di un termine per il versamento del corrispettivo della compravendita non vale necessariamente a individuare quello entro cui deve essere stipulato il contratto definitivo (essendo ben possibile che le parti, nella loro autonomia contrattuale, optino per il pagamento tanto anticipato quanto posticipato rispetto al rogito, anche se questa seconda ipotesi è piuttosto infrequente), il comma 1 dell'art. 1183 c.c. stabilisce, subito dopo avere affermato il principio dell'immediata esigibilità della prestazione per la cui esecuzione non è previsto un termine, che "*Qualora tuttavia, in virtù degli usi o per la natura della prestazione ovvero per il modo o il luogo dell'esecuzione, sia necessario un termine, questo, in mancanza di accordo delle parti, è stabilito dal giudice*".

Il secondo comma dell'art. 1183 c.c., invece, prevede che quando il termine è rimesso alla volontà di una parte, l'altra può adire il giudice perché lo fissi.

Allorché viene concluso un contratto preliminare, è giocoforza ritenere che i contraenti abbiano voluto differire a un momento cronologicamente diverso e successivo la stipula del definitivo, posto che, se così non fosse, avrebbero senz'altro concluso direttamente quest'ultimo (la giurisprudenza, infatti, ha chiarito che il contratto preliminare e il contratto definitivo si differenziano per il diverso contenuto della volontà dei contraenti, che è diretta, nel primo caso, a impegnare le parti a prestare in un momento successivo il loro consenso al

trasferimento della proprietà e, nel secondo caso, ad attuare il trasferimento stesso senza necessità di ulteriori manifestazioni di volontà; si veda, per esempio, Cass. civ., sez. trib., 4 ottobre 2006, n. 21381). Pertanto, quando non sia previsto un termine, la regola dell'immediata esigibilità della prestazione deve essere applicata dopo avere interpretato il titolo nel suo complesso, al fine di escludere che possa essere più appropriato fare riferimento alla norma di cui al secondo periodo del comma 1 dell'art. 1183 c.c., quale conseguenza della struttura dell'operazione negoziale voluta e posta in essere dalle parti, ovvero della causa del contratto preliminare.

La dottrina ha individuato la *ratio* del principio di immediata esigibilità della prestazione nella finalità di non creare soluzioni di continuità tra i fatti giuridici e i loro effetti, per cui il differimento dell'esecuzione della prestazione rispetto al sorgere dell'obbligazione da cui deriva deve rappresentare un'eccezione che può essere voluta dalle parti o resa necessaria nelle ipotesi delineate dall'art. 1183 c.c.

D'altra parte, nella stessa giurisprudenza di legittimità si rinviene l'affermazione secondo cui il rigore del principio dell'immediata esigibilità della prestazione deve essere temperato in considerazione della possibilità di dedurre il termine dalla natura del rapporto, dagli usi, dal modo o dal luogo di esecuzione: sempre in tema di contratto preliminare, per esempio, Cass. civ., sez. II, 14 gennaio 2016, n. 465, ha censurato la statuizione dei giudici di appello che, riscontrando la mancata previsione di un termine per la stipula del rogito, l'avevano reputata esigibile in qualsiasi momento, giacché, ai sensi dell'art. 1183, comma 1, c.c., il creditore è legittimato a esigere immediatamente la prestazione salvo che in relazione agli usi, alla natura della prestazione ovvero al modo o al luogo dell'esecuzione e valutate tutte le circostanze del caso, appaia necessario individuare un termine, che, in mancanza di accordo delle parti, è fissato dal giudice.

Nel contempo, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la prestazione può esigersi immediatamente ai sensi dell'art. 1183 c.c., senza necessità che venga fissato un termine da parte del giudice e quand'anche il creditore non abbia proposto un'istanza diretta a tale scopo, laddove il ritardo nell'esecuzione appaia incompatibile con la volontà di adempiere, in ragione del decorso di un congruo e ragionevole lasso di tempo (Cass. civ., sez. VI, 11 settembre 2010, n. 19414; Cass. civ., sez. III, 6 luglio 2009, n. 15796; Cass. civ., sez. II, 27 gennaio 2003, n. 1149).

Si possono, a questo punto, individuare due situazioni:

- il contratto non prevede un termine per l'esecuzione della prestazione di una parte, sicché l'altra la esige immediatamente (ossia in contestualità con la conclusione del contratto). In questo caso, si dovrà valutare se, nel caso specifico, un tanto possa reputarsi ammissibile, tenuto conto di quanto stabilito dal comma 1 dell'art. 1183 c.c. o se, al contrario, dovrà comunque individuarsi un termine da assegnare al debitore (per esempio, mentre non sorgono particolari problemi nel ravvisare l'immediata esigibilità del pagamento del prezzo della compravendita, vista la natura del rapporto

e della prestazione, altrettanto non può dirsi per l'obbligo di stipulare il contratto definitivo scaturente dalla conclusione di un preliminare, per le ragioni già illustrate in precedenza);

- il contratto non prevede un termine per l'esecuzione della prestazione di una parte e l'altra, dopo un certo periodo di tempo, ne intima l'immediato (ossia contestuale alla richiesta) adempimento. In questo caso, l'attenzione si sposta sull'intervallo trascorso dalla conclusione del contratto fino all'intimazione, giacché se il debitore ha potuto fruire di un periodo congruo e ragionevole e salvo che ricorrano circostanze peculiari, non vi è motivo di escludere che egli possa – e debba – adempiere immediatamente (per cui, ritornando all'esempio di prima, non sarà tendenzialmente indispensabile ricorrere alla fissazione di un termine da parte del giudice non solo qualora venga chiesto il pagamento del prezzo, ma pure con riguardo alla prestazione del consenso necessario per la conclusione del contratto definitivo).

