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

Edizione di martedì 8 settembre 2020

Comunione – Condominio - Locazione

Emergenza Covid-19: l'art. 91 decreto Cura-Italia non sarebbe applicabile ai pagamenti dei canoni di affitto di azienda
di **Valerio Sangiovanni**

Procedimenti di cognizione e ADR

La notifica di atti al collega di altro studio incaricato di riceverli
di **Valentina Baroncini**

Esecuzione forzata

I plurimi ribassi del prezzo base d'asta non bastano per la sospensione della vendita e l'estinzione anticipata del processo esecutivo
di **Paolo Cagliari**

Obbligazioni e contratti

Il patto fiduciario non è un preliminare ma configura un mandato senza rappresentanza
di **Paolo Cagliari**

Comunione – Condominio - Locazione

Abbattimento di una falda del tetto per la realizzazione di una terrazza ad uso esclusivo: innovazione vietata
di **Saverio Luppino**

Diritto successorio e donazioni

La conferma e l'esecuzione ex art. 590 c.c. non hanno effetto in ipotesi di scheda testamentaria falsa

di **Corrado De Rosa**

Diritto e reati societari

Il diritto di convocazione dell'assemblea del socio di società a responsabilità limitata detentore di almeno un terzo del capitale sociale e il concetto di inerzia dell'organo amministrativo

di **Virginie Lopes**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

La desistenza non accompagnata dall'estinzione del debito ha natura processuale e va presentata prima della deliberazione della sentenza di fallimento

di **Andrea Cassini**

Diritto Bancario

Fideiussione omnibus e importo massimo garantito

di **Fabio Fiorucci**

Nuove tecnologie e Studio digitale

Internal audit e sostenibilità

di **Giulia Maria Picchi - Senior partner Marketude**

Comunione – Condominio - Locazione

Emergenza Covid-19: l'art. 91 decreto Cura-Italia non sarebbe applicabile ai pagamenti dei canoni di affitto di azienda

di **Valerio Sangiovanni**

Tribunale di Pordenone, 8 luglio 2020

Parole chiave

Affitto d'azienda – Mancato pagamento del canone – Misure di contenimento del Governo – Sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo

Massima

La normativa emergenziale adottata in conseguenza della pandemia di Covid-19 non prevede che l'affittuario di un azienda possa sospendere o rifiutare il pagamento del canone nell'ipotesi in cui l'attività esercitata sia risultata interdetta dai provvedimenti emergenziali e in particolare l'art. 91 decreto Cura-Italia fa riferimento a profili diversi da quelli concernenti i pagamenti degli affitti di azienda.

Disposizioni applicate

Art. 2562 c.c. (affitto dell'azienda), art. 91 d.l. n. 18 del 17 marzo 2020 (disposizioni in materia di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento)

CASO

Fra le parti viene stipulato un contratto di affitto di azienda. L'affittuario, anche a causa della pandemia di Covid-19 **non paga due mesi di canone** e l'affittante avvia un'azione contro l'affittuario per il recupero del credito, ottenendo un titolo esecutivo. L'affittuario ritiene di avere diritto a una rimessione/riduzione del canone in conseguenza della pandemia e presenta opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 comma 1 c.p.c. In particolare l'istante chiede la sospensione dell'efficacia del titolo.

SOLUZIONE

Il Tribunale di Pordenone **rigetta l'istanza di sospensione del titolo**. Secondo il Tribunale di Pordenone l'art. 91 decreto Cura-Italia, che pure disciplina ed esclude la responsabilità del debitore nel contesto della pandemia di Covid-19, non sarebbe applicabile ai pagamenti

dovuti in base a contratti di affitto di azienda.

QUESTIONI

L'art. 91 del d.l. n. 18 del 2020 recita: "il rispetto delle misura di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato **ai fini dell'esclusione** ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, **della responsabilità del debitore**, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi pagamenti" (fra i primi contributi che si occupano di questa disposizione cfr. G. De Cristofaro, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus Covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2020, 571 ss.).

Alla luce dell'art. 91 decreto Cura-Italia, la responsabilità del debitore va valutata tenendo conto di due circostanze:

- la pandemia di Covid-19, fatto che può essere qualificato come "**forza maggiore**": per effetto della pandemia gli adempimenti contrattuali sono diventati più difficili e in alcuni casi addirittura impossibili;
- i provvedimenti del Governo che hanno limitato le libertà di circolazione e chiuso gli esercizi commerciali. A questi atti ci si può riferire come a un "**fatto del principe**" (*factum principis*), ossia a provvedimenti che – vietando certe condotte – ostacolano o addirittura impediscono l'adempimento dei contratti.

L'art. 91 d.l. n. 18 del 2020 identifica le circostanze che possono essere invocate dal debitore per andare esente da responsabilità: si tratta delle misure di contenimento "di cui al presente decreto". Il decreto richiamato è il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 (legge di conversione 5 marzo 2020, n. 13) recante: "misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19". **L'art. 1 d.l. n. 6 del 2020 identifica le misure restrittive che possono essere adottate dalle autorità competenti**. Fra di esse rientrano il divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata (lett. a), le chiusure di attività commerciali (lett. j) e la sospensione delle attività lavorative per le imprese (lett. n). Si tratta, all'evidenza, di misure che riducono le capacità lavorative e produttive e possono determinare degli inadempimenti rispetto ai termini e alle condizioni fissate nei contratti commerciali.

L'art. 91 del d.l. n. 18 del 2020 configura una disposizione eccezionale. Di norma, difatti, **la responsabilità del debitore è disciplinata dall'art. 1218 c.c.**: "il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile". Il debitore deve dunque, in condizioni ordinarie, eseguire esattamente la prestazione, altrimenti deve risarcire il danno. L'unica via di fuga rispetto alla responsabilità è la dimostrazione, che deve fornire il medesimo debitore, che l'inadempimento o il ritardo sono stati determinati da eventi sui quali non ha il controllo e che non gli sono in alcun modo imputabili. L'art. 91 del decreto Cura-Italia capovolge la prospettiva. Esso prevede difatti una circostanza che esclude la responsabilità del debitore: questa circostanza è "il

rispetto delle misure di contenimento". Se il debitore rispetta le misure di contenimento, egli non può essere ritenuto responsabile.

Il testo legislativo prevede anzitutto che il rispetto delle misure di contenimento "è sempre valutato" ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore. L'espressione è rivolta al giudice, il quale non può omettere di considerare se e in che misura le misure di contenimento abbiano influito sulle possibilità del debitore di adempiere. **L'espressione "valutazione" significa che il giudice ha discrezionalità nel suo giudizio**. Difatti, all'esito di ogni considerazione del caso concreto, il giudice può giungere a tre conclusioni differenti:

- sussiste una responsabilità totale del debitore;
- non sussiste alcuna responsabilità del debitore;
- sussiste una responsabilità parziale del debitore.

L'art. 91 del decreto Cura-Italia prevede che le misure di contenimento debbano essere valutate ai fini della "esclusione" della responsabilità del debitore. Sotto questo profilo, forse la disposizione non è stata ben formulata e, oltre al caso della esclusione, si sarebbe potuto prevedere espressamente il caso della "limitazione" della responsabilità del debitore.

Tanto premesso in via generale sull'art. 91 decreto Cura-Italia, il provvedimento del Tribunale di Pordenone afferma che **nessuna norma emergenziale disciplina i pagamenti nell'ambito degli affitti di azienda**. L'affermazione è corretta, ma bisogna considerare che l'art. 91 decreto Cura-Italia ha valenza generale: esso si applica a tutti i rapporti contrattuali, e dunque anche all'affitto di azienda.

Il Tribunale di Pordenone afferma poi che nessuna norma emergenziale consente di sospendere o rifiutare il pagamento del canone. Questa osservazione è condivisibile, poiché – nell'ambito dei contratti di affitto – si deve distinguere fra la prestazione dell'affittante e quella dell'affittuario:

- l'affittante mette a disposizione il godimento del bene produttivo;
- l'affittuario si deve limitare a pagare l'affitto.

La prestazione tipica è la prima, certamente non la seconda. Pagare una certa somma di danaro è la prestazione corrispettiva di moltissimi contratti. E tuttavia si tratta di un'obbligazione fungibile: il danaro è sempre – astrattamente – recuperabile dal debitore. Ne consegue che **la mancanza di danaro di per sé non giustifica il mancato (o anche solo parziale) pagamento** del canone.

Il Tribunale di Pordenone sottolinea che l'affittuario ha sempre mantenuto la detenzione dei beni oggetto del contratto e ha ripreso l'attività al termine del periodo nel quale è stata interdetta. Anche per queste ragioni non avrebbe diritto a una riduzione del canone. Al riguardo bisogna osservare che – se è vero che l'affittuario ha conservato la detenzione dei beni (l'immobile) – tuttavia l'attività da esercitarsi in esso è stata interdetta dai provvedimenti

governativi. L'affitto è un tipo di contratto che si caratterizza non solo per il godimento di un "bene" (si tratterebbe, altrimenti, di una locazione pura), bensì **di un bene "produttivo"**. La differenza è tracciata dall'art. 1615 c.c., a mente del quale "quando la locazione ha per oggetto il godimento di una cosa produttiva, mobile o immobile, l'affittuario deve curarne la gestione in conformità della destinazione economica della cosa". La produttività del bene è esclusa se l'esercizio commerciale deve essere tenuto chiuso in forza di provvedimenti normativi.

Esprimendo il concetto in altro modo, i provvedimenti del Governo hanno reso impossibile la prestazione dell'affittante (concedere il godimento della cosa produttiva) e ciò non può non riverberarsi sulla prestazione dell'affittuario. Di questi aspetti il Tribunale di Pordenone non si occupa. Se ne è invece occupato il **Tribunale di Roma (29 maggio 2020**, in *www.ilcaso.it*). Secondo il Tribunale di Roma, i provvedimenti del Governo hanno reso impossibile la prestazione dell'affittante. Tale impossibilità è temporanea (per il solo periodo di chiusura dell'esercizio commerciale) e parziale (perché l'esercizio commerciale, seppure chiuso alla vendita diretta, ha conservato un'utilità come deposito e magazzino). L'impossibilità della prestazione dell'affittante legittima una riduzione del canone per il periodo corrispondente. Il Tribunale, valutate tutte le circostanze del caso, riduce il canone del 70% rispetto a quanto previsto contrattualmente, per il periodo di effettiva chiusura.