Un conto, infatti, è pretendere immediatamente la prestazione (perché la mancata fissazione del termine lo consente) subito dopo avere concluso il contratto; altro discorso è richiederne l'esecuzione pur sempre immediatamente (sempre perché consentito dalla mancanza di un termine individuato dalle parti), ma una volta decorso un certo periodo di tempo dalla nascita del rapporto obbligatorio.

Pertanto, in assenza di pattuito termine di adempimento della prestazione, per esigerla, in virtù della regola dettata dall'art. 1183, comma 1, c.c., non sono indispensabili né la diffida ad adempiere, né il ricorso al giudice, laddove quest'ultimo, chiamato a dirimere la controversia insorta tra le parti in conseguenza dell'inadempimento, possa apprezzare *ex post* la congruità o meno del tempo trascorso tra la pattuizione e la pretesa di adempimento rispetto ai parametri fattuali indicati dal medesimo art. 1183 c.c.

Nel caso di specie, peraltro, la corte di appello aveva considerato la pattuizione che prevedeva il pagamento del prezzo mediante accensione di un mutuo, per escludere l'immediata esigibilità della prestazione; fermo restando che nella sentenza non viene riportato l'esatto contenuto della clausola (sicché non è dato sapere in che termini la stessa si inseriva nel complessivo regolamento negoziale), vi sono quantomeno due ragioni per escludere una soluzione diversa da quella patrocinata dalla Corte di cassazione:

- la prestazione rilevante ai fini dell'azione *ex* 2932 c.c. proposta dal promittente venditore non è il pagamento del prezzo (che costituisce semmai adempimento dell'obbligazione scaturente dalla conclusione del contratto definitivo), ma la prestazione del consenso necessario per la stipula di quest'ultimo. Di conseguenza, a ben vedere, l'eventuale attribuzione al promissario acquirente della facoltà di determinare il termine di adempimento della prima non esplica, di per sé, alcun effetto sull'individuazione di quello entro cui deve essere eseguita la seconda;
- in ogni caso, una volta decorso un congruo e ragionevole lasso di tempo dalla conclusione del preliminare, l'azione *ex* 2932 c.c. è immediatamente e direttamente proponibile anche se la fissazione del termine per la stipula del contratto definitivo sia

rimessa all'iniziativa di una parte e si ricada, quindi, nell'ipotesi considerata dal comma 2 dell'art. 1183 c.c. (Cass. civ., sez. II, 27 gennaio 2011, n. 1904; Cass. civ., sez. II, 10 dicembre 2001, n. 15587).

Anziché ritenere pregiudiziale e necessaria la fissazione di un termine di adempimento (motivo per cui, in assenza di preventiva e apposita istanza, era stata reputata priva di effetti, ai sensi dell'art. 1454 c.c., la diffida alla stipula formalizzata dal promittente venditore e conseguentemente emessa la pronuncia di cui all'art. 2932 c.c.), il giudice di seconde cure avrebbe quindi dovuto valutare se, tra la data della conclusione del contratto preliminare e quella della diffida, era intercorso un congruo lasso di tempo: laddove, infatti, un tanto fosse stato riscontrato, non vi sarebbe stata ragione di escludere la piena operatività della regola dell'immediata esigibilità della prestazione e, così, accogliere la richiesta di declaratoria di risoluzione del contratto preliminare svolta dal promittente venditore.

La necessità di operare tale valutazione ha indotto la Corte di cassazione ad accogliere il ricorso, a cassare la sentenza impugnata e a rimettere il giudizio ad altra sezione della Corte di Appello di Roma.

Proprietà e diritti reali

Destinazione d'uso: una fattispecie insidiosa per i proprietari privati

di **Ilaria Ottolina**

Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 27 giugno 2019 n. 4423

Proprietà e condominio – edilizia e urbanistica – piano c.d. *"pilotis"*, sito presso il condominio, adibito a parcheggio pubblico – frazionamento del piano – mutamento della destinazione d'uso: trasformazione edilizia (da pubblica a privata) dell'area – obbligo del permesso di costruire – conseguente ordine di demolizione/rimozione delle opere abusive.

Riferimenti normativi: art. 10 e art. 46 D.P.R. 06/06/2001 n. 380 (Testo Unico dell'edilizia)

*"… va ricordato che secondo la giurisprudenza – per tutte, C.d.S. sez. VI 7 maggio 2018 n. 2707 – costituisce intervento soggetto a permesso di costruire la semplice realizzazione di un parcheggio su un terreno in precedenza libero, perché esso comporta un aumento del carico urbanistico. Alla stessa conclusione quindi si deve arrivare per un intervento come quello per cui è causa**, che modifica la situazione di un parcheggio già esistente trasformandolo in un insieme di posti macchina esclusivi, che ogni proprietario può impiegare solo per sé e per chi egli preferisca**. E' infatti evidente che anche in questo caso si ha un **aumento del carico urbanistico**, perché scompare, o per lo meno si riduce in proporzione, la superficie disponibile per il parcheggio di chiunque debba legittimamente accedere al condominio, quindi non solo dei residenti e dei loro familiari e conoscenti, ma anche dei fornitori e simili …".*

CASO

La sentenza amministrativa in commento ha ad oggetto un caso nel quale può imbattersi chiunque acquisti un immobile con determinate caratteristiche, vale a dire l'edificazione su pilastri (circostanza peraltro assai frequente in alcune delle nostre città votate al portico).

Più precisamente, in edilizia viene definito piano *"pilotis"* quello spazio corrente tra i pilastri di sostegno e la parete (a rientrare) del condominio, che realizza di fatto il c.d. "porticato".

L'impresa costruttrice, nell'ambito della procedura intesa a conseguire i permessi di costruire e l'assenso alle opere di urbanizzazione, aveva – tra l'altro – sottoscritto con la Pubblica Amministrazione un "atto d'impegno" a mantenere permanentemente e irrevocabilmente libero e "a giorno" il piano *"pilotis"*, salvo adibirlo a parcheggio pubblico.

Successivamente l'impresa, previo atto di frazionamento, aveva realizzato nell'area descritta dei posti auto condominiali, poi venduti ai singoli condomini. E ciò senza richiedere nessuna concessione edilizia (sostituita ora dal permesso di costruire).

In occasione di un controllo da parte del Comune di Roma, veniva constatato l'abusivo frazionamento del piano *"piloty"*, con conseguente ordine di demolizione o rimozione delle opere abusive e ripristino dei luoghi nello stato conforme alla situazione urbanistico-edilizia autorizzata (vale a dire la destinazione dell'area a parcheggio pubblico).

I proprietari dei posti macchina condominiali – aventi causa diretti o indiretti dell'impresa costruttrice – impugnavano dinanzi al T.A.R. Lazio (Roma) la delibera comunale di demolizione; il Tribunale tuttavia respingeva il ricorso, ritenendo che *"… l'intervento correttamente fosse stato qualificato come **trasformazione edilizia**, che avrebbe richiesto, secondo le norme vigenti, la concessione, dato che esso si era concretato nella creazione di una serie di **autonome unità immobiliari**, ovvero i posti macchina di cui si è detto …"*.

I predetti proprietari impugnavano quindi la sentenza dinanzi al Consiglio di Stato, adducendo – tra gli altri motivi – che il permesso di costruire non sarebbe stato necessario, trattandosi di un intervento *"di edilizia libera"*, eseguito senza opere e senza incremento del carico urbanistico, dal momento che i posti auto realizzati erano al servizio dei residenti nel medesimo palazzo.

SOLUZIONE

Il Consiglio di Stato confermava la sentenza di primo grado e respingeva il ricorso.

QUESTIONI GIURIDICHE

L'*iter* argomentativo della sentenza in commento richiede una sia pur breve decrittazione relativa alla norma che l'ha ispirato.

L'art. 10 (L) del T.U. sull'Edilizia (D.P.R. 06/06/2001 n. 380), rubricato *"Interventi subordinati a permesso di costruire (legge n. 10 del 1977, art. 1; legge 28 febbraio 1985 n. 47, art. 25, comma 4)"*, stabilisce che:

"1. Costituiscono interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio e sono subordinati a permesso di costruire:

1. *gli interventi di nuova costruzione;*
2. *gli interventi di ristrutturazione urbanistica;*
3. *gli interventi di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino modifiche della volumetria complessiva degli edifici o dei prospetti, **ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso**, nonché gli interventi che*

comportino modificazioni della sagoma di immobili sottoposti a vincoli ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004 n. 42 e successive modificazioni".

Ebbene, premesso che dal testo della sentenza non è possibile evincere se l'immobile interessato dalla vicenda fosse o meno compreso in "zona omogenea A", deve argomentarsi, in caso positivo, che **il frazionamento dell'area di libero parcheggio e la successiva destinazione a posti macchina condominiali, mutando l'originaria destinazione all'uso libero (pubblico), abbia comportato, agli effetti della norma trascritta, un intervento di trasformazione urbanistica, come tale assoggettato a provvedimento autorizzativo**.

A ben vedere, peraltro, la posizione espressa dal Consiglio di Stato si colloca nel solco di una consolidata giurisprudenza amministrativa, a cui tenore *"Le attività di pavimentazione e spargimento di ghiaia sul terreno deve essere assentita dal Comune come deve essere assentita ogni attività comportante trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio, anche quelle non consistenti in attività di edificazione, ma nella modificazione dello stato materiale e della conformazione del suolo qualora appaia preordinata alla modifica della precedente destinazione d'uso"*[1].

Sembra, quindi, corretta e immune da vizi logici l'argomentazione della Corte, secondo cui il mutamento di destinazione d'uso, da parcheggio libero a posti auto condominiali (pertanto di uso esclusivo), avrebbe comportato una modifica (intesa come aumento) del c.d. "carico urbanistico" (definito come *"il fabbisogno di strutture e spazi pubblici conseguente all'insediamento di un determinato numero di abitanti in un dato territorio"*[2]), attesa l'impossibilità sopravvenuta, da parte del pubblico indistinto, di utilizzare liberamente il parcheggio.

Quale tema contiguo, pare coerente accennare ai possibili riflessi della fattispecie all'esame in ambito civilistico (laddove, per esempio, un proprietario avesse – nel frattempo – alienato il posto auto ad altri), specialmente in seguito alla recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in materia di "**nullità urbanistica**"[3].

Il Collegio è stato infatti chiamato a dirimere il contrasto relativo all'interpretazione della sanzione della nullità prevista dall'art. 46 del T.U. n. 380/2001 (*Nullità degli atti giuridici relativi ad edifici la cui costruzione abusiva sia iniziata dopo il 17 marzo 1985. 1. Gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo il 17 marzo 1985, **sono nulli** e non possono essere stipulati **ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria**. …"*).

Ebbene, la pronuncia delle Sezioni Unite[4] ha ricondotto la nullità in parola nell'alveo dell'art. 1418, co. 3, c.c. e, coniando la categoria della "nullità testuale" – che, di fatto, sottende il noto brocardo *"ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit"* – invita l'interprete a rimanere strettamente aderente al dato normativo (che parla solo di *"estremi del permesso di costruire"*), con conseguente validità del contratto che contenga tali estremi, pur in assenza di effettiva

conformità al titolo dell'opera realizzata.