Nel testo del provvedimento, il Tribunale di Pordenone invita le parti "a concordare una riduzione del canone relativo ai due mesi cui si riferisce il precetto in conformità al canone di buona fede nell'esecuzione del contratto". La pandemia di Covid-19 ha evidenziato i limiti del nostro ordinamento giuridico che **non disciplina espressamente l'obbligo di rinegoziare i contratti** nel caso in cui vi siano sopravvenienze che rendono l'esecuzione dello stesso oltremodo gravosa. Il Tribunale di Pordenone "invita" le parti a rinegoziare, ma non può imporre alle parti di rinegoziare. Il giudice pare evocare l'art. 1375 c.c., secondo cui "il contratto deve essere eseguito secondo buona fede". Tuttavia questa disposizione si riferisce solo alla "esecuzione" del contratto e non alla sua "modifica". Se ad esempio il canone ammonta a € 10.000, un'esecuzione secondo buona fede del medesimo non implica che il canone si possa ridurre – si supponga – a € 7.000. Si tratterebbe difatti di una vera e propria modifica del contratto, non di una sua mera interpretazione e integrazione secondo il canone di buona fede.

La saga del contenzioso in tema di contratti di affitto e locazione è appena iniziata e la giurisprudenza si svilupperà nei prossimi mesi. Occorreranno tuttavia tempi più lunghi per avere le prime decisioni di legittimità.

Procedimenti di cognizione e ADR

La notifica di atti al collega di altro studio incaricato di riceverli

di **Valentina Baroncini**

Cass., sez. VI, 30 giugno 2020, n. 12985, Pres. Frasca – Est. Porreca

[1] Notificazione – Al collega di studio limitrofo dello stesso stabile – Luogo in cui la notifica deve essere eseguita (artt. 139, 140 c.p.c.; 7 L. n. 890/1982).

È ragionevole ritenere che, pur nella situazione di esistenza di due studi in interni diversi dello stesso stabile, il collega dell'interno limitrofo possa essere officiato di ricevere atti, se questo suo manifestarsi come addetto è localizzato nel luogo in cui la notifica deve essere eseguita.

CASO

[1] All'esito di un giudizio amministrativo, il Consiglio di Stato riformava la decisione assunta dal TAR dichiarando il difetto di giurisdizione di tale giudice, trattandosi di controversia di diritto comune. Adite mediante ricorso per cassazione, le Sezioni Unite rigettavano lo stesso in punto di giurisdizione. La causa veniva così riassunta innanzi al Tribunale, il quale rigettava la domanda. La sentenza veniva poi appellata, ma l'impugnazione proposta era dichiarata inammissibile per tardività: secondo parte appellante, tale tardività sarebbe stata da imputarsi a un vizio inficiante la notificazione della sentenza impugnata. In particolare, in sede di ricorso per cassazione veniva prospettata la violazione e falsa applicazione dell'art. 140 c.p.c. e dell'art. 7 della l. 20 novembre 1982, n. 890, in quanto la Corte d'appello avrebbe errato dando rilievo all'avviso di ricevimento postale attestante la ricezione dell'atto da persona qualificatasi collega, che tale era ma appartenente a un differente studio professionale, adiacente a quello dell'avvocato della parte, sì che doveva escludersi la qualità di soggetto addetto al servizio del domiciliatario e come tale addetto alla ricezione degli atti.

SOLUZIONE

[1] La Suprema Corte si pronuncia nel senso dell'infondatezza del motivo di cassazione proposto, rilevando come, nel caso in cui esistano due studi legali in interni diversi dello stesso stabile, il collega dell'interno limitrofo ben possa essere officiato di ricevere atti, purché

manifesti tale sua qualifica e il luogo di ricezione dell'atto coincida con quello in cui la notifica doveva essere effettuata.

QUESTIONI

[1] La Corte di Cassazione affronta, nel caso di specie, un'unica questione inerente all'idoneità del collega dell'interno limitrofo allo studio in cui la notificazione deve essere effettuata a ricevere validamente – e con pienezza degli effetti conseguenti *ex lege* a tale attività – l'atto notificato.

A tal riguardo, è opportuno muovere dalle censure avanzate dal ricorrente il quale, in definitiva, ha denunciato la violazione delle norme poste dalla normativa codicistica e dalle leggi speciali in materia di irreperibilità delle persone destinatarie della notificazione.

Sul punto, l'art. 140 c.p.c. prevede che laddove non sia possibile eseguire la consegna per irreperibilità o per incapacità o rifiuto delle persone indicate al precedente art. 139, l'ufficiale giudiziario sia tenuto a depositare la copia nella casa del comune dove la notificazione deve eseguirsi, affiggere avviso del deposito in busta chiusa e sigillata alla porta dell'abitazione o dell'ufficio o dell'azienda del destinatario, e darne notizia per raccomandata con avviso di ricevimento. L'art. 7 della menzionata l. n. 890/1982, specificamente disciplinante le notificazioni eseguite a mezzo posta, prevede, tra l'altro, che se la consegna non può essere fatta personalmente al destinatario, il piego è consegnato, nel luogo indicato sulla busta che contiene l'atto da notificare, a persona di famiglia che conviva anche temporaneamente con lui ovvero addetta alla casa ovvero al servizio del destinatario, purché il consegnatario non sia persona manifestamente affetta da malattia mentale o abbia età inferiore a quattordici anni; in mancanza di tali persone, il piego può essere consegnato al portiere dello stabile ovvero a persona che, vincolata da rapporto di lavoro continuativo, è comunque tenuta alla distribuzione della posta al destinatario.

Sul punto, la Corte di cassazione ha già dimostrato di adottare interpretazioni estensive del novero dei soggetti che possono validamente ricevere l'atto. Il caso menzionato dal provvedimento in commento è quello deciso da Cass., 13 luglio 2018, n. 18716, ove si è affermato che ai sensi dell'art. 139, secondo comma, c.p.c., la validità della notificazione non postula necessariamente un rapporto di convivenza con il destinatario dell'atto (intesa, *stricto sensu*, come appartenenza allo stesso nucleo familiare), poiché l'espressione usata dalla norma comprende non soltanto ogni persona in rapporto di stabile convivenza con il destinatario ma anche i soggetti a lui legati da vincoli di parentela comportanti diritti e doveri reciproci e, con

questi, la presunzione che l'atto sarà da essi subito consegnato al destinatario; ne consegue che, nel caso in cui la persona di famiglia, reperita dall'ufficiale giudiziario nella casa d'abitazione del destinatario, accetti di ricevere l'atto senza riserve, la validità della notificazione può essere esclusa soltanto se il destinatario, il quale neghi di avere ricevuto l'atto, dia la dimostrazione che la presenza in casa del familiare era del tutto occasionale e momentanea, non essendo invece sufficiente ad inficiare la validità della notificazione dell'atto da lui ricevuto la prova di una diversa residenza anagrafica.

Mutatis mutandis, appare coerente con tale lettura estensiva anche affiancare al soggetto al servizio del destinatario addetto alla ricezione delle notificazioni, cui fa menzione il richiamato art. 7, il collega dell'avvocato destinatario della notificazione (dicitura, nel caso di specie, appositamente riportata di pugno nell'avviso di ricevimento da parte dell'agente postale), anche in considerazione della sua qualificazione professionale, di per sé idonea ad assicurarne la consapevolezza degli effetti delle dichiarazioni rese all'agente postale in sede di notifica degli atti giudiziari.

Altra considerazione dirimente, ovviamente, riguarda poi il luogo dell'avvenuta ricezione dell'atto da parte del collega, che deve necessariamente coincidere con quello in cui la notifica doveva essere effettuata. Nel caso di specie, la notificazione è stata effettuata nel medesimo stabile in cui si trova lo studio del destinatario, ancorché a un interno differente (quello del collega che ha materialmente ricevuto l'atto). Tale circostanza, unitamente all'omessa specificazione dell'interno presso cui la notificazione doveva essere effettuata, è ritenuta idonea ad assicurare la validità della notificazione.

Seminario di specializzazione
PROCESSO CIVILE E MEDIAZIONE OBBLIGATORIA DOPO LA LEGISLAZIONE EMERGENZIALE
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

Esecuzione forzata

I plurimi ribassi del prezzo base d'asta non bastano per la sospensione della vendita e l'estinzione anticipata del processo esecutivo

di **Paolo Cagliari**

Cass. civ., sez. III, 10 giugno 2020, n. 11116 – Pres. Vivaldi – Rel. De Stefano

Espropriazione immobiliare – Ribassi del prezzo base d'asta – Prezzo ingiusto – Non sussiste – Sospensione della vendita – Inammissibilità

[1] *Poiché, impregiudicati i casi di chiusura anticipata del processo esecutivo, è legittima la reiterazione della fissazione della vendita anche con successivi ribassi del prezzo base e senza ricorso all'amministrazione giudiziaria, non integra un prezzo ingiusto di aggiudicazione, tanto meno idoneo a fondare la sospensione prevista dall'art. 586 cod. proc. civ., quello che sia anche sensibilmente inferiore al valore posto originariamente a base della vendita, ove questa abbia avuto luogo in corretta applicazione delle norme di rito, né si deducano gli specifici elementi perturbatori della correttezza della relativa procedura già elaborati dalla giurisprudenza (fatti nuovi successivi all'aggiudicazione; interferenze illecite di natura criminale che abbiano influenzato il procedimento, ivi compresa la stima stessa; determinazione del prezzo fissato nella stima quale frutto di dolo scoperto dopo l'aggiudicazione; fatti o elementi conosciuti da una sola delle parti prima dell'aggiudicazione, non conosciuti né conoscibili dalle altre parti prima di essa, purché costoro li facciano propri), elementi perturbatori tra cui non si possono annoverare l'andamento o le crisi, sia pure di particolare gravità, del mercato immobiliare.*

Espropriazione immobiliare – Valutazione prognostica della fruttuosità della vendita – Soddisfazione non irrisoria dei creditori – Estinzione anticipata del processo esecutivo – Inammissibilità

[2] *In tema di espropriazione immobiliare, la peculiare ipotesi di chiusura anticipata della procedura ai sensi dell'art. 164-bis disp. att. c.p.c. ricorre e va disposta ove, invano applicati o tentati ovvero motivatamente esclusi tutti gli istituti processuali tesi alla massima possibile fruttuosità della vendita del bene pignorato, risulti, in base a un giudizio prognostico basato su dati obiettivi anche come raccolti nell'andamento pregresso del processo, che il bene sia in concreto invendibile o che la somma ricavabile nei successivi sviluppi della procedura possa dare luogo a un soddisfacimento soltanto irrisorio dei crediti azionati e a maggior ragione se possa consentire soltanto la copertura dei successivi costi di esecuzione.*

CASO

Nei confronti di due debitori veniva promossa l'espropriazione forzata di un villino sito in Roma; nella procedura esecutiva così radicata spiegavano intervento altri creditori degli esecutati.