[1] Cons. Stato, sez. II, 01.07.2019 n. 4475. Ma si veda anche Cons. Stato, sez. VI, sent. 07.05.2018 n. 2707, richiamata dalla stessa sentenza in commento.

[2] RAFFAELE MICALIZZI, *"Destinazione d'uso degli immobili – La rilevanza urbanistica del mutamento di destinazione d'uso dell'immobile"*, in *Giur. It.*, 2016, 12, 2726.

[3] Corte Cass., S.U., sent. 22.03.2019 n. 8230.

[4] DANIELE CALCATERRA, *"L'intervento delle Sezioni Unite in materia di nullità urbanistica"*, in questa Rivista *www.eclegal.it*

Diritto e procedimento di famiglia

Negata l'adozione alla zia residente all'estero che non ha un rapporto significativo con la nipote

di **Giuseppina Vassallo**

Corte di Cassazione, sez. I Civile, ordinanza n. 31672 del 4 dicembre 2019

Dichiarazione di adottabilità – adozione o affidamento ai parenti entro il quarto grado

(L. n. 184 del 1983, artt. 1, 4, 8, 12 e 15)

Lo stato di abbandono dei minori non può essere escluso in conseguenza della disponibilità, manifestata da parenti entro il quarto grado, di prendersi cura di loro, quando non sussistano rapporti significativi pregressi tra parenti e i bambini.

Non è sufficiente il mero intervento in giudizio da parte degli zii e il loro concreto interesse manifestato nel voler accudire il nipote.

Sono rilevanti anche la mancanza di coesione familiare e la solidità dei rapporti con i genitori del bambino.

Caso

La Corte di Appello di Brescia, sezione minorenni, confermava lo stato di adottabilità di una bambina in tenera età il cui padre si trovava in stato di detenzione carceraria e la cui madre aveva lasciato la Comunità in cui era ricoverata.

I giudici avevano accertato la situazione di abbandono morale e materiale della minore, ignorando le richieste della zia paterna e del marito, residenti in Francia, che avevano dato la loro disponibilità all'adozione o all'affidamento della piccola, intervenendo personalmente nel giudizio di merito e sostenendo le spese dei viaggi in Italia e dell'interprete.

Secondo la Corte, non ci sarebbe stata coesione familiare e solidità di rapporti tra la minore e i suoi genitori, da un lato, e tra la zia paterna e suo marito, dall'altro.

Il padre della minore ricorre in Cassazione ritenendo che siano state violate le norme di legge che riconoscono ai bambini il diritto da vivere nella famiglia di origine.

La sentenza avrebbe violato gli artt. 1, 4, 8, 12 e 15 della legge 184/1983 per due motivi:

1. per aver omesso di valutare l'interesse superiore della minore a vivere nella famiglia di origine della zia paterna, della quale condivide il legame parentale, la nazionalità e la cultura;
2. per aver dichiarato lo stato di abbandono nonostante l'esistenza di parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore.

Anche se la minore era stata condotta solo una volta a far visita agli zii in Francia, a causa della sua tenera età e della particolare situazione dei genitori, doveva essere considerato "significativo" il legame alla luce dell'interesse concreto manifestato dai parenti di accogliere e prendersi cura della minore.

Soluzione e percorso argomentativo seguito dalla Cassazione

La Cassazione ha ritenuto infondato il ricorso. Anche nella fattispecie di cui all'art. 12 della legge 184/1983, ossia nel caso di esistenza di parenti entro il quarto grado dei minori, è necessaria l'esistenza di rapporti significativi preesistenti tra questi e i bambini, per escludere lo stato di adottabilità.

Il requisito della significatività dei rapporti con i parenti fino al quarto grado, al fine di verificarne l'idoneità soggettiva e la sussistenza delle condizioni oggettive ai fini dell'affidamento dei minori, è valutabile anche sotto il profilo potenziale, ossia dell'impossibilità incolpevole di stabilire rapporti con i minori da parte dei parenti (Cass. Civ. n. 9021/2018).

Dal momento in cui la bambina e la madre erano state prese in carico dai Servizi sociali, la Corte d'appello ha accertato la mancanza di qualsiasi tentativo della zia paterna di incontrare la minore, nel periodo in cui quest'ultima era stata inserita in un progetto comunitario assieme alla madre.

Ricorre altresì la mancanza di potenzialità di recupero non traumatica in tempi compatibili con lo sviluppo equilibrato della personalità della minore, anche in considerazione dell'oggettivo radicale cambiamento territoriale e linguistico che si determinerebbe, stante la residenza degli zii in Francia.

Questioni

Un precedente opposto al provvedimento esaminato è rappresentato dalla sentenza della Cassazione n. 16897/2015, in cui la Corte modificò il provvedimento del giudice di merito che aveva dichiarato lo stato di adottabilità di due minori, nonostante le richieste degli zii di prendersi cura di loro.

Nel caso di specie, secondo la Corte, il giudice non aveva svolto indagini accurate circa la "significatività" del rapporto con i parenti, non essendo sufficiente la motivazione della costituzione tardiva nel giudizio di primo grado da parte degli zii.

La verifica del giudice di merito doveva essere "diretta", con un'analisi delle personalità degli zii, al fine di verificarne la capacità genitoriale e la relazione con le nipoti.

Tale necessario accertamento può essere escluso solo in presenza di elementi oggettivi gravi e univoci attestanti la non significatività del rapporto.

Diritto e reati societari

La postergazione dei finanziamenti dei soci ex art. 2467 c.c. si applica anche alle S.p.A.

di **Eleonora Giacometti**

Tribunale di Bologna, Sezione specializzata in materia di imprese, Sentenza n. 265 del 31 gennaio 2019

Parole chiave: finanziamento del socio – postergazione – società per azioni –

Massima: "Il disposto dell'art. 2467 c.c. che prevede nelle S.r.l. la postergazione del rimborso del finanziamento del socio prestato in situazioni che avrebbero richiesto un conferimento è estensibile anche ad altri tipi di società di capitali, quali le S.p.A., perché la "ratio" della norma consiste nel contrastare i fenomeni di sottocapitalizzazione nominale delle società "chiuse". Tale disciplina deve quindi trovare applicazione anche al finanziamento del socio di una S.p.A., qualora le condizioni della società siano a quest'ultimo note, per lo specifico assetto dell'ente (qualora sia di modeste dimensioni o caratterizzato da una compagine familiare o, comunque, sociale ristretta), o per la posizione dal medesimo rivestita, quando sia sostanzialmente equivalente a quella del socio di una S.r.l".

Disposizioni applicate: artt. 2467 c.c., 2497 *quinquies* c.c.,

Con la sentenza in esame il Tribunale delle Imprese di Bologna si è pronunciato in merito alla legittimità di una delibera assembleare con la quale era stato disposto l'azzeramento e la ricostituzione del capitale sociale, attuato mediante la rinuncia da parte del socio di maggioranza ad un proprio credito per finanziamento, senza che lo stesso fosse stato concretamente estinto in applicazione del principio della postergazione di cui agli artt. 2467 e 2497 *quinquies* c.c. (principio che, appunto, prevede la postergazione dei finanziamenti dei soci rispetto alla soddisfazione degli altri creditori, qualora gli stessi siano stati concessi in un momento di eccessivo sovraindebitamento o in presenza di una situazione finanziaria della società in cui sarebbe stato ragionevole effettuare un conferimento).

La sentenza ricorda innanzitutto la *ratio* del suddetto principio, finalizzato alla tutela dei creditori terzi e volto a contrastare i fenomeni di sottocapitalizzazione di società "chiuse", determinati dalla convenienza dei soci a ridurre l'esposizione al rischio d'impresa, ponendo i capitali a disposizione dell'ente nella forma del finanziamento anzichè in quella del conferimento.

Come evidenziato anche dalla Corte di Cassazione, tale *ratio* è compatibile anche con altre

forme societarie, come desumibile dall'art. 2497 *quinquies* c.c. che estende l'applicabilità della postergazione ai finanziamenti effettuati in favore di qualsiasi società da parte di chi vi eserciti attività di direzione e coordinamento, oltre che dall'art. 182-quater c. 3° legge fall. che, ancora, non fa alcuna distinzione tra i tipi societari, con riferimento alla prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e nell'accordo di ristrutturazione.

Conseguentemente, il principio è stato ritenuto estensibile anche alle società azionarie a condizione, tuttavia, che non venga automaticamente applicato, ma che venga effettuata una valutazione del caso concreto finalizzata a comprendere se, per le modeste dimensioni della società o per l'assetto dei rapporti sociali, i soci finanziatori si possano trovare in posizione simile a quella dei soci finanziatori di una S.r.l. (cfr. altresì, Corte Cass., sentenza n. 16291 del 20 giugno 2018).

L'identità della posizione può infatti affermarsi tutte le volte in cui l'organizzazione della società finanziata possa consentire al socio finanziatore di ottenere informazioni paragonabili a quelle che potrebbe ottenere il socio di una S.r.l., ossia informazioni idonee a far apprezzare l'esistenza di un eccessivo squilibrio dell'indebitamento, ovvero di una situazione finanziaria tale da rendere ragionevole il ricorso al conferimento piuttosto che al finanziamento.

Ciò si verifica quando il socio finanziatore non sia un mero investitore, ma sia titolare di una posizione, non necessariamente dominante, all'interno di una società connotata, ed esempio, da: ***(i)*** una base azionaria familiare o ristretta; ***(ii)*** la coincidenza delle figure dei soci e degli amministratori o, comunque, ***(iii)*** la possibilità per il socio di poter apprezzare compiutamente (analogamente al socio di una S.r.l. tipicamente dotato di poteri di controllo *ex* art.2476 c. 2° c.c.) la situazione di capitalizzazione della società medesima (come affermato dal Tribunale delle Imprese di Milano con sentenza del 4 giugno 2015).

Affermato il suddetto principio, il Tribunale di Bologna ha infine rilevato che, per consolidata giurisprudenza di legittimità (cfr., ad es., Cass. Civ., sentenza n. 2758 del 23 febbraio 2012), la parte che ha interesse a far valere la postergazione è gravata dell'onere di provare la sussistenza delle specifiche condizioni di insolvenza societaria descritte dall'art. 2467 c.c., onere che, tuttavia, non è stato assolto nel caso concreto, con conseguente rigetto della domanda attorea.

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Contenuto della domanda di ammissione a passivo fallimentare – Ipotesi di declaratoria di nullità

di **Federico Callegaro**

Cass. civ. Sez. I, Sent. 4 settembre 2019, n. 22080, Pres. Genovese – Relatore Dolmetta

Parole chiave: Domanda di ammissione a passivo fallimentare – mancata ammissione del credito per sua inammissibilità – sufficienza dell'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto
.

Massima: nella valutazione del grado di incertezza della domanda di insinuazione al passivo fallimentare non può prescindersi dalla natura del relativo oggetto e dalla relazione in cui, con esso, si trovi eventualmente la controparte.

Riferimenti normativi: artt. 93, 96 e 99 Legge Fallimentare.

Caso: Una domanda di ammissione allo stato passivo di una Amministrazione Straordinaria non ha trovato accoglimento, ai sensi dell'art. 93, comma 3, numero 3 in quanto "*non contiene alcuna esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che ne costituiscono la ragione seppure succinta*", risultando la creditrice soccombente anche nel giudizio di opposizione – pur ritenuto ammissibile, con alcuni "ritocchi" "nella concreta ed esatta misura" nel progetto di stato passivo predisposto dal commissario straordinario -.