A fronte di un prezzo a base di gara originario di € 780.000, l'immobile, dopo numerosi tentativi di vendita, veniva aggiudicato al prezzo di € 270.000.

Uno degli esecutati depositava, quindi, istanza di estinzione della procedura esecutiva, fondata sulla notevole sproporzione tra prezzo di stima e prezzo offerto e sulla conseguente impossibilità di un ragionevole soddisfacimento delle ragioni di almeno alcuni dei creditori; al rigetto dell'istanza facevano seguito l'aggiudicazione dell'immobile e l'emissione del decreto di trasferimento, avverso i quali venivano proposti separati ricorsi *ex* art. 617 c.p.c., nei quali era invocata l'applicazione della disposizione di cui all'art. 164-*bis* disp. att. c.p.c.

Riunite le opposizioni, le stesse erano respinte, sicché la sentenza del Tribunale di Roma veniva impugnata con ricorso per cassazione: le doglianze si incentravano, in particolare, sulla presunta svendita dell'immobile a un prezzo che, per effetto dei numerosi ribassi, era risultato di gran lunga inferiore a quello giusto e – in ogni caso – tale da non consentire neppure un ragionevole soddisfacimento delle ragioni dei creditori (a fronte di crediti complessivamente ammontanti, all'incirca, a € 550.000).

SOLUZIONE

[1] [2] La Corte di cassazione ha respinto il ricorso, reputando infondati tutti i motivi di censura articolati dal ricorrente.

I giudici di legittimità, infatti, non hanno condiviso l'assunto secondo cui, a fronte di un prezzo di aggiudicazione dell'immobile sensibilmente inferiore a quello di stima, la vendita doveva essere sospesa e la procedura esecutiva chiusa anticipatamente per effetto di quanto previsto dall'art. 164-*bis* disp. att. c.p.c.

QUESTIONI

[1] [2] Il giusto prezzo di vendita dell'immobile pignorato (dovendosi reputare tale quello che si forma all'esito della procedura esecutiva regolarmente svoltasi, indipendentemente dalle valutazioni e dalle aspettative del debitore esecutato) non è l'elemento decisivo ai fini della sospensione ovvero dell'estinzione anticipata del processo esecutivo; questa, in estrema sintesi, è la soluzione fornita dai giudici di legittimità, dopo avere inquadrato sistematicamente, da un lato, il potere di sospensione della vendita previsto dall'art. 586 c.p.c. e, dall'altro lato, la disposizione recata dall'art. 164-*bis* disp. att. c.p.c.

Come punto di partenza, è stato ribadito che l'indefettibilità della tutela giurisdizionale in sede esecutiva è principio cardine del nostro ordinamento, posto che l'esecuzione forzata costituisce ineludibile complemento della tutela di ogni diritto, assicurando l'effettività del

sistema giuridico: in questo senso, assume rilievo, in via esclusiva, l'interesse del creditore alla soddisfazione del proprio diritto, mentre il debitore ha diritto soltanto alla regolarità del processo esecutivo e alla partecipazione allo stesso, senza che possano venire in considerazione altri interessi del medesimo debitore che possono eventualmente confliggere con quelli – da reputarsi comunque preminenti – del creditore.

In altre parole, come affermato nella sentenza che si annota, esula dai fini del processo esecutivo l'obiettivo di limitare i danni che chi vi è assoggettato può subire, "*perché il carattere imperativo dell'esigenza di ripristinare il diritto violato dall'inadempimento del debitore esige sempre e comunque, a pena di ineffettività dell'intero ordinamento, che l'esecuzione abbia luogo; questa è oggettivamente un pregiudizio per chi vi è assoggettato, ma dipeso dall'inerzia di questi e comunque necessario per la funzionalità del sistema e quindi* secundum ius*: e, se l'applicazione pratica delle singole norme può consentire di tenere – entro certi limiti, con cautela ed in via eccezionale – conto di peculiari situazioni che facciano capo al debitore, non compete al giudice dell'esecuzione farsene carico*".

Nell'ottica di rendere massimamente efficiente il processo esecutivo, il legislatore ha introdotto numerose misure volte ad assicurare al giudice gli strumenti necessari per conseguire l'utile trasformazione in denaro dei beni assoggettati all'espropriazione forzata e, così, garantire al creditore il soddisfacimento delle pretese fondate sul titolo esecutivo; nel contempo, la finalità sottesa a tali previsioni rappresenta il criterio teleologico al quale deve conformarsi l'esercizio dei poteri attribuiti al giudice nella conduzione del processo esecutivo.

Alla luce di tali premesse, è stata ravvisata l'insussistenza, nel caso specifico, sia dei presupposti per disporre la sospensione della vendita, sia delle condizioni per addivenire alla chiusura anticipata del processo esecutivo.

Per quanto concerne il primo profilo, in assenza delle situazioni tassativamente individuate dalla giurisprudenza al fine di legittimare il ricorso alla potestà attribuita al giudice dell'esecuzione dall'art. 586 c.p.c. (fatti nuovi successivi all'aggiudicazione; interferenze illecite di natura criminale che abbiano influenzato il procedimento; prezzo fissato nella stima posta a base della vendita frutto di dolo scoperto dopo l'aggiudicazione; fatti prospettati dall'unica parte che li conosceva anteriormente all'aggiudicazione e che le altre parti facciano propri), il prezzo giusto si identifica solo ed esclusivamente con quello che risulta all'esito di un corretto svolgimento delle operazioni di vendita, ovvero dal corretto funzionamento dei meccanismi processuali istituzionalmente deputati a determinarlo, indipendentemente dal fatto che venga soggettivamente reputato tale da alcuno dei partecipanti al processo. In altre parole, l'individuazione del giusto prezzo è rimessa allo svolgimento (ovviamente corretto) della gara sollecitata tra gli offerenti, mentre l'interazione con il mercato dei beni oggetto della vendita giudiziaria (ossia la tendenziale equiparazione di quest'ultima a quella volontaria) rappresenta la garanzia di ottenimento del migliore risultato possibile. In tale contesto, nulla osta alla reiterazione – sia pure non all'infinito – dei tentativi di vendita (caratterizzati da progressivi ribassi del prezzo a base d'asta e indipendentemente dal preventivo ricorso all'amministrazione giudiziaria), mentre il sensibile abbassamento del

valore posto a base della vendita e del prezzo di aggiudicazione non ne determina, per ciò solo, l'ingiustizia e non legittima, quindi, l'adozione di un provvedimento di sospensione ai sensi dell'art. 586 c.p.c.

Per quanto riguarda, invece, il secondo profilo, la chiusura anticipata della procedura esecutiva costituisce strumento di tutela dell'interesse non già del debitore a non vedere svenduto il proprio immobile, ma dell'amministrazione della giustizia a evitare l'inutile dispendio di risorse processuali ed è, dunque, attivabile laddove i costi processuali risultino più elevati del concreto valore di realizzo dei beni pignorati, non potendosi ridurre il fine del processo esecutivo alla generazione di altri costi, che hanno il solo effetto di aumentare il carico della posizione debitoria preesistente.

Mentre nell'espropriazione mobiliare opera il meccanismo di cui all'art. 532 c.p.c. (che contempla la chiusura anticipata automatica del processo esecutivo, in difetto di peculiari iniziative o condotte del creditore legalmente tipizzate), nell'espropriazione immobiliare il giudice deve fattivamente sperimentare tutte le potenzialità offerte dalla disciplina positiva per conseguire il risultato fisiologico della procedura, prima di adottare il provvedimento di estinzione previsto dall'art. 164-*bis* disp. att. c.p.c., mentre la valutazione di infruttuosità potrà avere luogo quando, in relazione all'entità del prezzo base dell'ultimo tentativo di vendita, l'eventuale aggiudicazione possa reputarsi implausibile (per essersi l'immobile rivelato, in concreto, invendibile) e tale da coprire esclusivamente gli ulteriori costi futuri della procedura o da generare una somma netta da destinare alla soddisfazione dei crediti del tutto irrisoria.

Dal punto di vista procedurale, la valutazione di infruttuosità non deve avere luogo prima di ogni nuova fissazione dei tentativi di vendita (soprattutto ove il numero ne sia stato prestabilito con l'ordinanza di vendita o altro provvedimento), ma deve risultare da ordinanza (suscettibile di essere impugnata con lo strumento dell'opposizione agli atti esecutivi) sorretta da un'espressa motivazione in caso di esplicita istanza di alcuno dei soggetti del processo, oppure quando si verifichino o si considerino fatti nuovi, soprattutto in relazione alle previsioni dell'ordinanza di vendita *ex* art. 569 c.p.c.

Obbligazioni e contratti

Il patto fiduciario non è un preliminare ma configura un mandato senza rappresentanza

di **Paolo Cagliari**

Cass. civ., sez. un., 6 marzo 2020, n. 6459 – Pres. Spirito – Rel. Giusti

Parole chiave: Compravendita di immobile – Patto fiduciario di ritrasferimento – Mandato senza rappresentanza – Forma scritta *ad substantiam* – Insussistenza

[1] Massima: *Per il patto fiduciario con oggetto immobiliare che s'innesta su un acquisto effettuato dal fiduciario per conto del fiduciante, non è richiesta la forma scritta ad substantiam; ne consegue che tale accordo, una volta provato in giudizio, è idoneo a giustificare l'accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di ritrasferimento gravante sul fiduciario.*

Disposizioni applicate: cod. civ., artt. 1351, 1706, 2932

Parole chiave: Compravendita di immobile – Patto fiduciario – Dichiarazione unilaterale di ritrasferimento – Promessa di pagamento – Prova dell'esistenza del patto fiduciario – Insussistenza

[2] Massima: *La dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario, ricognitiva dell'intestazione fiduciaria dell'immobile e promissiva del suo ritrasferimento al fiduciante, non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma, rappresentando una promessa di pagamento, ha soltanto effetto confermativo del preesistente rapporto nascente dal patto fiduciario, realizzando, ai sensi dell'art. 1988 c.c., un'astrazione processuale della causa, con conseguente esonero a favore del fiduciante, destinatario della "contra se pronuntiatio", dall'onere della prova del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria.*

Disposizioni applicate: cod. civ., artt. 1988, 2932

CASO

Nel 1984 veniva stipulata una compravendita avente per oggetto un compendio immobiliare; il prezzo veniva pagato dagli acquirenti con denaro fornito loro da una terza persona.