In tale contesto il Tribunale ha rilevato, inoltre, l'infondatezza della domanda atteso come "*tale vizio contenutistico della domanda* [di ammissione al passivo] *comporta, quale espressa sanzione prevista dall'art. 93 comma 4 legge fall., l'inammissibilità del ricorso rilevabile d'ufficio*", sottolineandosi inoltre l'insanabilità di tale vizio.

L'sito del procedimento di legittimità, confermando il precedente orientamento, ha cassato l'interpretazione applicativa della norma applicata dal Giudice di merito fornendo ulteriori chiarimenti in materia di lamentata nullità della domanda di ammissione.

Soluzione

Il primo aspetto viene analizzato e definito dalla Suprema Corte riprendendo e riaffermando precedente propria Giurisprudenza[1] secondo la quale "*anche con specifico riguardo alla domanda di insinuazione nel passivo fallimentare" -, nel «valutare il grado di incertezza della domanda», non potrà in ogni caso «prescindersi dalla natura del relativo oggetto e dalla relazione*

in cui, con esso, si trovi eventualmente la controparte (se tale, cioè, da consentire comunque un'agevole individuazione di quanto l'attore richiede e delle ragioni per cui lo fa o se, viceversa, tali da rendere effettivamente difficile, in difetto di maggiori specificazioni, l'approntamento di una precisa linea di difesa). La Corte, a chiarificazione, evidenzia come nel caso di specie la pronuncia si sia limitata ad "*osservare*" che la domanda, "*non contiene alcuna esposizione di fatto e diritto*" non andando l'argomento svolto, nella sostanza delle cose, oltre la mera ripetizione di quanto risulta scritto nel testo della norma dell'art. 93 l.f.[2].

Quanto al processo deduttivo ed argomentativo svolto dal Giudice di Merito, riserve appaiono espresse dalla Corte relativamente: i) al non essere stato considerato "in qualche misura" l'ampio, e specifico, corredo documentale allegato alla domanda costituente parte integrante della medesima, "*con segnato riferimento al tema della causa petendi*", ii) all'aver trascurato la circostanza – definita dalla Corte "*in sé stessa non assorbente, ma comunque di significatività evidente*" – che il commissario straordinario aveva inteso "*alla perfezione portata e ragioni della domanda presentata*" chiarendo la carenza di esame e verifica dei "*termini della relazione in cui si veniva a trovare il commissario … con il rapporto concretamente in questione*" (vedasi principio ante).

La Suprema Corte, inoltre, affronta anche la dichiarata ipotesi di nullità della domanda di ammissione al passivo, chiarendo come in relazione all'«*accertamento dei requisiti prescritti dall'art. 93 legge fall.*», si possa pervenire alla dichiarazione di nullità dell'atto solo nel caso in cui «*risulti del tutto omesso o assolutamente incerto*» il punto del petitum o della causa petendi[3].

Questioni applicate nella pratica

La pronuncia in esame offre l'occasione di riflettere sulle modalità formali, intese quali terminologico espositive e documentali, nonché sostanziali che debbono ricorrere in sede di redazione di una domanda di ammissione al passivo di una Procedura Concorsuale. Ciò che balza all'occhio è il riferimento che la Corte fa, proprio rimarcandone la sua mancata analisi in sede di giudizio di merito a seguito del gravame proposto dal creditore, sul concetto di incertezza della domanda di ammissione e relativo perimetro di analisi, cui il Giudice è tenuto, divenendo nel contempo elemento di riferimento, per il creditore, in sede di redazione di una domanda di ammissione al passivo. Il processo logico seguito dalla Corte, in uno con i propri precedenti richiamati nella Pronuncia, lasciano trasparire come gli elementi di sinteticità, brevità, chiarezza espositiva e completezza documentale debbano, con riferimento alla domanda di ammisisone, caratterizzare le modalità di espressione del petitum e rispettiva causa petendi con esposizione in fatto ed in diritto facilmente rilevabile ed intellegibile in termini da non dare adito, si pensi a formule inutilmente complesse o lezione, secondo un criterio di inequivocabilità cui, anche senza esprimerlo, parrebbe la Suprema Corte fare riferimento.

[1] "*in questi termini cfr., in particolare, la già citata pronuncia di Cass., n. 17710/2014*".

[2] Potendosi profilarsi al riguardo, a giudizio della Corte, l'ipotesi di trovarsi di fronte a una motivazione non già reale, al più (solo) apparente.

[3] Richiamando sua precedente giurisprudenza (Cass., 2 ottobre 2015, n. 19714 e Cass., 22 marzo 2013, n. 7287). Nella prima pronuncia, in particolare, viene precisato "'l'identificazione dell'oggetto della domanda dev'essere effettuata con riguardo all'insieme delle indicazioni emergenti dall'atto introduttivo del giudizio e dei documenti ad esso allegati, la cui valutazione, da effettuarsi caso per caso, può condurre alla dichiarazione di nullità dell'atto soltanto nel caso in cui il petitum risulti del tutto omesso o assolutamente incerto. ... non potrà prescindersi, nel valutare il grado di incertezza della domanda, dalla natura del relativo oggetto e dalla relazione in cui, con esso, si trovi eventualmente la controparte (se tale, cioè, da consentire comunque un'agevole individuazione di quanto l'attore richiede e (iene ragioni per cui lo fa, o se, viceversa, tale da rendere effettivamente difficile, in difetto di maggiori specificazioni, l'approntamento *di una precisa linea di difesa)*" (citando, a sua volta, suoi precedenti pronunciamenti: Cass., Sez. III, 21 novembre 2008, n. 27670; Cass., Sez. I, 12 novembre 2003, n. 17023).