Questi, sostenendo che all'operazione era sotteso un accordo – a riprova del quale venivano prodotte due scritture private datate 28 marzo 2002 – che prevedeva che gli immobili acquistati gli sarebbero stati ritrasferiti dietro sua semplice richiesta, agiva in giudizio

lamentando che l'impegno non era stato onorato e chiedendo che venisse emessa sentenza di trasferimento in suo favore degli immobili ai sensi dell'art. 2932 c.c.

Nel corso del giudizio interveniva un accordo transattivo con una delle parti acquirenti (in esecuzione del quale gli immobili alla stessa intestati venivano trasferiti senza corrispettivo all'attore), mentre, quanto ai restanti immobili, l'adito Tribunale di Napoli, accogliendo la domanda, ne disponeva il trasferimento in favore dell'attore, ravvisando la dedotta interposizione reale, inequivocabilmente risultante dalle scritture private prodotte, ovvero la ricorrenza di un'operazione economica complessa configurante un negozio fiduciario.

La sentenza di primo grado veniva confermata in appello, sicché la parte acquirente che aveva visto respinto il proprio gravame proponeva ricorso per cassazione, sostenendo che il patto fiduciario non poteva considerarsi valido in quanto, avendo per oggetto beni immobili, non era stato concluso per iscritto, mentre le scritture private del 2002, alle quali era stato attribuito il valore di dichiarazioni negoziali unilaterali idonee a fondare la pronuncia della sentenza *ex* art. 2932 c.c., erano anch'esse nulle per mancanza di causa, perché riferite a un patto fiduciario inesistente, in quanto privo della forma richiesta.

SOLUZIONE

[1] Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, alle quali il ricorso era stato assegnato per dirimere il contrasto giurisprudenziale concernente la forma che deve assumere il patto fiduciario che abbia per oggetto beni immobili, hanno escluso la necessità della forma scritta *ad substantiam*.

[2] Con la medesima pronuncia, è stato affermato che la scrittura privata dichiarativa dell'obbligo di ritrasferimento non costituisce fonte dell'obbligazione fiduciaria avente titolo nell'accordo verbale, ma promessa di pagamento comportante, ai sensi dell'art. 1988 c.c., l'esonero del fiduciante dalla dimostrazione della conclusione del *pactum fiduciae*, che si presume esistente fino a prova contraria.

QUESTIONI

[1] Il negozio fiduciario si sostanzia nell'accordo tra due soggetti, mediante il quale il fiduciante trasferisce o costituisce in capo al fiduciario, fornendogli i mezzi per l'acquisto in nome proprio, una situazione giuridica soggettiva (reale o personale) per il conseguimento di uno scopo pratico ulteriore, per la cui realizzazione il fiduciario assume l'obbligo di utilizzare, nei tempi e nei modi convenuti, la situazione soggettiva – in funzione strumentale – e di porre in essere un proprio comportamento coerente e congruo, volto al successivo ritrasferimento del diritto intestatogli provvisoriamente al fiduciante o a un terzo da lui designato (così Cass. civ., sez. II, 27 agosto 2012, n. 14654).

Il quesito posto alle Sezioni Unite concerneva la forma che deve assumere l'impegno del fiduciario che si sia obbligato a ritrasferire la proprietà dell'immobile da lui acquistato con

provvista del fiduciante.

Secondo l'orientamento prevalente, il negozio fiduciario che involga diritti immobiliari dev'essere concluso per iscritto a pena di nullità, in quanto assimilabile a un contratto preliminare (con la conseguente applicabilità della regola dettata dall'art. 1351 c.c.); secondo un indirizzo più recente, invece, a fronte di un patto concluso oralmente, la dichiarazione scritta con cui il fiduciario si impegna, in maniera attuale e precisa e in attuazione esplicita di tale patto, a trasferire al fiduciante (ovvero a un terzo da questi indicato) la proprietà di uno o più beni immobili in esecuzione del precedente accordo fiduciario, costituirebbe autonoma fonte di obbligazione, suscettibile di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c.

Mentre l'orientamento più rigoroso sosteneva che il requisito della forma scritta *ad substantiam* non può essere sostituito da una dichiarazione confessoria dell'altra parte, non valendo tale dichiarazione né quale elemento integrante il contratto, né – quand'anche contenga il preciso riferimento a un contratto concluso per iscritto – come prova del medesimo, l'indirizzo minoritario rilevava che la dichiarazione unilaterale con cui un soggetto, riconoscendo il carattere fiduciario dell'intestazione della proprietà dell'immobile, ne prometta il trasferimento al fiduciante sulla scorta di un preesistente *pactum fiduciae* concluso oralmente, ha una propria dignità, che la rende idonea a costituire autonoma fonte di obbligazione, in quanto contenga la chiara enunciazione dell'impegno e del contenuto della prestazione.

D'altra parte, nella prassi, si riscontrano numerosi esempi di accordi fiduciari verbali inerenti all'intestazione di immobili che coinvolgono coniugi, conviventi, familiari, come tali restii a formalizzare per iscritto tali patti per motivi di opportunità, di lealtà e di fiducia reciproca.

Nell'accordare preferenza all'orientamento più recente, sia pure sulla base di una diversa ricostruzione della struttura della complessiva operazione negoziale (sotto il profilo della valenza giuridica della dichiarazione unilaterale del fiduciario), i giudici di legittimità hanno ritenuto doveroso rimeditare l'equiparazione tra *pactum fiduciae* e contratto preliminare, fondata sulla somiglianza strutturale ed effettuale ravvisabile tra i due negozi.

In effetti, l'affinità è più che altro apparente, poiché nel preliminare l'effetto obbligatorio (l'impegno a stipulare il contratto definitivo) è strumentale all'effetto reale (il trasferimento del diritto) e lo precede, mentre nel contratto fiduciario l'effetto reale viene prima (perché il fiduciario acquista immediatamente la proprietà del bene che dovrà, in un secondo momento, ritrasferire al fiduciante) e su di esso si innesta l'effetto obbligatorio, la cui funzione non è propiziare un effetto reale già prodotto, ma conformarlo all'interesse delle parti, evitando il consolidamento abusivo di una situazione patrimoniale vantaggiosa per il fiduciario a danno del fiduciante. Inoltre, mentre nel caso del preliminare il contratto definitivo è qualificato da una causa sua propria, in presenza di un *pactum fiduciae* il negozio traslativo in favore del fiduciante trova il proprio fondamento causale nell'accordo fiduciario e nell'obbligazione di dare che da esso origina.

A fronte di un acquisto compiuto dal fiduciario per conto del fiduciante, nell'impegno del primo a gestire la posizione giuridica di cui risulta investito con modalità predeterminate per poi ritrasferirla al secondo, le Sezioni Unite ravvisano, in realtà, una fattispecie assimilabile al mandato senza rappresentanza, strumento tipico dell'agire per conto (ma non nel nome) altrui.

Come nel *pactum fiduciae*, anche nel mandato senza rappresentanza si verifica un'interposizione reale di persona, sicché le norme applicabili debbono ritenersi le stesse.

Con specifico riguardo al problema della forma, dunque, poiché il mandato senza rappresentanza avente per oggetto l'acquisto di beni immobili va considerato contratto tipico a struttura debole (i cui elementi costitutivi sono rappresentati dall'accordo, dalla causa e dall'oggetto, escluso alcun requisito di forma a pena di invalidità), anche l'accordo fiduciario deve reputarsi tale.

Ciò deriva dal fatto che:

- tra il mandante e il mandatario senza rappresentanza trova applicazione il solo rapporto interno, laddove la forma scritta è prescritta per atti produttivi di effetti reali (e, dunque, per quelli che concernono, da un lato, l'acquisto che il mandatario effettua dal terzo e, dall'altro lato, il successivo ritrasferimento in capo al mandante del diritto reale sul bene immobile);
- le esigenze di responsabilizzazione del consenso e di certezza dell'atto, sottese all'imposizione della forma scritta quale requisito di validità del contratto traslativo del diritto reale sul bene immobile, non si pongono con riferimento al mandato ad acquistare senza rappresentanza, da cui sorgono effetti meramente obbligatori;
- l'art. 1351 c.c., in quanto norma eccezionale, non è applicabile analogicamente a fattispecie che, come il mandato senza rappresentanza, non configurano un negozio preliminare.

L'accordo verbale in virtù del quale il fiduciario si impegna a ritrasferire al fiduciante il diritto immobiliare acquistato è, dunque, pienamente vincolante e suscettibile di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c., ponendosi, al limite, un problema di prova della sua esistenza.

[2] Le Sezioni Unite hanno evidenziato, inoltre, che la dichiarazione scritta posteriore con cui il fiduciario, riconosciuta l'intestazione fiduciaria, si impegna al ritrasferimento in favore del fiduciante, non rappresenta lo strumento per dare valenza giuridica al patto concluso verbalmente, in quanto quest'ultimo costituisce già di per sé titolo per domandare l'esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c., invocabile in tutte le fattispecie nelle quali sussista un obbligo di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto, sia in relazione a un altro negozio, sia in relazione a un atto o fatto dai quali detto obbligo possa discendere *ex lege*.

A ben vedere, dunque, la soluzione prospettata dalle Sezioni Unite quanto al problema della

forma del *pactum fiduciae*, pur approdando al medesimo risultato finale patrocinato dall'indirizzo minoritario, si discosta nettamente da questo per il modo in cui vi perviene, sicché si può affermare che, con la pronuncia che si annota, è stata eletta una terza via.

Secondo i giudici di legittimità, la dichiarazione scritta del fiduciario ricognitiva dell'obbligo di ritrasferimento integra un atto unilaterale riconducibile alla promessa di pagamento di cui all'art. 1988 c.c., che dispensa colui a favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale, che si presume esistente fino a prova contraria.

In altre parole, la dichiarazione non comporta la nascita dell'obbligo di ritrasferimento del fiduciario (che ha titolo nel precedente accordo all'uopo concluso dalle parti, se del caso anche verbalmente), ma influisce solo sull'onere della prova, esonerando il fiduciante dalla dimostrazione dell'esistenza del *pactum fiduciae*.

Quale ulteriore conseguenza del fatto che la dichiarazione unilaterale non integra la fonte dell'obbligo di ritrasferimento, né una confessione, qualora il fiduciario dimostri che il *pactum fiduciae*, in realtà, non è mai venuto in essere, oppure che è invalido, che si è estinto ovvero che esiste una condizione o un altro elemento che incide sulla sua validità o efficacia, l'obbligazione non potrà essere azionata dal fiduciante.

Comunione – Condominio - Locazione

Abbattimento di una falda del tetto per la realizzazione di una terrazza ad uso esclusivo: innovazione vietata

di **Saverio Luppino**

Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Ordinanza del 15 giugno 2020 n. 11490 (Presidente Dott. S. Gorjan, relatore Dott. A. Scarpa)

Condominio – Innovazioni e modifiche – Demolizione di falda del tetto – Uso delle cose comuni- Sopraelevazione – Criteri di calcolo indennità per sopraelevazione –

(Cod. civ. artt. 1102, 1120, 1127)

"Ai sensi dell'articolo 1127 del c.c., costituisce «sopraelevazione», soltanto l'intervento edificatorio che comporti l'occupazione della colonna d'aria soprastante il fabbricato condominiale. Ove, invece, il proprietario dell'ultimo piano abbatta parte della falda del tetto e della muratura per la costruzione di una terrazza, con destinazione a uso esclusivo, siffatta modifica integra una utilizzazione non consentita delle cose comuni e, dunque, una ***innovazione vietata, giacché le trasformazioni strutturali realizzate determinano l'appropriazione definitiva di cose comuni alla proprietà individuale, con conseguente lesione dei diritti degli altri condomini****."*

CASO

La vertenza in atti prende avvio in esito alla realizzazione di opere su parti comuni dell'edificio, in particolare il tetto e il terrazzino condominiali, da parte di due condomini, Tizio e Caio, proprietari dell'immobile dell'ultimo piano. Trattasi nei fatti della realizzazione di tre nuove unità immobiliari servite dall'ascensore condominiale, prolungato all'uopo fino al piano, e dell'abbattimento di parte della falda del tetto per la creazione di due ampie terrazze, in cui venivano inseriti due nuovi volumi, costituiti da due serre comprendenti locali termici e servizi igienici.

Il progetto delle opere controverse, preventivamente approvato dall'assemblea condominiale, veniva totalmente disatteso in fase esecutiva dei lavori; ragion per cui, Sempronio, anch'egli condomino, citava in giudizio Tizio e Caio affinché venissero condannati alla rimozione delle opere realizzate, ovvero al pagamento dell'indennità di sopraelevazione ex. art. 1227 c.c.

In esito al pronunciamento della sentenza di primo grado ed in riforma della sentenza del giudice di prime cure, che non aveva qualificato l'opera come innovazione, la Corte d'Appello di Milano, attestata la superfluità della mancata impugnazione da parte di Sempronio delle

delibere approvative dei lavori in atti, considerato il totale stravolgimento del progetto dei lavori in fase esecutiva; condannava Tizio e Caio al pagamento dell'indennità di sopraelevazione ex art. 1227 c.c, giacché pur non risultando, a seguito dell'intervento edilizio, un incremento della superficie di piano né un aumento dell'altezza dell'edificio, risultava "*probabilmente aumentato il volume fisico*" dell'intero stabile condominiale, ma non accoglieva la domanda di Sempronio di "riduzione in pristino".

Avverso quest'ultima pronuncia, entrambe le parti soccombenti nei rispettivi singoli aspetti della domanda proponevano ricorso principale ed incidentale.

SOLUZIONE

La Suprema Corte di Cassazione, mediante l'ordinanza in commento, cassava la sentenza impugnata per le ragioni che seguono e rinviava per la decisione nel merito alla Corte d'Appello di Milano, in diversa composizione.

QUESTIONI

Il caso che si esamina attiene alle materie **delle innovazioni, delle modificazioni e delle sopraelevazioni in ambito condominiale.**

Per ciò che strettamente attiene alla pronuncia impugnata, il Supremo Collegio ravvisava che la Corte meneghina non aveva operato la distinzione, indispensabile per la corretta ricostruzione della fattispecie e la correlata applicazione delle norme di diritto, tra le opere eseguite sulle parti comuni, ovverossia quelle inerenti al tetto e al terrazzino condominiali, e le opere realizzate dai due condomini convenuti, al fine di trasformare locali preesistenti di loro esclusiva proprietà aumentandone le superfici e le volumetrie.

Esclusivamente mediante detta preventiva e doverosa distinzione, infatti, a ben vedere degli ermellini, ne derivava l'applicabilità alle opere intervenute sulle parti comuni dell'art. 1120 c.c., per effetto del quale **l'innovazione è consentita se e quando sostenuta dal consenso dell'organo assembleare**; ovvero dell'art. 1102 c.c. il quale esclude la liceità della modifica delle cose condominiali se eseguite d'iniziativa dai singoli condomini.

Trattasi di fattispecie contrapposte giacché le **innovazioni** di cui all'art. 1120 c.c., si distinguono dalle **modificazioni** di cui all'art. 1102 c.c., sia dal punto di vista oggettivo che da quello soggettivo. Per ciò che attiene all'aspetto oggettivo, le innovazioni si concretizzano in opere di trasformazioni ed incidono sull'essenza della cosa comune alterandone la funzione e destinazione; le modificazioni, invece, sono facoltà riconosciute al condomino per conseguire una migliore e comoda utilità nel rispetto dei circoscritti limiti dell'art. 1102 c.c. Mentre per il profilo soggettivo, nelle innovazioni rileva l'interesse collettivo dell'organo assembleare espresso con maggioranza qualificata, per le modificazioni rileva l'interesse del singolo condominio, al cui perseguimento sono rivolte[1].

A riguardo della **sopraelevazione ex art. 1127 c.c.**, nella pronuncia in commento, gli ermellini avvalorando il maggioritario orientamento giurisprudenziale, chiarivano che questa si costituisce **allorquando l'intervento edificatorio comporti l'occupazione della colonna d'aria soprastante il fabbricato condominiale**. Dunque, ai fini dell'articolo 1127 c.c., è necessario che la realizzazione di nuove costruzioni nell'area sovrastante il fabbricato, comporti il superamento dell'originaria altezza dell'edificio, mediante la copertura dei nuovi piani o con la superficie superiore terminale delimitante le nuove fabbriche[2]. Oltre ciò, il Supremo Collegio richiama un precedente giurisprudenziale in cui la stessa Corte, a Sezioni Unite, ricomprese nella nozione di sopraelevazione, di cui al richiamato art. 1127 c.c., anche il caso della "*trasformazione dei locali preesistenti mediante l'incremento delle superfici e delle volumetrie, seppur indipendentemente dall'aumento dell'altezza del fabbricato*". Viceversa**, non vi è sopraelevazione in ipotesi di modificazioni meramente interne al sottotetto** allorquando contenute negli originari limiti strutturali ovvero nelle parti sottostanti il coperto condominiale[3].

Relativamente all'intervento edilizio effettuato dai convenuti, Tizio e Caio, secondo il Supremo Collegio, questo non configurava una sopraelevazione, bensì, **avendo i due condomini abbattuto parte della falda del tetto e della muratura per la costruzione di una terrazza, con destinazione ad uso esclusivo, questi in fatto ponevano in essere un'utilizzazione non consentita delle cose comuni e, dunque, un'innovazione vietata.** Ciò in quanto, **le trasformazioni strutturali realizzate determinavano l'appropriazione definitiva di cose comuni alla proprietà individuale, con conseguente lesione dei diritti dei restanti condomini[4].**

Per questi motivi, il Supremo Collegio cassava la sentenza impugnata e rinviava alla Corte d'Appello di Milano, in diversa composizione, invitando la stessa a preliminarmente accertare, in primo luogo, quali opere fossero state eseguite sulle parti comuni dell'edificio, in secondo luogo, distinguere le opere oggetto di deliberazione assembleare da quelle eventualmente dovute ad attività modificative di beni condominiali compiute d'iniziativa dei due condomini; ed ancora, in terzo luogo, distinguere quali opere fossero state realizzate mediante occupazione della colonna d'aria soprastante per la conseguente condanna all'indennizzo di cui all'art. 1127 c.c.

In conclusione, il Supremo Collegio forniva al giudice di rinvio i **criteri di determinazione per l'indennità da sopraelevazione** per il cui calcolo è necessario assumere quale elemento base il valore del suolo sul quale insiste l'edificio o la parte di esso che viene sopraelevata, con riferimento al tempo della sopraelevazione, dividendo, poi, il relativo importo per il numero dei piani, compreso quello di nuova costruzione, e detraendo, infine, dal quoziente così ottenuto, di volta in volta la quota che spetta al singolo condomino che ha eseguito la sopraelevazione[5].

[1] Cass. Civ. Sez. 2, 04/09/2017, n. 20712

[2] Cass. Sez. 2, 24/10/1998, n. 10568; Cass. Sez. 2, 10/06/1997, n. 5164; Cass. Sez. 2, 24/01/1983, n. 680; Cass. Sez. 2, 07/09/2009, n. 19281.

[3] Cass. Sez. 2, 24/10/1998, n. 10568; Cass. Sez. 2, 10/06/1997, n. 5164; Cass. Sez. 2, 24/01/1983, n. 680; Cass. Sez. 2, 07/09/2009, n. 19281; Cass. Sez. 6-2, 20/12/2018, n. 33037.

[4] Cass. Sez. 2, 07/09/2009, n. 19281.; Cass. Sez. 2, 07/02/2008, n. 2865.

[5] Cass. Sez. 2, 12/03/2019, n. 7028; Cass. Sez. 2, 07/04/2014, n. 8096.