Diritto Bancario

La CTU contabile nel contenzioso bancario

di **Fabio Fiorucci**

Nel contenzioso bancario un ruolo essenziale è svolto dalla consulenza tecnica d'ufficio. Come risaputo, anche nell'ambito di un giudizio avente ad oggetto un contratto bancario, le prove (ad es. il contratto di finanziamento, gli estratti conto, i Decreti trimestrali ministeriali di rilevazione del tasso soglia usura) devono essere articolate e fornite dalle parti: la consulenza tecnica d'ufficio è solo uno strumento di migliore valutazione del materiale probatorio già acquisito al processo.

Al riguardo, la recente Cass. n. 27776/2019 ha operato una snella ricapitolazione dei principi di diritto che disciplinano le consulenze tecniche d'ufficio, sintetizzabile come segue:

– la consulenza tecnica d'ufficio ha la funzione di offrire al giudice l'ausilio delle specifiche conoscenze tecnico scientifiche che si rendono necessarie al fine del decidere; tale mezzo istruttorio – presupponendo che siano stati forniti dalle parti interessate concreti elementi a sostegno delle rispettive richieste – non può essere utilizzato per compiere indagini esplorative dirette all'accertamento di circostanze di fatto, la cui dimostrazione rientri, invece, nell'onere probatorio delle parti (Cass. n. 212/2006);

– il consulente tecnico di ufficio ha il potere di acquisire ogni elemento necessario per espletare convenientemente il compito affidatogli, anche se risultante da documenti non prodotti in giudizio, sempre che non si tratti di fatti che, in quanto posti direttamente a fondamento delle domande e delle eccezioni, debbono essere provati dalle parti (Cass. n. 12921/2015);

– il divieto per il consulente tecnico di ufficio di compiere indagini esplorative può essere superato soltanto quando l'accertamento di determinate situazioni di fatto possa effettuarsi soltanto con l'ausilio di speciali cognizioni tecniche, essendo, in questo caso, consentito al consulente di acquisire anche ogni elemento necessario a rispondere ai quesiti, sebbene risultante da documenti non prodotti dalle parti, sempre che si tratti di fatti accessori e rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza. Al contrario, il divieto è pienamente operante quando l'onere della prova sia a carico di una parte e non si rientri nella sopraindicata fattispecie eccezionale e derogatoria (Cass. 15774/2018);

– in tema di consulenza tecnica d'ufficio, anche quando questa sia percipiente, ossia disposta per l'acquisizione di dati la cui valutazione sia poi rimessa all'ausiliario, quest'ultimo non può avvalersi, per la formazione del suo parere, di documenti non prodotti dalle parti nei tempi e modi permessi dalla scansione processuale, pena l'inutilizzabilità, per il giudice, delle

conclusioni del consulente fondate sugli stessi (Cass. n. 18770/2016).

Diritto del Lavoro

Onere della prova nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo

di **Evangelista Basile**

Cassazione Civile, Sezione Lavoro, 1° ottobre 2019, n. 24491

Licenziamento – giustificato motivo oggettivo – utile ricollocazione del dipendente – anche con mansioni inferiori – onere della prova gravante sul datore

Massima

Grava sul datore di lavoro, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo per la soppressione del posto di lavoro cui era addetto il lavoratore, l'onere di provare in giudizio che al momento del licenziamento non sussisteva alcuna posizione di lavoro analoga a quella soppressa per l'espletamento di mansioni equivalenti, ma anche, in attuazione del principio di correttezza e buona fede, di aver prospettato al dipendente, senza ottenerne il consenso, la possibilità di un reimpiego in mansioni inferiori rientranti nel suo bagaglio professionale; ciò in quanto la soppressione del posto di lavoro cui era addetto il lavoratore, qualora questi svolgeva ordinariamente in modo promiscuo mansioni inferiori, oltre quelle soppresse, sussiste a carico del datore di lavoro l'obbligo di repêchage anche in ordine alle mansioni inferiori.

Commento

Nel caso in esame una lavoratrice dipendente, assunta quale impiegata amministrativa di quarto livello, veniva licenziata per giustificato motivo oggettivo consistente nella necessità di ridurre il personale a causa di una diminuzione di attività dell'impresa. La lavoratrice impugnava il licenziamento ma rimaneva soccombente in primo grado. La Corte d'appello, adita dalla lavoratrice, riformava la decisione di primo grado, dichiarando l'illegittimità del licenziamento e, in applicazione della c.d. tutela obbligatoria di cui alla L. n. 604 del 1966, art. 8, condannava la società datrice di lavoro a riassumere la ricorrente o, in difetto, a risarcirle il danno in misura pari a 2,5 mensilità della retribuzione globale di fatto. Nel raggiungere tale conclusione la Corte di merito osservava, tra l'altro, che la ragione addotta a giustificazione del recesso era circostanza smentita dagli avvisi, quasi coevi, con cui l'impresa ricercava un impiegato esperto in materia contabile da assumere, nonché dai dati di bilancio relativi ai due anni precedenti, che avevano evidenziato l'esistenza costante di utili e, nell'anno prima del licenziamento, un rilevante incremento delle disponibilità liquide. Rilevava inoltre il giudice d'appello che la società non aveva fornito alcuna prova circa l'impossibilità di un utile reimpiego della ricorrente. La società ricorreva in Cassazione invocando, tra

l'altro, l'applicazione dell'orientamento interpretativo secondo cui grava sul lavoratore l'onere di allegare l'esistenza di altri posti di lavoro nei quali poter essere utilmente collocato, conseguendo solo a tale allegazione l'onere della parte datoriale di provare la non utilizzabilità nei posti predetti. Tale presunto onere, assume la società, non era stato minimamente assolto dalla ricorrente. La Suprema, nel ribadire che l'orientamento interpretativo invocato è ormai superato dalla più recente giurisprudenza di legittimità, ha confermato che incombono sul datore di lavoro gli oneri di allegazione e di prova dell'esistenza del giustificato motivo oggettivo, che include anche l'impossibilità del c.d. repêchage, ossia dell'inesistenza di altri posti di lavoro in cui utilmente ricollocare il lavoratore.