Diritto successorio e donazioni

La conferma e l'esecuzione ex art. 590 c.c. non hanno effetto in ipotesi di scheda testamentaria falsa

di **Corrado De Rosa**

Cass. civ., Ord., sez. VI, 28 maggio 2020, n. 10065 – D'ASCOLA- Presidente, TEDESCO- Relatore

Conferma ed esecuzione volontaria di disposizioni testamentarie nulle- Testamento olografo- Nullità del testamento

(C.c., art. 590- 602- 606)

"*La scheda testamentaria falsa, anche se eseguita dagli eredi pretermessi perché ritenuta comunque conforme alla volontà del testatore, non comporta la sanatoria dell'atto in quanto trattasi di atto "inesistente" e non semplicemente nullo. In tal caso, dunque, non è configurabile la previsione di cui all'articolo 590 del C.c. secondo cui la nullità della disposizione testamentaria non può essere fatta valere da chi, conoscendo la causa della nullità, ha, dopo la morte del testatore, confermato la disposizione o dato a essa volontaria esecuzione. Nella fattispecie, la riconosciuta non autenticità della scheda mette fuori gioco il meccanismo di sanatoria contemplato dall'articolo 590 del codice civile, senza che abbia alcuna rilevanza né la consapevolezza dei dichiaranti che il testamento fosse falso, né l'indagine volta a stabilire se la scheda fosse conforme alla volontà espressa in vita dalla defunta*".

CASO

La Corte d'Appello di Milano ha confermato la sentenza del Tribunale di Monza, adito da B.A.M. al fine di dichiarare, nei confronti di B.B., B.A.R. e B.W., la non autenticità del testamento olografo della madre con il quale designava quale unico erede il coniuge B.B.. La sentenza di merito era fondata sul rilievo che l'attore, avendo prestato adesione e acquiescenza alle disposizioni testamentarie, aveva espressamente rinunciato ad ogni eccezione o riserva al riguardo. La Corte d'Appello, pur riconoscendo la non autenticità della scheda testamentaria, ha osservato come i figli della *de cuius*, in sede di pubblicazione del testamento, avessero confermato le disposizioni testamentarie, dando volontaria esecuzione delle stesse pur nella consapevolezza della falsità delle stesse. Dunque, il collegio giudicante ha ritenuto che dovesse operare la sanatoria prevista dall'articolo 590 c.c. in quanto "*la non autenticità della scheda testamentaria era nota a tutti gli interessati*" la cui adesione si spiegava "*in considerazione della comune consapevolezza che il contenuto fosse conforme alla volontà del de cuius*".

SOLUZIONE

Il ricorrente denuncia la violazione e la falsa applicazione dell'articolo 590 c.c. in quanto la sanatoria prevista dalla norma non dovrebbe operare in ipotesi di non autenticità del testamento. La Corte di Cassazione, sul punto, richiama l'orientamento secondo il quale "*l'art. 590 c.c., nel prevedere la possibilità di conferma od esecuzione di una disposizione testamentaria nulla da parte degli eredi, presuppone, per la sua operatività, l'oggettiva esistenza di una disposizione testamentaria, che sia comunque frutto della volontà del de cuius, sicchè detta norma non trova applicazione in ipotesi di accertata sottoscrizione apocrifa del testamento, la quale esclude in radice la riconducibilità di esso al testatore*" (Cass. n. 11195/2012; Cass. n. 13487/2005).

Seguendo tale tesi, la Corte d'Appello, una volta accertato che la scheda non era stata scritta dalla defunta, ma verosimilmente dalla figlia A.R., avrebbe dovuto dichiarare inoperante la sanatoria dell'articolo 590 c.c. senza che avesse rilevanza né la consapevolezza dei dichiaranti che il testamento fosse falso né l'indagine volta a stabilire se la scheda fosse conforme alla volontà della *de cuius*.

I controricorrenti sostengono che non potrebbe essere "*tacciata di giuridica inesistenza la dichiarazione resa dalla de cuius, la quale è certamente esistita nella realtà fattuale, come nel caso in esame, in cui il testatore ha disposto delle proprie sostanze per il tempo successivo alla morte*".

Tale posizione, secondo la Cassazione, sembra riferirsi all'ipotesi del testamento nuncupativo, rispetto al quale è controverso se sia possibile la conferma ex art. 590 c.c.. Tuttavia, l'argomento dei contro ricorrenti non sembra calzante al caso di specie in quanto l'oggetto di convalida non è un testamento orale ma "*una dichiarazione scritta non autenticata*". Inoltre, pur ritenendo ammissibile la convalida del testamento nuncupativo, la sanatoria potrebbe operare solo se esistesse una "*dichiarazione testamentaria definitiva*" e "*interamente formata*", benchè non compita per iscritto.

Per la Corte di Cassazione, dunque, la riconosciuta non autenticità della scheda testamentaria impedisce l'operatività del meccanismo della sanatoria di cui all'articolo 590 c.c.. Per questi motivi, il Collegio cassa la sentenza con rinvio ad altra sezione della Corte d'Appello di Milano.

QUESTIONI

L'art. 1423 stabilisce che "*Il contratto nullo non può essere convalidato, se la legge non dispone diversamente*". Tale principio trova due eccezioni: l'articolo 799 c.c., in materia di donazione, e l'ipotesi contemplata dall'articolo 590 c.c. ove si stabilisce che la nullità della disposizione testamentaria, da qualunque causa dipenda, non può essere fatta valere da chi, conoscendo la causa della nullità, ha, dopo la morte del testatore, confermato la disposizione o dato ad essa volontaria esecuzione. Sul punto la giurisprudenza di legittimità ritiene che "*l'art. 590, in deroga al principio generale sancito dall'art. 1423 dello stesso codice, ammette la possibilità della sanatoria del testamento invalido, sia mediante conferma espressa della disposizione, sia mediante volontaria esecuzione di essa, da parte di chi conosca la causa della nullità. Nel primo caso, la convalida ha luogo quando in un atto, per il quale non sono, tuttavia, richieste forme solenni, si*

faccia menzione della disposizione e dei vizi che l'affettano, e si dichiari di volerla convalidare; nel secondo caso, invece, la convalida opera indirettamente, per facta concludentia, e cioè attraverso un comportamento di attuazione della disposizione invalida, in modo da determinare volontariamente, rispetto ai beni ereditari, lo stesso mutamento della situazione giuridica che si sarebbe prodotto se il testamento non fosse stato nullo" (Cass. n. 535/1968).

Nonostante la formula utilizzata dal legislatore "*nullità della disposizione testamentaria, da qualunque causa dipenda*" sia ampia, secondo l'opinione prevalente occorre che vi sia una "minima" volontà testamentaria (De Simone, *La sanatoria del negozio*, Napoli, 1946, 175 ss.; Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto*, Napoli, 1985, p. 239). Di conseguenza, non è possibile confermare le disposizioni testamentarie se *ab origine* manca la volontà testamentaria: "*Di fronte ad una scheda contenente disposizioni di ultima volontà, non olografa e non sottoscritta, il giudice del merito deve accertare se essa contenga una dichiarazione di volontà soltanto espressa, ossia completa nella formazione del suo testo, o altresì emessa, ossia resa dal dichiarante ed utilizzabile nell'ambiente sociale in quanto distaccata dalla di lui sfera soggettiva: solo in quest'ultimo caso potrà ravvisarsi una disposizione testamentaria, nulla bensì ex art. 606, ma convalidabile ex art. 590, e non un semplice progetto di testamento, non convalidabile*" (Cass. n. 3254/1976).

Benché la norma non specifichi quali siano i soggetti che possono confermare il testamento nullo, si ritiene che legittimati non possano che essere gli interessati a fare valere la nullità delle disposizioni. Secondo autorevole dottrina (Capozzi, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, p. 926) saranno legittimati, innanzitutto, il chiamato *ex lege* o il chiamato, a titolo universale o particolare, di un testamento precedente, affetto da nullità, incompatibile con un testamento successivo. Inoltre, si ritiene legittimato anche l'erede, inteso come chiamato, sia testamentario che legittimo, benché con la conferma di una disposizione a titolo universale l'erede perderebbe tale qualità in quanto la delazione a suo favore risulta risolta a seguito della conferma (Pasetti, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova, 1953, p. 135).

In sintesi, al fine di salvaguardare il principio del "*favor testamenti*", la Corte di Cassazione ha ritenuto che la convalida delle disposizioni testamentarie nulle operi, da qualunque causa le nullità dipendano, "*cioè sia da ragioni di forma (es. mancanza della sottoscrizione, sia pure dovuta a mera distrazione o a circostanze fortuite o a ignoranza circa la sua essenzialità, testamento nuncupativo), che di sostanza (es. incapacità naturale o legale del testatore, vizi della volontà), tranne i casi in cui manchi in rerum natura una volontà dispositiva del de cuius (come avviene in caso di testamento falso) o una clausola testamentaria contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico o al buon costume, mentre è ammessa la convalida di disposizioni nulle perché illegali, in quanto contrarie a norme imperative proibitive*" (Cass. n. 719/1965).

Inoltre, la giurisprudenza costante ritiene che non possa mai sanarsi il testamento illecito o inesistente, né pare ammissibile la conferma quando esiste una volontà testamentaria contraria (Cass. n. 2958/1972).

Quid iuris, invece, in caso di testamento falso? Si potrebbe distinguere il caso in cui il testamento sia "*sostanzialmente falso*", perché scritto da un soggetto diverso dal testatore e contenente una volontà non imputabile o riferibile in alcun modo al testatore, dal caso del testamento "*falso in quanto eterografo*" e cioè scritto di pugno da terzi, ma contenente comunque disposizioni testamentarie provenienti dal defunto, e a lui in qualche modo imputabili.

In tal senso pare propendere una storica sentenza di Cassazione, che afferma che la conferma sarebbe inapplicabile in ipotesi di falsità del testamento, a meno che – malgrado la falsità della sottoscrizione – la scheda non contenga una manifestazione seria e definitiva di ultima volontà (Cass. n. 1889/1964).

La sentenza in commento, invece, pare respingere del tutto questa distinzione, negando che – sotto il profilo della conferma ex art. 590 c.c. – vi sia differenza tra falsità sostanziale e falsità per eterografia. Infatti i giudici argomentano che "*la riconosciuta non autenticità della scheda mette fuori gioco il meccanismo di sanatoria contemplato dall'articolo 590 del codice civile, senza che abbia alcuna rilevanza né la consapevolezza dei dichiaranti che il testamento fosse falso, né l'indagine volta a stabilire se la scheda fosse conforme alla volontà espressa in vita dalla defunta*"

Tuttavia, questo orientamento deve essere coordinato con le norme relative all'indegnità. L'articolo 463 c. sanziona infatti con l'indegnità il chiamato all'eredità che abbia formato o dato scientemente esecuzione ad un testamento falso.

Con riferimento alla sanzione dell'indegnità, ci si deve chiedere se sia corretto applicare il medesimo ragionamento svolto dalla Cassazione in commento (Ord., 28 maggio 2020, n. 10065). In altri termini, è corretto sanzionare con l'indegnità chi forma un testamento falso, ma corrispondente alla volontà espressa dal testatore?

Sul punto, in una recente pronuncia, la Corte di Cassazione ha adottato una soluzione intermedia: "*La formazione o l'uso sciente di un testamento falso è causa d'indegnità a succedere, se chi viene a trovarsi nella posizione d'indegno non provi di non aver inteso offendere la volontà del "de cuius", perché il contenuto della disposizione corrisponde a tale volontà e il "de cuius" aveva acconsentito alla compilazione della scheda da parte di lui nell'eventualità che non fosse riuscito a farla di persona ovvero che il "de cuius" aveva la ferma intenzione di provvedervi per evitare la successione "ab intestato" "* (Cass. n. 24752/2015).

Dovendo tentare un coordinamento tra i principi portati da dalla Cassazione in commento (impossibilità di convalida del testamento falso, a prescindere dalla sua conformità alla *volutas testantis*) e dalla pronuncia del 2015 (non è indegno chi ha forgiato un testamento falso ma rispondente alla volontà del de cuius) si potrebbe concludere che il testamento "sostanzialmente falso" non sia mai convalidabile, e sia sempre fonte di indegnità, mentre il testamento "falso per eterografia" non sia comunque convalidabile, ma non sia neppure fonte della sanzione dell'indegnità, poiché non vi è stata una vera lesione alla libertà testamentaria.

Diritto e reati societari

Il diritto di convocazione dell'assemblea del socio di società a responsabilità limitata detentore di almeno un terzo del capitale sociale e il concetto di inerzia dell'organo amministrativo

di **Virginie Lopes**

Tribunale di Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, Sentenza del 3 aprile 2020

Parole chiave: Società – Società a responsabilità limitata – Organi sociali – Assemblea dei soci – Convocazione – Inerzia dell'organo di gestione – Soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale – Potere di convocazione dell'assemblea – Sussistenza – Fondamento

Massima: "*In tema di società, posto che il primo e del quarto comma dell'art. 2479 c.c. abilitano qualsiasi socio che detenga almeno un terzo del capitale sociale a convocare deve ritenersi sussistente anche in difetto di inerzia dell'organo amministrativo nella convocazione di assemblea sul punto, senza perciò condizionare quel potere ad un'inerzia effettiva bensì ad un'inerzia in astratto ed in re ipsa che si verifica quando l'amministratore si trova in potenziale conflitto rispetto alla delibera.*"

Disposizioni applicate: art. 2479, comma 1 e 4, c.c., 2479 *bis* c.c.

Nel caso di specie, il socio, ex amministratore e membro del consiglio di amministrazione di una società a responsabilità limitata ha **impugnato dinanzi al Tribunale di Milano una delibera assembleare convocata da uno dei tre soci della suddetta società** avente ad oggetto la nomina di un consiglio di amministrazione, composto da tre amministratori, quella dei relativi componenti e del relativo presidente, nonché la determina della durata del C.d.A. fino a dimissione o revoca. Successivamente a tale impugnazione, il socio ha altresì provveduto ad impugnare "a cascata" altre tre delibere assunte successivamente alla prima.

Dopo aver provveduto alla riunione delle quattro cause, i giudici meneghini hanno affermato che, per effetto del combinato disposto del primo e del quarto comma dell'art. 2479 c.c., il **socio di società a responsabilità limitata, che sia detentore di almeno un terzo del capitale sociale, ha il potere di convocare l'assemblea** allo scopo di pronunciarsi su argomenti ritenuti rilevanti, precisando che tale diritto del socio sussiste **anche in difetto di inerzia dell'organo amministrativo**, confermando così un orientamento ormai consolidato del Tribunale di Milano[1].

La decisione del Tribunale di Milano ci porta ad una **riflessione in tema di inerzia dell'organo amministrativo nella convocazione dell'assemblea e di ammissibilità della convocazione**

"diretta" dell'assemblea da parte del socio di società a responsabilità limitata.

Innanzitutto, come noto, il primo comma dell'art. 2479 c.c. dispone che "*i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione*", mentre il quarto comma dell'art. 2479 c.c. prevede, in particolare, che quando lo richiede "*un* ***numero di soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale, le decisioni dei soci debbono essere adottate mediante deliberazione assembleare ai sensi dell'articolo 2479*** **bis**".

Ebbene, già in una decisione del 10 novembre 2016, il Tribunale di Milano aveva affermato che rientrava nel potere dei soci che rappresentano almeno un terzo del capitale di sottoporre gli argomenti di discussione all'assemblea, riconosciuto dal primo comma dell'art. 2479 c.c. in tema di società a responsabilità limitata, anche quello di convocazione diretta dell'assemblea su quei medesimi argomenti.

In questo caso, tuttavia, il Tribunale meneghino si spinge oltre precisando, come anticipato, che **tale legittimazione dei soci a convocare l'assemblea sussisterebbe anche in difetto di inerzia dell'organo amministrativo nella convocazione di assemblea**, diversamente da quanto sostenuto dall'attore in base alla nota sentenza della Corte di Cassazione n. 10821 del 2016[2].

Il Tribunale di Milano, infatti, senza discostarsi dal consolidato orientamento della sua Sezione Specializzata in materia di Impresa, chiarisce come, da una parte, quello dell'**inerzia** sia un requisito previsto nella fattispecie dell'art. 2367 c.c. in tema di società per azioni, che tuttavia **non ricorre nell'art. 2479, comma 1 c.c.** e, dall'altra, che, nella pronuncia della Cassazione su cui si basava la difesa attorea, la Suprema Corte ha considerato l'ipotesi di inerzia dell'organo di gestione in astratto ed *in re ipsa* qualora l'amministratore si trovi in potenziale conflitto rispetto alla delibera, concludendo che **la Corte di Cassazione ha quindi abilitato il socio detentore del *quorum* a convocare l'assemblea in un caso di inerzia astratta e soltanto potenziale dell'amministratore**, senza pertanto condizionare tale potere ad un'inerzia effettiva. Così dicendo, il Tribunale di Milano ha respinto le domande di annullamento delle delibere impugnate di parte attrice.

Il precedente giurisprudenziale milanese che abbiamo appena esaminato desta particolare interesse in quanto alquanto isolato nel panorama italiano[3], giacché **la giurisprudenza prevalente considera che il potere del socio non sia un potere libero, bensì che sia condizionato dal presupposto legittimante dell'effettiva inerzia degli amministratori**, che sussiste ad esempio in presenza di un preventivo sollecito (rimasto senza effetto) da parte del socio all'organo amministrativo affinché convochi l'assemblea.

[1] Vedasi, fra le tante, Trib. Milano, Sez. Spec. Impresa, ordinanza del 21 luglio 2017, Trib. Milano, Sez. Spec. Impresa, decreto del 10 novembre 2016, Trib. Milano, Sez. Spec. Impresa, 12 marzo 2007; Trib. Milano, Sez. Spec. Impresa, 14 gennaio 2005.

[2] Cass. civ., sez. I, sentenza n. 10821 del 25 maggio 2016.

[3] Vedasi, fra le tante, C.A. L'Aquila, sentenza del 13 febbraio 2020, Trib. Bolzano, Sez. Spec. Impresa, sentenza del 15 maggio 2019, Trib. Roma, Sez. Spec. Impresa, sentenza del 26 gennaio 2018, Trib. Roma, Sez. Spec. Impresa, sentenza del 22 settembre 2016.

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

La desistenza non accompagnata dall'estinzione del debito ha natura processuale e va presentata prima della deliberazione della sentenza di fallimento

di **Andrea Cassini**

Corte di Cassazione, Sez. VI, Ordinanza n. 13187/2020 del 30/06/2020 (Ud. 14/02/2020), Pres. Sambito, Rel. Falabella.

Parole chiave: fallimento – dichiarazione di fallimento – desistenza del creditore istante – effetti – estinzione dell'obbligazione – legittimazione attiva – rinuncia – natura processuale.

Massima: *Qualora l'unico creditore istante desista dalla domanda, occorre distinguere la desistenza dovuta al pagamento del credito da quella non accompagnata dall'estinzione dell'obbligazione. In questo secondo caso la desistenza costituisce atto di rinuncia all'istanza di fallimento e ha natura meramente processuale; essa, in ragione della sua peculiare natura, è un atto rivolto al giudice e da ostendere allo stesso, al pari della domanda iniziale, perché questo lo valorizzi nel contesto procedimentale in cui è formato, onde la rinuncia non può produrre effetto ove non sia presentata al giudice che deve tenerne conto ai fini della decisione. Sicché, l'atto di desistenza, quale rinuncia, non può essere rappresentato al giudice dopo la deliberazione della sentenza, atteso che il collegio ha già esaurito lo scrutinio di tutte le questioni sottopostegli e quindi siffatto atto non può più produrre effetti; a fortiori deve escludersi che l'atto di rinuncia possa intervenire quando il provvedimento, già redatto, sia in attesa di pubblicazione, avendo il collegio già provveduto all'invio telematico alla relativa cancelleria* (massima non ufficiale).

Disposizioni applicate: artt. 6 e 18 l. fall.; artt. 133, comma 1 e comma 2, e 306 c.p.c..

CASO

Alfa sas e il proprio socio illimitatamente responsabile hanno presentato reclamo avverso la sentenza che ha dichiarato il loro fallimento sul presupposto che il tribunale non avrebbe dovuto aprire la procedura concorsuale, poiché, prima della pronuncia dichiarativa, il creditore procedente aveva depositato **istanza di desistenza**, con **rinuncia espressa** agli atti del giudizio. Nello specifico, la desistenza era stata depositata prima della pubblicazione della sentenza, ma successivamente alla camera di consiglio nonché dopo l'invio del provvedimento alla cancelleria. Oltre a ciò, i reclamanti hanno contestato lo stato d'insolvenza della società.