Processo civile telematico

Le notificazioni telematiche ultimi aggiornamenti giurisprudenziali

di **Giuseppe Vitrani**

La materia delle notificazioni telematiche è stata interessata da pronunce contrastanti della Corte di Cassazione, soprattutto negli ultimi mesi

La vicenda che appare maggiormente significativa (e si spera chiarificatrice) concerne la sentenza n. 24160 del 2019 con la quale è stato affermato che "*per una valida notifica tramite PEC si deve estrarre l'indirizzo del destinatario solo dal pubblico registro ReGIndE e non dal pubblico registro INI-PEC*".

Nel caso scrutinato dalla Suprema Corte ci si è trovati di fronte ad una notificazione di un ricorso per regolamento di competenza effettuata ad un indirizzo PEC intestato al Tribunale di Firenze ipotizzando (in maniera indubbiamente errata) che il magistrato contro il quale si agiva potesse essere domiciliato presso tale indirizzo. In tale contesto si è giunti ad esprimere *favor* pressoché assoluto per il ReGindE come pubblico elenco utilizzabile per la notificazione telematica, giungendo addirittura a dichiarare la non utilizzabilità del registro INI-PEC.

La suddetta soluzione giuridica fornita dalla Suprema Corte è però apparsa da subito errata in quanto si è giunti ad affermare un principio di diritto, la prevalenza del suddetto pubblico registro sull'altrettanto pubblico registro INI-PEC, che non trova alcun fondamento nella normativa vigente e che è infondato anche a livello tecnico in quanto le basi di dati utilizzate per popolare entrambi sono le stesse, ovvero gli indirizzi di posta elettronica certificata comunicati dagli Ordini professionali.

Inoltre l'assunto si poneva e si pone in radicale contrato con la previsione dell'art. 16-ter d.l. 179 del 2012, che identifica entrambi i registri in questione come validi ai fini della notificazione a mezzo PEC

CONTINUA A LEGGERE

Diritto Bancario

Mancata produzione dei decreti ministeriali di rilevazione del tasso soglia usura: inammissibile la CTU

di **Fabio Fiorucci**

Il CTU « *non può avvalersi, per la formazione del suo parere, di documenti non prodotti dalle parti nei tempi e modi permessi dalla scansione processuale, pena l'inutilizzabilità, per il giudice, delle conclusioni del consulente fondate sugli stessi* » (nei termini Cass. n. 18770/2016 e Cass. n. 27776/2019; con espresso riferimento alle conseguenze della mancata produzione dei decreti trimestrali di rilevazione del tasso soglia usura, *ex multis* Cass., Sez. Un., n. 9441/2009; Cass. n. 2543/2019).

La mancata produzione dei decreti trimestrali di rilevazione del tasso soglia usura determina la sostanziale indecidibilità della causa in riferimento alla asserita usurarietà dei tassi di interesse; diversamente opinando, l'elaborato contabile assume una inammissibile natura esplorativa.

Di questo tenore sono le conclusioni della giurisprudenza di merito (Trib. Palermo 4.11.2019, allegata), che ha condivisibilmente accolto l'istanza di revoca dell'ordinanza con cui era stata ammessa la CTU, attesa la mancata produzione degli indispensabili decreti ministeriali recanti la rilevazione del tasso soglia.

Secondo il giudice palermitano, « *considerato che la parte che deduce la violazione dell'usura bancaria e dunque l'applicazione di tassi superiori a quelli previsti dalla Legge 108/1996, ha l'onere di dimostrare l'avvenuto superamento dello specifico tasso soglia; ritenuto che i decreti ministeriali recanti la rilevazione del TEGM applicabile nei trimestri di riferimenti non costituiscono fonte del diritto e non possono essere acquisiti dal giudice autonomamente, e che "la natura di atti meramente amministrativi dei decreti ministeriali (...) rende ad essi inapplicabile il principio "iura novit curia" di cui all'art. 113 cod. proc. civ., da coordinarsi, sul piano ermeneutico, con il disposto dell'art. 1 delle preleggi (che non comprende, appunto, i detti decreti tra le fonti del diritto)" (Cass. Civ., SS.UU., 29/4/2009 n. 9941); considerato che nel caso di specie non risultano versati in atto i suddetti decreti ministeriali e che, in adesione al summenzionato orientamento, non possa esserne disposta acquisizione; considerato, da ultimo, che la consulenza tecnica d'ufficio non è un mezzo istruttorio in senso proprio e che quindi la stessa non può essere disposta al fine di supplire alla deficienza delle allegazioni ovvero per compiere una indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati* », deve essere accolta l'istanza di revoca dell'ordinanza che ha disposto la CTU.

Anche il Trib. L'Aquila 31.10.2019 (inedita) ha ritenuto, in fattispecie similare (richiesta

chiarimenti al consulente tecnico d'ufficio), « *non necessario disporre integrazioni della CTU relativamente ai profili dell'usura, in quanto in ogni caso il correntista non ha prodotto i relativi d.m. di rilevazione del tasso soglia antiusura (Cass. n. 2543/2019)* ».

(*Segnalazione dell'avv. Francesco Namio, Foro di Palermo*)