La corte territoriale ha però rigettato l'impugnazione, confermando l'apertura della procedura concorsuale, atteso che la decisione del collegio era stata assunta in data anteriore rispetto al

deposito -telematico- della **desistenza** del creditore procedente. Per tale motivo, i giudici d'appello hanno ritenuto tale atto senza effetti. Con riferimento, poi, allo stato di decozione i giudici di secondo grado hanno parimenti ritenuto di non accogliere le censure della società e del socio in quanto generiche e prive di prova.

E' stato allora proposto ricorso per cassazione avverso tale decisione. Con il primo motivo, i reclamanti hanno censurato il provvedimento della corte d'appello perché a loro avviso la **desistenza** avrebbe dovuto ritenersi **tempestiva**, in quanto effettuata comunque prima della conclusione dell'iter procedimentale che porta all'apertura del fallimento. Secondo i ricorrenti, "*la sentenza era venuta materialmente ad esistenza nel momento della sua pubblicazione, allorquando il presidente estensore aveva trasmesso la stessa in formato elettronico; tale momento si desumeva dalla «coccarda» e dalla dicitura apposta sul margine desto di ciascuna delle pagine della copia cartacea del provvedimento*". Sicché, sulla base di siffatti elementi, l'**atto di desistenza** si sarebbe dovuto ritenere tempestivo.

Con il secondo motivo i ricorrenti hanno poi obiettato come il creditore istante non si fosse opposto alla revoca della sentenza dichiarativa di fallimento, pur essendo l'unico soggetto legittimato al reclamo alla luce dell'intervenuta desistenza.

SOLUZIONE

Il Supremo Collegio ha respinto interamente il ricorso per cassazione, soffermandosi preliminarmente sulla necessità di **differenziare l'atto di desistenza** dovuto al **pagamento del credito**, e quindi collegato all'estinzione dell'obbligazione, rispetto alla **mera rinuncia** priva di effetti estintivi del rapporto sottostante, con **carattere esclusivamente processuale**.

Da tale distinzione, la Corte ne ha fatto discendere un preciso corollario: la **desistenza** quale **atto di rinuncia** va rappresentata al giudice prima della deliberazione della sentenza indipendentemente dal fatto che il provvedimento dichiarativo di fallimento risulti già redatto ma in **attesa di pubblicazione**.

E infatti, proprio in ragione della sua natura meramente processuale, per i giudici siffatto atto deve necessariamente essere messo a conoscenza prima che il collegio abbia esaminato tutte le questioni rilevanti ai fini della decisione, con l'ulteriore evidenza che la **desistenza** risulta **improduttiva** di effetti qualora sia **depositata dopo la trasmissione del provvedimento alla cancelleria** ma prima della pubblicazione.

QUESTIONI

Ad una prima analisi la fattispecie trattata nella pronuncia in parola non pare di particolare rilevanza, ma dai principi nella stessa richiamati, così come dei precedenti citati (Cass. n. 16122/2019), si possono cogliere le ragioni del presente approfondimento.

Si tratta dell'ipotesi -non rara – in cui il creditore desiste dall'istanza di fallimento dallo stesso

presentata. Come già anticipato nell'esposizione della parte in fatto, i giudici specificano anzitutto l'esigenza di "*distinguere la desistenza dovuta al pagamento del credito da quella non accompagnata dell'estinzione dell'obbligazione*", perché tale differenziazione ha precisi risvolti pratici. Infatti, in caso di **desistenza non accompagnata dall'estinzione del debito**, la stessa deve essere qualificata come **atto di rinuncia** all'istanza di fallimento avente **natura** meramente **processuale** e, pertanto, va necessariamente messa a conoscenza del giudicante affinché possa produrre determinati effetti.

Diversamente, la **desistenza** dovuta al pagamento del creditore procedente, e quindi con **estinzione dell'obbligazione** accertata *ex* art. 2704 c.c. prima della dichiarazione di fallimento, può influire sulla **legittimazione** del creditore istante, determinando così la revoca della sentenza di fallimento, anche se prodotta solo in sede di reclamo.

Ed è proprio questo il punto rilevante che viene ripreso dall'ordinanza in commento e qui approfondito: "l'unico" atto idoneo a determinare la revoca della sentenza dichiarativa è la desistenza con connessa prova dell'estinzione del credito, giacché occorre che l'istanza di fallimento sia mantenuta ferma per tutta la durata del processo, anche nella fase di impugnazione, così come la **legittimazione** del procedente.

Diritto Bancario

Fideiussione omnibus e importo massimo garantito

di **Fabio Fiorucci**

La fideiussione si definisce "omnibus" quando garantisce tutte le obbligazioni già assunte o da assumersi in futuro da un debitore principale nei confronti della banca: con la fideiussione omnibus risultano, dunque, garantite tutte le obbligazioni, presenti e future, derivanti da operazioni bancarie di qualunque natura.

L'art. 1938 c.c. stabilisce opportunamente che la fideiussione per obbligazione futura (quale è la fideiussione omnibus) debba sempre contenere la previsione dell'importo massimo garantito. Nella prassi bancaria, tale importo è sempre rapportato al totale degli affidamenti per rischi di credito concessi ad un soggetto con un criterio che tenga anche conto, in aggiunta al cumulo nominale delle linee di credito, di tutte le componenti di aggravamento del rischio di credito quali, a titolo esemplificativo: sconfinamenti temporanei di qualsiasi natura, insolvenze relative a portafoglio smobilizzato, insolvenze di assegni accreditati al s.b.f. e resi disponibili prima dell'incasso, interessi convenzionali e di mora maturati o maturandi, rischi di cambio per le posizioni che presentano utilizzi in valuta.

La banca, a richiesta scritta del fideiussore, è tenuta a comunicargli l'entità dell'esposizione complessiva del debitore entro il limite dell'importo garantito (o ogni ulteriore informazione concernente i rapporti garantiti, previo ottenimento del consenso del debitore principale).

La Cassazione ha stabilito che nella controversia inerente alla validità ed efficacia di una fideiussione prestata in favore di un istituto di credito per tutte le obbligazioni derivanti da future operazioni con il debitore principale (fideiussione omnibus), la sopravvenienza della L. n. 154 del 1992 (il cui art. 10, modificando l'art. 1938 c.c., ha imposto la fissazione dell'importo massimo garantito) – se non tocca la validità e l'efficacia della fideiussione fino al momento dell'entrata in vigore del citato art. 10, con la conseguente responsabilità del fideiussore per le obbligazioni verso la banca a carico del debitore principale prima della predetta data – determina, per il periodo successivo, la nullità sopravvenuta della convenzione con essa in contrasto; pertanto, la mancata predeterminazione, con espressa dichiarazione di volontà, dell'importo massimo garantito esclude che il fideiussore possa essere chiamato a rispondere dei debiti sorti a carico del debitore principale dopo l'entrata in vigore della menzionata disposizione (Cass. n. 17669/2020; Cass. n. 1580/2017; Cass. n. 8944/2016; Cass. n. 2871/2007).

Più in dettaglio: « la fideiussione "omnibus" senza limitazione di importo, stipulata anteriormente alla data di entrata in vigore dell'art. 10 della L. n. 154 del 1992 – il quale, sostituendo il testo originario dell'art. 1938 c.c., ha subordinato la validità della fideiussione

per obbligazioni future all'indicazione dell'importo massimo garantito – conserva efficacia unicamente per i debiti verso la banca sorti a carico del debitore principale prima della predetta data, e non anche per quelli successivi, salvo le parti fissino l'importo massimo garantito con la rinnovazione della convenzione di garanzia, la quale, risolvendosi nel compimento di un negozio diverso dal precedente, con effetto "*ex nunc*", esula dall'ipotesi di inammissibilità della convalida del negozio nullo, ai sensi dell'art. 1423 c.c., norma diretta ad impedire la sanatoria di un negozio nullo con effetti "*ex tunc*", ma non a comprimere la libertà delle parti di reiterare, depurandola dal vizio invalidante, la manifestazione della loro autonomia negoziale al fine di regolare i loro interessi ».

Nuove tecnologie e Studio digitale

Internal audit e sostenibilità

di **Giulia Maria Picchi - Senior partner Marketude**

Sostenibilità.

Un termine che è diventato sempre più ricorrente in questi ultimi mesi e che contiene al suo interno molto più delle sfide economiche, ambientali e sociali che un'organizzazione deve affrontare nelle sue attività quotidiane.

Le riflessioni portate avanti da chi, con lungimiranza, ha cominciato già da tempo a ripensare attività, processi e comportamenti alla luce di un rinnovato senso etico che considera centrale l'impatto generato sulle vite di tutti coloro che fanno parte dell'organizzazione, dei suoi stakeholder e del pianeta, non sono più appannaggio solo di realtà di grandi dimensioni.

Imprese più piccole e in scia, quindi, anche studi professionali stanno cercando di orientarsi e comprendere come poter abbracciare il tema della sostenibilità rendendolo "compatibile" con le proprie caratteristiche identitarie -anche strutturali.

Le ricerche indicano che le organizzazioni che si orientano verso la sostenibilità e che la comunicano in modo adeguato e trasparente, lo fanno per rafforzare il valore del brand, migliorare la propria reputazione, dimostrare la loro capacità di competere, motivare le persone che lavorano per loro e supportare i processi di controllo.

Questa crescente consapevolezza, spinta da ragioni morali e -senza ipocrisie- anche considerata utile ad assicurare un vantaggio competitivo, deve però tradursi in azioni concrete che, a loro volta, hanno la necessità di essere illustrate in modo chiaro e trasparente -all'interno e all'esterno- per dimostrare ai propri stakeholder non solo di essere "responsabili" ma soprattutto di abbracciare appieno una visione di futuro sostenibile e di saperla condividere con chi usa i propri beni o servizi.

Infatti, alla luce della crescente sensibilità verso questi temi, stakeholder, investitori e società in genere sono sempre più interessati, quando si trovano ad orientare le proprie scelte, a raccogliere informazioni riguardanti l'impegno e, soprattutto, i risultati che un'organizzazione ha effettivamente conseguito nell'ambito della sostenibilità.

CONTINUA A LEGGERE

Master di specializzazione
DIRITTO DELL'E-COMMERCE
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >