



#### Edizione di martedì 24 novembre 2020

#### Responsabilità civile

I rischi dell'investimento in Real Estate: responsabilità civile residuale dell'acquirente incolpevole di sito inquinato

di Donatella Marino

#### Procedimenti di cognizione e ADR

Lodo arbitrale: la questione sul dies a quo da cui decorre il "termine lungo" per l'impugnazione di Francesco Tedioli

#### **Esecuzione forzata**

La competenza sull'opposizione all'esecuzione forzata promossa dal fallimento non è attratta al foro fallimentare

di Cecilia Vantaggiato

#### Responsabilità civile

Revirement della Cassazione in tema di responsabilità per danni cagionati dalla fauna selvatica e riconoscimento dell'applicabilità dell'art. 2052 c.c.

di Emanuela Ruffo

#### Comunione - Condominio - Locazione

Indebito trasferimento del diritto edificatorio dalla res in comunione a quella di proprietà esclusiva

di Ilaria Ottolina

#### Diritto e procedimento di famiglia

Moglie straniera perde la cittadinanza italiana perché il matrimonio era nullo





#### di Giuseppina Vassallo

#### Diritto e reati societari

L'approdo della giurisprudenza in merito al recesso ad nutum nelle società di capitali aventi un termine di durata eccessivamente lungo

di Eleonora Giacometti

#### Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

La "data valuta" degli estratti conto dei contratti di leasing non è da sola idonea a rendere il rapporto opponibile al fallimento

di Andrea Cassini

#### **Diritto Bancario**

Sulla inammissibilità del mero rinvio alla CTP nell'atto di citazione di Fabio Fiorucci

#### Nuove tecnologie e Studio digitale

Il contract management di Giuseppe Vitrani





#### Responsabilità civile

# I rischi dell'investimento in Real Estate: responsabilità civile residuale dell'acquirente incolpevole di sito inquinato

di Donatella Marino

Consiglio di Stato Sez. II, Sent. n. 4248 del 2 luglio 2020

#### Parole chiave

responsabilità danno ambientale – sito inquinato – bonifica – smaltimento – investimento – chi inquina paga – rivalsa sul proprietario – Covid 19 – onere reale – privilegio immobiliare

#### Sintesi del problema

La presenza nelle acque reflue del virus SARS-COV-2 e lo smaltimento di rifiuti da questo contaminati apre nuove tematiche per gli investitori del Real Estate. Più in generale, l'acquisto inconsapevole di area contaminata può essere per il nuovo proprietario fonte di responsabilità di varia natura. Un tema da affrontare alla luce della ricca giurisprudenza in materia, ben ricostruita nella recente sentenza del Consiglio di Stato, puntuale su questi aspetti, che spiega portata e limiti del concetto "chi inquina paga".

#### Massima redazionale

La scelta del Legislatore nazionale è stata adottata in applicazione del principio comunitario "chi inquina paga", ormai confluito in una specifica disposizione (art. 191) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Il D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Codice dell'ambiente) ripropone la disciplina dell'art. 17 D. Lqs. n.22 del 1997 (operante, ratione temporis, sulla vicenda in esame) confermando la responsabilità solo patrimoniale del proprietario incolpevole, salvi gli oneri relativi agli interventi di urgenza e salva la facoltà di eseguire spontaneamente gli interventi di bonifica. Non è configurabile (in via automatica, come responsabilità oggettiva o per fatto altrui) una responsabilità in capo al proprietario dell'area inquinata e da bonificare per il solo fatto di rivestire tale qualità, ove non si dimostri che questi abbia provocato, o contribuito a provocare, il danno ambientale. Qualora il responsabile non sia individuabile o non provveda (e non provveda spontaneamente il proprietario del sito), gli interventi necessari sono adottati dalla P.A. competente e le spese sostenute per effettuare tali interventi potranno essere recuperate, sulla base di un motivato provvedimento (che giustifichi, tra l'altro, l'impossibilità di accertare l'identità del soggetto responsabile ovvero quella di esercitare azioni di rivalsa nei confronti del medesimo soggetto ovvero la loro infruttuosità), a mezzo di azione in rivalsa verso il proprietario, che risponderà nei limiti del





valore di mercato del sito a seguito dell'esecuzione degli interventi medesimi. A garanzia del diritto di rivalsa della P.A., il sito è gravato di un onere reale e di un privilegio speciale immobiliare.

(Conferma T.A.R. Veneto, Sez. III, 10 dicembre 2009, n. 3513.)

#### **CASO**

La vicenda giudiziale risale al 1999, quando la ricorrente s.r.l. in liquidazione chiedeva al T.A.R. del Veneto l'annullamento, tra le altre,

- dell'ordinanza del Sindaco competente con cui le veniva ordinato di presentare, nei tempi e con le procedure previste dall'art. 17 del D.Lgs.22/1997, un progetto di bonifica per la messa insicurezza dell'area inquinata nonché
- della deliberazione del Consiglio comunale di approvazione del Piano di caratterizzazione generale dell'area
  - nella parte in cui disponeva che, nel caso in cui il responsabile dell'inquinamento o il proprietario del sito non avessero provveduto al ripristino ambientale e/o alla messa in sicurezza permanente, il Comune avrebbe proceduto in via sostitutiva, ponendo le spese inerenti a carico del responsabile dell'inquinamento o del proprietario stesso, nonché
  - nella parte in cui autorizzava il Settore competente del Comune ad indicare nel certificato di destinazione urbanistica, l'onere reale sulle aree inquinate.

Costituitasi la P.A., il Tribunale riteneva infondate le censure in quanto nella fattispecie concreta non era stato individuato il soggetto responsabile dell'inquinamento dell'area, posto che il soggetto indicato dalla ricorrente come responsabile era stato assolto da ogni responsabilità con sentenza penale. Pertanto, in base al dominante orientamento giurisprudenziale, prevedeva che il disinquinamento fosse eseguito da parte del Comune, se non provvedeva il proprietario dell'area, con oneri – restando sconosciuto il soggetto responsabile – a carico del proprietario stesso. Sarebbero stati posti quindi a suo carico l'onere reale ed il privilegio per il recupero delle spese. Il Consiglio di Stato confermava la decisione.

#### **NORMATIVA VIGENTE DI RIFERIMENTO**

- Decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 Norme in materia ambientale, art.253
- Codice penale Libro II Titolo VI bis

#### DIBATTITO GIURISPRUDENZIALE E ASPETTI CRITICI

L'attuale impianto normativo del Codice dell'Ambiente riproduce lo schema dell'art. 17 del D.Lgs. n. 22 del 1997 che già era stato esposto a critica da dottrina e giurisprudenza amministrativa, che ravvisava possibili profili di incompatibilità con i principi comunitari di precauzione e di prevenzione. Nello specifico, l'Art. 191 del Trattato (ex 174) prevede, al punto





2., che "la politica dell'Unione in materia ambientale [...] è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga".

La questione veniva dunque sottoposta nel 2013 **all'Adunanza plenaria** del Consiglio di Stato che, con ordinanza 25 settembre 2013 n. 21, rimetteva alla Corte di Giustizia UE la seguente questione interpretativa:

"se i principi dell'Unione europea in materia ambientale sanciti dall'art. 191, paragrafo 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dalla direttiva 2004/35/U.E. del 21 aprile 2004 (articoli 1 ed 8 n. 3; 13 e 24considerando) – in particolare, il principio per cui "chi inquina, paga", il principio di precauzione, il principio dell'azione preventiva, il principio, della correzione prioritaria, alla fonte, dei danni causati all'ambiente – ostino ad una normativa nazionale, quale quella delineata dagli articoli 244, 245 e 253 del D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, che, in caso di accertata contaminazione di un sito e d'impossibilità d'individuare il soggetto responsabile della contaminazione o di ottenere da quest'ultimo gli interventi di riparazione, non consenta all'autorità amministrativa d'imporre l'esecuzione delle misure di sicurezza d'emergenza e bonifica al proprietario non responsabile dell'inquinamento, prevedendo, a carico di quest'ultimo, soltanto una responsabilità patrimoniale limitata al valore del sito dopo l'esecuzione degli interventi di bonifica".

Con sentenza del 4 marzo 2015 la Corte di Lussemburgo confermava il proprio orientamento, in linea con quello maggioritario italiano e richiamato dalla stessa ordinanza di rinvio dell'Adunanza plenaria, secondo cui "la direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, deve essere interpretata nel senso che non osta a una normativa nazionale (...) la quale, nell'ipotesi in cui sia impossibile individuare il responsabile della contaminazione di un sito o ottenere da quest'ultimo le misure di riparazione, non consente all'autorità competente di imporre l'esecuzione delle misure di prevenzione e di riparazione al proprietario di tale sito, non responsabile della contaminazione, il quale è tenuto soltanto al rimborso delle spese relative agli interventi effettuati dall'autorità competente nel limite del valore di mercato del sito, determinato dopo l'esecuzione di tali interventi".

La decisione evidenziava così la natura di *extrema ratio* della rivalsa della P.A. nei confronti del proprietario, come soluzione residuale di cui valersi solo di fronte a una oggettiva e definitiva impossibilità di ottenere ristoro dal soggetto responsabile, in quanto :

- il responsabile non è stato individuato e non è individuabile
- siano state già esperite dalla P.A., inutilmente, tutte le azioni riparatorie

#### PROFILI CIVILISTICI DELL'ART. 253 CODICE DELL'AMBIENTE

La disciplina dell'**onere reale** e del privilegio speciale immobiliare sul sito inquinato è prevista dall'art. 253 del Codice dell'ambiente.





Quanto all'onere reale, il comma 1 dell'art. 253 conferma che **gli interventi** effettuati d'ufficio dall'autorità competente ai sensi dell'art. 250 **costituiscono onere reale sui siti contaminati.** Viene precisato che l'iscrizione può essere effettuata solo a seguito dell'approvazione del progetto di bonifica, e che tale iscrizione deve essere **indicata nel certificato di destinazione urbanistica**. L'onere reale pertanto genera un serio pregiudizio di natura commerciale sul diritto di proprietà dell'incolpevole acquirente, incidendo sul valore del terreno, diminuito in quanto gravato del costo della bonifica.

Anche lo strumento del **privilegio immobiliare** viene previsto dall'art. 253 quale rinforzo della garanzia patrimoniale del credito della P.A. intervenuta. Comporterà pertanto la preferenza della P.A. quale titolare del privilegio rispetto a tutti gli altri creditori in sede di esecuzione forzata sui beni del debitore inadempiente.

Rimangono ovviamente disponibili all'acquirente i rimedi civilistici generali per il risarcimento del danno a fronte di responsabilità contrattuale del venditore oppure extra-contrattuale nei confronti di eventuali terzi coinvolti.







#### Procedimenti di cognizione e ADR

# Lodo arbitrale: la questione sul dies a quo da cui decorre il "termine lungo" per l'impugnazione

di Francesco Tedioli

Cass. sez. I, 24 settembre 2020, n. 20104 Pres. Giancola e Rel. Scotti

Lodo – Annullamento – Termine per l'impugnazione – Decorrenza – Rimessione della causa al Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite

(art. 374 co. 2, 825, 828 c.p.c.)

La questione concernente il dies a quo del cosiddetto "termine lungo" per l'impugnazione del lodo arbitrale è suscettibile di una pluralità di soluzioni e configura una questione di massima di particolare importanza meritevole di sottoposizione alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 374, comma 2, c.p.c.

#### **CASO**

Un'associazione temporanea di imprese conveniva in giudizio avanti la Corte di Appello una società cooperativa chiedendo l'annullamento del lodo pronunciato fra le parti e l'accoglimento nel merito delle domande sottoposte agli arbitri.

L'impugnazione veniva dichiarata inammissibile, perché giudicata tardiva: la citazione era stata notificata oltre il termine annuale dalla sottoscrizione del lodo da parte degli arbitri. Seguiva il ricorso per cassazione, sulla base di due motivi.

Con il primo, la ricorrente denunciava la violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost. e, in subordine, prospettava questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 828, comma 2, c.p.c. In particolare, osservava che l'art. 828, nel testo risultante dalla riforma del 1994, applicabile ratione temporis, prevede la decadenza dall'impugnazione per nullità del lodo se proposta dopo il decorso di un anno dall'ultima sottoscrizione.

L'interpretazione offerta dalla Corte d'Appello sarebbe errata ed in conflitto con il principio del giusto processo, per aver attribuito rilevanza determinante alla data di sottoscrizione del lodo a prescindere dal momento della sua comunicazione alle parti.

La ricorrente ricordava che, nella procedura di formazione del lodo *ex* artt. 823 e 824 c.p.c., manca il momento della «pubblicazione» e, a differenza di un giudizio ordinario, sono presenti





solo due sottofasi: quella di «deliberazione-redazione» non pubblica, e quella di «comunicazione».

In questo quadro, il lodo deliberato, ma non comunicato, rimane atto non conoscibile per le parti, a differenza della sentenza, conoscibile attraverso l'accesso in cancelleria, sia pur dopo la pubblicazione. Ai fini dell'impugnazione, non si dovrebbe, quindi, considerare il termine compreso tra l'ultima sottoscrizione e la comunicazione alle parti.

Con il secondo motivo di ricorso, veniva denunciata la violazione degli artt. 24 e 111 Cost. e art. 183, comma 4, c.p.c., lamentandosi il fatto che la Corte territoriale si fosse pronunciata su questione rilevata d'ufficio, senza previa segnalazione alle parti. L'impugnazione era stata, così, dichiarata inammissibile con una decisione "a sorpresa" o "della terza via", ignorando la comminatoria generale e astratta della sanzione di nullità.

#### **SOLUZIONE**

La Suprema Corte ravvisa, nel primo motivo di gravame, una questione di massima, di particolare importanza, meritevole di sottoposizione alle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 374 c.p.c., comma 2, aggiungendo che il problema interpretativo non può ritenersi circoscritto alla normativa applicabile in forza della disciplina transitoria, ma si propone, in termini analoghi, anche con riferimento alla attuale regolazione dell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale.

#### QUESTIONI

L'art. 828 c.p.c. è chiaro ed apparentemente non dovrebbe porre alcuna difficoltà interpretativa. Il **termine annuale per l'impugnazione decorre dall'ultima sottoscrizione**, poiché la norma non fa alcun riferimento alla data in cui le parti hanno avuto conoscenza legale della pronuncia.

Questo evento si verifica con la comunicazione del lodo che gli arbitri, ai sensi dell'art. 824 c.p.c., effettuano, a mezzo plico raccomandato, entro 10 giorni dalla data dell'ultima sottoscrizione.

Ad un'analisi più attenta si aprono, invece, diverse soluzioni.

Una prima scelta interpretativa, già accolta nell'unica pronuncia di legittimità di cui si abbia contezza sul punto (Cass. 5 settembre 2018, n. 21648), conduce al rigetto della tesi proposta dalla ricorrente e dei dubbi di illegittimità costituzionale da quest'ultima accampati. Non vi sarebbe violazione dell'art. 3, Cost., perché la modesta diversificazione delle date di decorrenza dei termini per impugnare le sentenze e i lodi arbitrali potrebbe trovare ragionevole giustificazione, nella differente natura dei provvedimenti e nell'intervento, nel procedimento di formazione delle sentenze, dell'amministrazione statale, che attraverso i propri funzionari di cancelleria provvede a renderle pubbliche.





Quanto al diritto di difesa (art. 24) e ai principi del giusto processo (art. 111), la **lievissima compressione quantitativa del termine** concesso dalla legge per l'esercizio del diritto di impugnazione (di massimo 10 giorni), sarebbe sostanzialmente innocua, tanto più se rapportata al lungo periodo temporale di un anno previsto dall'art. 828 c.p.c.

Si ricorda, peraltro, che entrambi i termini di impugnazione del lodo arbitrale, quello breve e quello lungo, in quanto "di natura processuale", paiono **soggetti alla sospensione feriale** dei termini, di cui della legge 7 ottobre 1969 n. 742 – come da ultimo modificata con d.l. 12 settembre 2014 n. 132 – risultando, dunque, ulteriormente prolungati.

Va aggiunto che la Corte Costituzionale (25 luglio 2008, n. 297) ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 327 c.p.c., comma 1, con riferimento all'art. 24 Cost., nella parte in cui, prevedendo la decorrenza del termine annuale per l'impugnazione dalla pubblicazione della sentenza, anziché dalla sua comunicazione a cura della cancelleria, non assicurerebbe alle parti il diritto di difesa costituzionalmente garantito, poiché alle stesse non sarebbe assicurato il godimento per intero del termine per impugnare. Secondo la Corte, infatti, l'ampiezza del termine annuale consente, comunque, al soccombente di informarsi tempestivamente della decisione che lo riguarda.

La Corte remittente individua una diversa esegesi – intermedia fra le tesi estreme – sulla base del collegamento fra l'art. 828, comma 2, e l'art. 825, comma 1, c.p.c. prendendo in considerazione «la fisiologica decurtazione" dei 10 giorni per la comunicazione, dal termine annuale decorrente dall'ultima sottoscrizione arbitrale. Questo lungo termine (un anno meno massimo dieci giorni), è ampiamente superiore ai sei mesi per l'impugnazione delle sentenze non notificate, e consente certamente alle parti di **ponderare le proprie scelte e predisporre gli atti di gravame**.

Inoltre, nel caso di dolosa o colposa tardiva/mancata comunicazione del lodo da parte degli arbitri, la parte soccombente può essere sempre assistita dal disposto degli artt. 153 e 184 *bis* c.p.c., che le consentono di essere rimessa in termini.

La Prima sezione ritiene, infine, percorribile l'ultima linea ermeneutica – sollecitata dalla ricorrente – che **esclude il decorrere del termine prima della comunicazione**. Tale tesi trova fondamento in una recente pronuncia della Consulta (Corte Cost. 22 gennaio 2015, n. 3), che ha riconosciuto, ai fini del decorso dei termini, rilievo preminente al momento della pubblicazione della sentenza da parte del cancelliere, rispetto al deposito operato dal magistrato (nello stesso senso, Tarzia, *Legge 5 febbraio 1994, n. 25*, 1995, 160). Il ritardo, imputabile unicamente all'amministrazione, infatti, non può riflettersi negativamente sul diritto all'impugnazione.

Questa interpretazione, che vale per le sentenze civili, potrebbe essere applicata anche al diverso caso del lodo. Va, infatti, ricordato che le parti del procedimento arbitrale, per quanto solerti e diligenti, non hanno la possibilità di verificare periodicamente il deposito della decisione, mediante il controllo dei registri di cancelleria.





Anche in dottrina (Mandrioli-Carratta, *Diritto processuale civile*, 27<sup>a</sup> ed., III, Torino, 2020, 372) si evidenzia come, in pratica, il termine decorra da un evento immediatamente conoscibile dalla parte, come la comunicazione del lodo da parte degli arbitri.

Si tratterebbe di una interpretazione costituzionalmente orientata del combinato disposto dell'art. 828 in correlazione con l'obbligo della comunicazione del lodo alle parti, sancito in passato dall'art. 825 e, ora, dall'art. 824, così da escludere che il termine prenda a decorrere prima di tale adempimento ed evitare che la parte interessata possa subire un pregiudizio per il mancato svolgimento di un'attività processuale in un ambito temporale nel quale ignora incolpevolmente di doverla svolgere.

Nell'ipotesi che l'ostacolo semantico dovesse risultare insuperabile, la Sezione prima sollecita una valutazione di legittimità costituzionale della disciplina. A tale conclusione è giunta anche parte della dottrina (Boccagna-Ruffini, sub *art. 828*, in Consolo, *Codice di procedura civile commentato*, 6ª ed., VI, Assago, 2018, 1485), pur precisando che la fattispecie si verifica soltanto nel caso "limite" in cui la parte soccombente non abbia conosciuto **in tempo utile** il lodo.

Verificheremo, dunque, se la questione sarà rimessa dal Primo Presidente alle Sezioni Unite.







#### **Esecuzione forzata**

### La competenza sull'opposizione all'esecuzione forzata promossa dal fallimento non è attratta al foro fallimentare

di Cecilia Vantaggiato

Cass. civ. Sez. VI - 3, Ord., (ud. 17-09-2020) 02-10-2020, n. 21009

La competenza a conoscere dell'opposizione alla esecuzione forzata promossa dall'imprenditore in bonis che in corso di giudizio sia stato ammesso a procedura concorsuale non spetta funzionalmente al Tribunale che abbia dichiarato lo stato di insolvenza, posto che non ricorre l'applicabilità né dell'art. 51 della legge fallimentare, né dell'art. 24 della stessa legge, trattandosi di un'azione preesistente alla dichiarazione di insolvenza e sulla cui prosecuzione non influiscono le regole della concorsualità.

#### **CASO**

Il curatore della fallita società (*omissis*) s.r.l. intimava con precetto a S.I. il pagamento di una somma di denaro; quest'ultima, s'opponeva. Il Tribunale lodigiano, tuttavia, accogliendo l'eccezione del Fallimento, declinava la propria competenza a favore del Tribunale di Milano, trattandosi dell'ufficio che aveva dichiarato il fallimento e che, dunque, ai sensi della L. Fall. *ex* art. 24 si sarebbe dovuto ritenere competente a conoscere tutte le azioni derivanti dal fallimento stesso. Il tribunale meneghino, ritenendosi a propria volta incompetente, sollevava d'ufficio *ex* art. 45 c.p.c. regolamento di competenza avanti alla Suprema Corte di cassazione.

#### **SOLUZIONE**

I giudici di Cassazione hanno ritenuto di condividere quanto prospettato nel regolamento di competenza da parte del giudice milanese, ritenendo che per individuare l'ufficio competente a conoscere dell'opposizione all'esecuzione debba farsi applicazione degli artt. 27 e 480 c.p.c.

#### QUESTIONI

Il dubbio legittimamente sollevato dal Tribunale milanese trae origine dalla formulazione dell'art 24 della Legge Fallimentare. La norma, infatti, riporta la regola generale in forza della quale "il tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore."

Invero, l'art. 24 ha subito numerose modifiche fino all'attuale testo licenziato con d. lgs. 169/2007, con cui è stato espunto il riferimento alle cause relative ai rapporti di lavoro,





nonché la parte "eccettuate le azioni reali immobiliari, per le quali restano ferme le norme ordinarie di competenza", ritenendo che dovessero parificarsi tali azioni a quelle aventi ad oggetto i diritti reali mobiliari (applicando di contro l'art 93 L.F.)

La competenza del tribunale fallimentare come individuata dall'art 24 L.F. è una competenza funzionale inderogabile che si radica avanti al tribunale che abbia pronunciato la sentenza di fallimento, intendendosi, come spesso accade, la locuzione "tribunale" come "ufficio giudiziario": non rileva, infatti, la circostanza che la decisione venga presa da un giudice appartenente o meno al collegio o alla sezione fallimentare (sul punto, cfr. Cass. 1/04/2011, n. 7579, secondo cui il giudizio di revocatoria fallimentare, appartiene alla competenza funzionale, ai sensi dell'art. 24 l. fall., del tribunale che ha dichiarato il fallimento, senza che la decisione sia inficiata da nullità ove emessa da giudice monocratico non componente altresì la sezione fallimentare, essendo invero, quest'ultima, mera espressione dell'organizzazione interna del tribunale).

Il dibattito ha avuto ad oggetto la corretta interpretazione dell'inciso "azioni che derivano dal fallimento".

Ebbene, il concetto di derivazione è ricollegabile all'idea che le azioni si trovino in un rapporto di dipendenza con la procedura fallimentare iniziata; si tratta cioè di situazioni nate direttamente dalla procedura stessa e senza la quale non potrebbero essere configurabili. La stessa S.C. ha già più volte ribadito che non possono ritenersi attratte nella sfera di competenza del tribunale fallimentare tutte le preesistenti azioni che, con il fallimento, stiano in relazione di mera occasionalità e che, con la sola sostituzione del curatore al precedente legittimato, restino soggette a tutte le regole processuali ad esse applicabili ove fossero state promosse dal fallito (vi rientrano, invece, le azioni che tendono a tutelare i diritti di credito vantati dal fallito nei riguardi dei terzi, aventi ad oggetto tanto l'accertamento quanto la condanna alla prestazione, senza che – in contrario – rilevi il virtuale conseguente recupero di mezzi alla massa, così Cass. civ. Sez. I, 15/02/1999, n. 1240).

La giurisprudenza ha individuato nel tempo un catalogo di azioni "derivanti" dalla procedura fallimentare e sottoposte alla competenza funzionale del tribunale fallimentare, ai sensi dell'art. 24 legge fall., perché incidenti sul patrimonio del fallito, tra cui vi rientra ad esempio la domanda di risoluzione del contratto finalizzata alla domanda di risarcimento del danno nei confronti della società fallita (Cass. civ. Sez. I Sent., 02/12/2011, n. 25868), ovvero le azioni del curatore volte a far dichiarare l'inopponibilità alla massa del contratto di locazione immobiliare stipulato dal fallito a norma dell'art. 2923 cod. civ. ovvero la risoluzione del medesimo contratto ai sensi dell'art. 80 legge fall., in deroga alla previsione di cui agli artt. 21 e 447 bis c.p.c. (Cass. civ. Sez. VI – 1 Ord., 15/07/2015, n. 14844); o ancora, gli accertamenti che costituiscono premessa di una pretesa nei confronti della massa, anche quando siano diretti a porre in essere il presupposto di una successiva sentenza di condanna, (così Tribunale Roma Sez. lavoro Sent., 05/03/2018).

Ne deriva, dunque, che possono darsi due distinte interpretazioni della norma: una parte della





dottrina sostiene che apparterrebbero alla competenza funzionale del tribunale fallimentare tutte le controversie che comunque incidano sul fallimento comprese quelle che abbiano per oggetto le pretese creditorie vantate dal fallito o la simulazione assoluta di un contratto; altra parte, invece, esclude quelle azioni che si trovavano già nel patrimonio del debitore al momento del fallimento o che si pongono in un rapporto di mera occasionalità e che resterebbero pertanto assoggettate alle regole processuali ordinarie.

La Suprema Corte, infatti, ha recentemente statuito come la vis attractiva di cui all'art. 24 della legge fall., che prevede l'attribuzione al tribunale che ha dichiarato il fallimento della competenza a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, eccettuate le azioni immobiliari, "riguarda esclusivamente le controversie che, anche se relative a rapporti preesistenti alla dichiarazione di fallimento, subiscono, per effetto di quest'ultima, una deviazione dal loro schema legale tipico, nel senso che il rapporto viene ad essere concretamente modificato, nel suo sviluppo fisiologico, dal fallimento stesso, il quale determina, anche sul piano del diritto sostanziale, una situazione particolare, in cui la competenza del tribunale fallimentare si inserisce quale elemento integrativo. A tale competenza, ed al conseguente assoggettamento al rito previsto dagli artt. 93 e ss. L.F. sono invece sottratte quelle azioni che, pur risultando strumentali rispetto all'interesse della massa, non trovano causa o titolo nella dichiarazione di fallimento, ma si pongono in relazione di mera occasionalità con la stessa, non riguardando la formazione dello stato passivo e non essendo destinate ad incidere sul patrimonio del fallito: nonostante gli eventuali riflessi che il loro risultato può avere sullo svolgimento della procedura, le stesse restano pertanto sottoposte alle regole processuali applicabili ove fossero state promosse dall'impresa in bonis, con la sola sostituzione degli organi della procedura alla persona fisica dell'imprenditore o, in caso di fallimento di società, agli organi che ne avevano la rappresentanza processuale (Cass. civ. Sez. I, Ord., 20/03/2018, n. 6910). Si tratta, quindi, di situazioni giuridiche preesistenti al fallimento, che dalla procedura concorsuale non derivano, né da essa assumono particolari connotazioni, tanto che esse possano essere oggetto di azioni esercitate, o prosequite, dalla curatela davanti al giudice ordinariamente competente.

Tale è anche il giudizio di opposizione all'esecuzione individuale che abbia ad oggetto l'esistenza del diritto e dell'attuale titolarità da parte del fallito stesso (e, per esso della massa) e che sia stata promossa dal curatore nei confronti di un debitore del fallito. Ne deriva, pertanto, che la competenza a conoscere dell'opposizione alla esecuzione forzata promossa dall'imprenditore in bonis che in corso di giudizio sia stato ammesso a procedura concorsuale non spetta funzionalmente al Tribunale che abbia dichiarato lo stato di insolvenza, posto che non ricorre l'applicabilità né della L. Fall., art. 51, né della cit. L., art. 24, trattandosi di controversia inerente al diritto già esistente nel patrimonio del fallito e sulla cui prosecuzione non influiscono le regole della concorsualità (Cfr. Cass. 2487/2001, Cass. 15303/2004, nel caso dell'amministrazione straordinaria).





Seminario di specializzazione

### **ESECUZIONI SU BENI IMMOBILI: ASPETTI PRATICI**



Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

accedi al sito >





#### Responsabilità civile

# Revirement della Cassazione in tema di responsabilità per danni cagionati dalla fauna selvatica e riconoscimento dell'applicabilità dell'art. 2052 c.c.

di Emanuela Ruffo

Cass. civ. Sez. Terza Ordinanza, 06/07/2020, n. 13848, Pres. Travaglino, Est. Guizzi

Circolazione stradale – Danni cagionati dalla fauna selvatica – Responsabilità ex art. 2052 c.c. – Sussistenza – Fondamento

[1] In tema di responsabilità extracontrattuale, il danno cagionato dalla fauna selvatica in circolazione è risarcibile non ex art. 2043 c.c., ma ai sensi dell'art. 2052 c.c., poiché tale ultima disposizione non contiene alcun espresso riferimento ai soli animali domestici, ma riguarda, in generale, quelli suscettibili di proprietà o di utilizzazione da parte dell'uomo, prescindendo dall'esistenza di una situazione di effettiva custodia degli stessi.

#### Disposizioni applicate

Art. 2043 c.c., Art. 2051 c.c., Art. 2052 c.c., Art. 2054, comma 1 c.c.

#### **CASO**

A causa di un sinistro avvenuto nello scontro tra una autovettura e due cervi, il danneggiato ha chiamato in causa la Regione Abruzzo per veder risarcito il danno subito alla vettura.

Il Giudice di Pace di Pescara adito ha condannato la Regione a risarcire il danno. La Regione ha appellato la sentenza il Tribunale de L'Aquila, in secondo grado, ha confermato la condanna della convenuta.

La Regione è quindi ricorsa avanti la Suprema Corte per chiedere la riforma della sentenza.

#### **SOLUZIONE**

Discostandosi dall'orientamento prevalente, la Corte di Cassazione riconosce l'applicabilità dell'art. 2052 c.c. nel caso di danni cagionati dalla fauna selvatica, affermando la responsabilità della Regione in materia.

#### **QUESTIONI**





La *questio* all'esame della Suprema Corte è costituita dalla responsabilità per danni cagionati dalla fauna selvatica.

La ricostruzione della Suprema Corte muove preliminarmente dall'esame del **quadro legislativo di riferimento**.

La fauna selvatica è stata riconosciuta patrimonio indisponibile della Stato e tutelata nell'interesse della comunità nazionale con legge 27 dicembre 1977, n. 968. Tale normativa ha assegnato le relative funzioni amministrative alle Regioni, pur riconoscendo la possibilità di delega alle Province. Merita osservare che prima dell'entrata in vigore di questa normativa, la fauna selvatica era considerata una "res nullius", con conseguente impossibilità del ristoro dei pregiudizi dalla stessa cagionati.

Con la **legge 11 febbraio 1992, n. 157** è stata confermata la **competenza delle Regioni in materia** di gestione e tutela della fauna selvatica, in particolare prevedendo che esse istituiscano e disciplinino il fondo destinato al risarcimento dei danni prodotti dalla fauna selvatica e dall'attività venatoria per far fronte ai danni non altrimenti risarcibili arrecati alla produzione agricola e alle opere approntate sui terreni coltivati e a pascolo.

Sulla base di tale assetto normativo, l'autorità giudiziaria si è quindi soffermata sullo stabilire in applicazione di quale norma codicistica, nonché a carico di quale soggetto, deve essere affermata la responsabilità per i danni cagionati dalla fauna selvatica.

La Suprema Corte ha evidenziato da un lato che la giurisprudenza granitica, in contrasto con la dottrina, esclude l'applicazione dell'art. 2052 c.c. nel caso di specie attesa la natura stessa degli animali selvatici, prevedendo invece l'applicabilità dell'art. 2043 c.c. con ogni conseguenza sul piano dell'onere probatorio.

Sotto il profilo dell'**individuazione del soggetto responsabile**, la Corte indica la sussistenza di diversi orientamenti, che minano nel concreto il principio della effettività della tutela giurisdizionale.

Secondo **un primo orientamento** sarebbe responsabile la Regione, in quanto titolare della competenza a disciplinare, sul piano normativo e amministrativo, la tutela della fauna e la gestione sociale del territorio e ciò anche laddove la Regione abbia delegato i suoi compiti alle Province. Secondo altri la Regione sarebbe comunque responsabile, in quanto proprietaria della strada ove è avvenuto il sinistro, per i danni cagionati da cose in custodia ex art. 2051 c.c.

**Un altro indirizzo**, proprio sul presupposto che il fondamento della responsabilità sia da individuare nell'art. 2043 c.c., richiedendo quindi l'individuazione di un concreto comportamento colposo ascrivibile all'ente pubblico, ritiene che i danni causati dagli animali selvatici non siano sempre imputabili alla Regione, bensì all'ente cui sono stati concretamente affidati i poteri di amministrazione del territorio e di gestione della fauna ivi insediata, ovvero





le Province, in quanto "ad esse spetta l'esplicazione delle concrete funzioni amministrative e di gestione della fauna, nell'ambito del loro territorio, in forza di compiti rilevanti di volta in volta attribuiti dalle singole leggi regionali". All'interno di questo orientamento si riscontrano ulteriori diversi indirizzi: alcuni riconoscono la responsabilità tout court dell'ente delegato dalla Regione, altri la escludono se l'ente delegato non è stato ragionevolmente posto in condizioni di adempiere ai compiti affidategli o sia "nudus minister" senza alcuna concreta ed effettiva possibilità operativa.

Nel descritto contesto con la sentenza in commento la Corte di Cassazione ha ritenuto di rivedere completamente la ricostruzione sino ad oggi operata dalla giurisprudenza, ripensando lo stesso **criterio di imputazione della responsabilità per i danni da fauna selvatica**, affermando che le incertezze nella identificazione del soggetto che debba farsi carico delle conseguenze risarcitorie sono una conseguenza della scelta iniziale di escludere il regime previsto dall'art. 2052 c.c. per i motivi sopra evidenziati.

Secondo la Corte la lettera della norma e la sua funzione non giustificano tale interpretazione ermeneutica (ovvero ritenere non applicabile l'art. 2052 c.c. perché la norma esclude gli animali selvatici, riferendosi solo agli animali suscettibili di proprietà), atteso che la norma non reca alcuna espressa menzione che sia limitata agli animali domestici, ma esclusivamente a quelli suscettibili di "proprietà" o di "utilizzazione" da parte dell'uomo. La norma inoltre prescinde dalla sussistenza di una situazione di effettiva custodia dell'animale, laddove prevede che la responsabilità del proprietario o dell'utilizzatore sussista sia che "l'animale fosse sotto la sua custodia, sia che fosse smarrito o fuggito".

Il riferimento alla proprietà e all'utilizzazione ha la funzione di individuare un criterio oggettivo di allocazione della responsabilità.

Nel caso di specie invero sussiste un **diritto di proprietà statale** in relazione ad alcune specie di animali selvatici, in quanto appartenenti al patrimonio indisponibile della Stato in funzione della tutela generale dell'ambiente e dell'ecosistema.

Pertanto, la Corte riconosce una responsabilità ex art. 2052 c.c. in capo alle Regioni, in quanto soggetti cui sono state attribuite specifiche competenze normative e amministrative nonché di indirizzo, coordinamento e controllo sugli altri enti titolari di più circoscritte funzioni amministrative nello stesso ambito.

Con riferimento all'onere della prova la Cassazione specifica quanto segue.

Sarà pertanto a carico del danneggiato allegare e dimostrare che il pregiudizio lamentato sia stato causato dall'animale selvatico (attraverso la dimostrazione della dinamica del sinistro, del nesso causale tra la condotta dell'animale e l'evento dannoso subito, oltre che l'appartenenza dell'animale ad una delle specie oggetto della tutela di cui alla legge n. 157 del 1992 o comunque rientrante nel patrimonio indisponibile dello Stato).





Il danneggiato dovrà altresì provare, nel caso di danno derivante da incidente stradale, di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno ex art. 2054, comma 1 c.c.

Dall'altro lato **la Regione** potrà fornire la c.d. **prova liberatoria** che ha ad oggetto la dimostrazione che il fatto sia avvenuto per caso fortuito, dimostrando che la condotta dell'animale si sia posta fuori dalla sua sfera di possibile controllo, operando così come causa autonoma, eccezionale, imprevedibile e inevitabile del danno. Dovrà inoltre fornire prova del fatto che la condotta dell'animale non era ragionevolmente prevedibile e/o comunque non evitabile.

La Corte infine riconosce in capo alla Regione la possibilità di **agire in rivalsa** nei confronti dell'ente delegato, qualora reputi che le misure idonee ad impedire il danno avrebbero dovuto essere adottate da un altro ente.

AGEVOLAZIONI "COVID" E CRISI AZIENDALI: IL CONCORSO DI CONSULENTI E SINDACI NEL REATO DI CLIENTI E AMMINISTRATORI

Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!





#### Comunione - Condominio - Locazione

### Indebito trasferimento del diritto edificatorio dalla res in comunione a quella di proprietà esclusiva

di Ilaria Ottolina

Corte di Appello di Bologna, I sezione civile, sentenza 13 maggio 2020 n. 1244

Comunione e condominio – uso della cosa comune e opere su parti di proprietà o uso individuale – trasferimento di capacità edificatoria dalla proprietà comune alla proprietà esclusiva – difetto di autorizzazione – illegittimità per mutamento della funzione del bene comune – sussiste – diminuzione del valore del bene immobile – sussiste – costituzione di servitù a vantaggio di altra proprietà del singolo comunista – illegittimità per mancato consenso del condominio – sussiste – rimessione in pristino dell'originaria situazione condominiale – fondato.

Riferimenti normativi: art. 1102 c.c. – art. 1103 c.c. – art. 1122 c.c. – art. 2643, co. 1, n. 2-bis c.c. – art. 1027 c.c. – art. 1031 c.c. – art. 2643, co. 2-bis c.c.

- "... Il legislatore, pur riconoscendo espressamente ad ogni partecipante il diritto della cosa comune nella sua interezza, pone due limitazioni all'esercizio di tale diritto: la prima di natura quantitativa, consiste nell'obbligo imposto a ciascun compartecipe di non impedire agli altri comunisti di fare parimenti uso della cosa comune, secondo il proprio diritto; la seconda di natura qualitativa, in base alla quale in nessun caso la volontà e l'azione del compartecipe, che si serve della cosa comune, può spiegare un'efficacia tale da mutare la funzione attuale e specifica alla quale la cosa comune appare essere stata destinata ..."
- "... La società appellante, <u>attraverso il trasferimento di una porzione del diritto edificatorio della res in comunione a quella di proprietà esclusiva, ha diminuito il valore del bene immobile, mutando la funzione attuale e specifica alla quale lo stesso appare essere stato destinato ... <u>la "cubatura" viene quindi qualificata come un vero e proprio diritto immobiliare, un diritto reale e tipico</u> ..."</u>
- "... l'esercizio della facoltà di ogni condomino di servirsi della cosa comune, nei limiti indicati dall'art. 1102 c.c., deve esaurirsi nella sfera giuridica e patrimoniale del diritto di comproprietà sulla cosa stessa e non può essere esteso, quindi, per il vantaggio di altre e diverse proprietà esclusive del medesimo condomino perché, in tal caso, si verrebbe ad imporre una servitù sulla cosa comune in favore di beni estranei alla comunione, per la cui costituzione è necessario il consenso di tutti i condòmini ... Ne consegue che correttamente il giudice a quo ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 1102 c.c. e ha condannato l'odierna società appellante alla rimessione in pristino ..."





#### **CASO**

La sentenza in commento ha ad oggetto il caso di una società, proprietaria di due unità immobiliari facenti parte di un condominio, che a un dato momento decideva di edificare un nuovo fabbricato costituito, in parte, dagli immobili insistenti sull'originaria area condominiale, in parte su altra superficie estranea al condominio.

In effetti, la controversia originava dal fatto che la società in questione, nell'ambito del progetto di nuova costruzione, allegava al permesso di costruire dei conteggi parametrati in modo tale da utilizzare siccome propria una parte – segnatamente: porzione di metri quadrati 6,86 di terreno edificabile, su totali metri quadrati 47,34 – in realtà adibita a corte comune e indivisa, sfruttandone (appunto per 6,86 mq.) la capacità edificatoria in modo esclusivo, senza alcuna autorizzazione da parte degli altri condomini proprietari.

Sicché questi ultimi, esperito il procedimento *ex* art. 696 *bis* c.p.c. senza esito conciliativo, adivano il Tribunale di Rimini chiedendo, in via principale, l'accertamento dell'indebito utilizzo della volumetria edificabile, da parte della società convenuta, con ordine di rimessione in pristino della *servitus aedificandi* a vantaggio dell'intero condominio, oltre all'ordine di arretramento del muro di contenimento costruito sulla particella in questione; in via subordinata, gli attori insistevano per la condanna al risarcimento del danno.

La società convenuta si costituiva chiedendo il rigetto delle domande attoree.

Il Tribunale di Rimini rigettava la domanda di riduzione in pristino con riferimento allo sconfinamento del muro di contenimento (di 8 cm.), sull'assunto che, non essendo stato provato in modo certo il confine, non poteva dirsi provato lo sconfinamento. Al contrario, accertata la violazione dell'art. 1102 c.c. sull'uso della cosa comune, accoglieva la domanda di rimessione in pristino con riferimento all'indebita appropriazione della capacità edificatoria della porzione di parte comune

La società proprietaria proponeva appello mediante un unico motivo, adducendo di avere esercitato una facoltà inerente il diritto di proprietà senza pregiudicare l'altrui diritto d'uso del bene comune; inoltre, l'utilizzo esclusivo di una minima parte di capacità edificatoria di esso non avrebbe alterato in modo rilevante la destinazione della *res*, tant'è che i condòmini attori avrebbero continuato ad utilizzare il cinquanta per cento dell'intera capacità edificatoria del terreno.

Si costituivano in appello i condòmini appellati chiedendo il rigetto della domanda e, in via subordinata mediante appello incidentale c.d. "condizionato", il risarcimento del danno per equivalente.

#### **SOLUZIONE**

La Corte di Appello di Bologna, esaminata la consulenza tecnica d'ufficio, ritenuto che la





società appellante, nell'edificazione della propria particella di proprietà esclusiva, <u>avesse</u> <u>utilizzato – senza alcuna autorizzazione da parte degli altri condòmini – parte della capacità edificatoria spettante alla particella comune</u> ("... verificato che i terreni di proprietà esclusiva della [società] corrispondono a mq. 828,03, che equivalgono ad una capacità edificatoria di mq. 414,01; verificato che la S.U. utilizzata è di mq. 420,87, si può affermare che la società ... ha utilizzato la capacità edificatoria ... in comproprietà con i signori ... per una superficie utile di mq. 6,86 ..."), **rigettava la domanda e, per l'effetto, confermava la sentenza del Tribunale di Rimini.** 

#### **QUESTIONI GIURIDICHE**

La Corte di Appello di Bologna, con sentenza sintetica e rigorosa, decide la questione posta sulla scorta dell'applicazione di tre argomentazioni giuridiche, declinate su altrettanti principi nel sequente ordine logico e consequenziale:

#### 1) Limiti all'uso della cosa comune ex art. 1102 c.c.

In apertura dei motivi della decisione, i Giudici della Corte Territoriale non possono prescindere dal ribadire che "... ai sensi dell'art. 1102 c.c., ciascun partecipante può servirsi della cosa comune, purché non ne alteri la destinazione e non ne impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto. Il partecipante non può estendere il suo diritto sulla cosa comune in danno degli altri partecipanti, se non compie atti idonei a mutare il titolo del suo possesso ...".

Nell'evocare il tenore letterale della disposizione codicistica in parola, la Corte di Appello qualifica come <u>limite quantitativo</u> l'obbligo di ogni comunista di non impedire agli altri l'uso della cosa comune e come <u>limite qualitativo</u> quello di astenersi dal mutare la destinazione attuale e specifica del bene[1] (del resto, anche qualora il condomino esegua opere sulla proprietà esclusiva o sulle parti comuni attribuite in proprietà o in uso esclusivi, costui risponde dei danni arrecati alle parti comuni, alla stabilità, alla sicurezza e al decoro architettonico dell'edificio: art. 1122 c.c.)[2].

Ciò non toglie – com'è noto – che, impregiudicato il rispetto dei predetti limiti, il singolo condomino possa apportare a proprie spese le <u>modificazioni necessarie per il miglior godimento della cosa</u> (art. 1102, co. 1, secondo periodo, c.c.)[3], <u>senza necessità di particolari autorizzazioni</u> da parte dell'assemblea, <u>salvo previsioni di segno contrario contenute nel regolamento condominiale (contrattuale)[4]</u> e salvo comunque l'interesse di ciascun condomino ad agire in giudizio per contestare il determinato uso fatto della cosa comune ed il potere dell'assemblea di consentirlo[5].

Ciò premesso, è certo che tutto quanto fuoriesce da codesta "cornice" <u>o è legittimata dall'autorizzazione di tutti i condòmini o rappresenta un arbitrario utilizzo</u> (a vario titolo) <u>della cosa comune</u>, com'è accaduto nel caso di specie (si legge espressamente nella sentenza che "... *Nella fattispecie concreta, dalla relazione peritale ... si evince che la società appellante, nell'edificazione della propria particella di proprietà esclusiva, ha utilizzato parte della capacità* 





edificatoria spettante alla particella comune ... Inoltre, secondo la relazione peritale, dagli atti depositati in Comune <u>non risulta nessuna autorizzazione espressa</u> relativa all'utilizzo della cubatura da parte delle odierne appellate in favore della società appellante ...").

### 2) Termini della questione: l'appropriazione illegittima del diritto edificatorio comune e il mutamento della destinazione del bene

L'aspetto peculiare del caso in commento consiste nel fatto che la società appellante <u>non si è appropriata materialmente di una certa porzione di bene comune</u> (come nel caso, per esempio, della costruzione, sulla parte in comproprietà *pro quota*, di un'opera di proprietà ed uso esclusivi del condomino), bensì di un diritto – il **diritto edificatorio** o "**cubatura**" -, che viene espressamente qualificato dalla legge come <u>diritto immobiliare, reale e tipico, suscettibile di valutazione economica</u>, dal comma 2-bis dell'art. 2643 c.c. come novellato dal D.L. 70/2011 ("Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione ... 2-bis) i contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati previsti da normative statali o regionali ovvero da strumenti di pianificazione territoriali").

Prova ne è il fatto che il muro di contenimento – di cui, in primo grado, non è stata data prova di sconfinamento, con conseguente rinuncia in sede di appello – in fondo avrebbe al massimo "rosicchiato" otto centimetri di corte comune, quando invece si discute di appropriazione indebita di 6,86 metri quadrati di cubatura.

Il tema è complesso e attiene al diritto amministrativo in generale e urbanistico in particolare; per quanto interessa in questa sede, pare utile richiamare recente giurisprudenza amministrativa la quale, sotto il profilo civilistico e con riferimento agli atti traslativi, ha affermato che "... i diritti edificatori possono anche staccarsi dalla proprietà del fondo che li ha prodotti e circolare in modo indipendente ..."[6]: ciò avviene mediante lo schema contrattuale della "cessione di cubatura", la cui funzione è quella di trasferire lo ius aedificandi da un fondo all'altro, sia pure entro i limiti fissati dagli strumenti urbanistici e comunque a titolo oneroso; condizione che potrà essere nuovamente modificata dall'introduzione di nuovi diritti edificatori mediante un atto di pianificazione o di trasferimento tra privati (salva la facoltà del proprietario del fondo di cui è stata ceduta la cubatura di trasferirvi diritti edificatori derivanti da altri fondi di proprietà)[7].

Nella sua connotazione privatistica, pertanto, il contratto di cessione di cubatura è "... <u>accordo tra proprietari di aree contigue, aventi la stessa destinazione urbanistica</u>, in forza del quale il proprietario di un'area cede una quota di cubatura edificabile sul suo fondo per permettere all'altro di disporre della minima estensione di terreno richiesta per l'edificazione, ovvero di realizzare una volumetria maggiore di quella consentita dalla superficie del fondo di sua proprietà" [8].

Ebbene, **nel caso in commento non vi è stato nessun accordo**, sicché in modo condivisibile la Corte di Appello di Bologna dichiara che il diritto edificatorio è stato trasferito dal terreno comune a quello esclusivo in modo **illegittimo**: il condomino appellante, infatti, da un lato, ha pregiudicato il diritto dei condòmini appellati ad ottenere il <u>prezzo dalla cessione</u> della quota





di proprietà di capacità edificatoria (nell'ipotesi astratta di consenso al trasferimento), dall'altro, ha (sia pur parzialmente) "svuotato" il bene comune di un diritto suscettibile di valutazione economica, con conseguente irreversibile mutamento della destinazione e della consistenza del bene stesso, a danno degli altri condòmini (a prescindere dal fatto che la quota di capacità edificatoria "usurpata" sia stata quantitativamente esigua).

### 3) Conseguenze giuridiche a carico del condominio e mezzi di tutela: illegittima imposizione di servitù sulla cosa comune e rimessione in pristino

La conseguenza giuridica dell'estensione del diritto edificatorio a vantaggio di altre e diverse proprietà del condomino – anziché a vantaggio del condominio – determina l'imposizione di una **servitù sulla cosa comune**, per la cui costituzione è necessario il **consenso di tutti i condòmini**[9].

Più precisamente – puntualizza il Collegio bolognese – si tratta di una **servitus non aedificandi** sul terreno in comproprietà con le parti appellate, atteso che queste ultime si trovano a dover subire il trasferimento di una certa capacità edificatoria dal bene comune al bene altrui, con diminuzione della capacità economica del bene immobile.

Tale condizione – com'è evidente – contravviene al principio consolidato secondo il quale "l'esercizio della facoltà di ogni condomino di servirsi della cosa comune, nei limiti indicati dall'art. 1102 c.c., deve esaurirsi nella sfera giuridica e patrimoniale del diritto di comproprietà sulla cosa stessa e non può essere esteso, quindi, per il vantaggio di altre e diverse proprietà esclusive del medesimo condomino perché, in tal caso, si verrebbe ad imporre una servitù sulla "res" comune in favore di beni estranei alla comunione, per la cui costituzione è necessario il consenso di tutti i comproprietari" [10].

E' dunque pienamente condivisibile la tutela apprestata dalla Corte Territoriale ai condòmini appellati, mediante **ordine di rimessione in pristino della situazione precedente**, siccome richiesto dai medesimi fin dal primo grado di giudizio: rimedio inteso a ritrasferire, in capo e a vantaggio del condominio, il diritto edificatorio indebitamente utilizzato dalla società appellante, senza pregiudizio – si badi – del consueto diritto all'uso del bene comune anche da parte della medesima (che resta comproprietaria *pro quota*, a tutti gli effetti, sia della *res* che del relativo diritto edificatorio)[11].

[1] Si veda Cass. civ., sez. II, 26/01/1976 n. 247, secondo la quale "Le due condizioni d'uso della cosa comune, consistenti, a norma dell'art. 1102 c.c., nella non alterazione della cosa stessa e nel non

impedimento agli altri comproprietari di farne parimenti uso secondo il loro diritto, debbono necessariamente coesistere, <u>onde a rendere illecito l'uso è sufficiente la sola alterazione della cosa, determinata non solo dal mutamento della sua funzione ma anche dal suo scadimento a deteriore condizione</u> ..." (conforme anche Cass. civ., sez. II, 15/07/1995 n. 7752).





[2] "La limitazione del godimento delle parti comuni dell'edifico condominiale rileva ex art. 1122 c.c. solo ove effettivo e di sufficiente rilevanza perché possa costituire un vulnus ai diritti dei condomini. Di talché una limitazione che non superi una soglia di intollerabilità deve recedere in ragione del principio di solidarietà che inevitabilmente deve caratterizzare i rapporti nella comunità dei condomini": Trib. Trani,

15/03/2018; "In tema di condominio, la facoltà di eseguire opere sulle parti di proprietà esclusiva incontra nell'art. 1122 c.c. il limite consistente nel danno alle parti comuni dell'edificio. Tale danno comprende ogni diminuzione di valore riferito alla funzione della cosa, considerata nella sua unità": Cass. civ., sez. VI, 16/11/2017 n. 27164. Si veda anche Trib. Napoli, sez. XII, 18/01/2018.

[3] Cass. civ., sez. II, 05/09/1994 n. 7652: "L'art. 1102 c.c. intende assicurare al singolo partecipante, per quel che concerne l'esercizio del suo diritto, la maggior possibilità di godimento della cosa comune, nel senso che, purché non resti alterata la destinazione del bene comune e non venga impedito agli altri partecipanti di fare parimenti uso della cosa, egli deve ritenersi libero di servirsi della cosa stessa anche per fine esclusivamente proprio, traendo ogni possibile utilità, senza che possano costituire vincolo per lui forme più limitate di godimento attuate in passato dagli altri partecipanti, e può scegliere, tra i vari possibili usi quello più confacente ai suoi personali interessi (nella specie si è escluso che esorbiti dal corretto uso della cosa comune la transennatura e l'occupazione periodica di un portico con legna da parte di un condomino, in assenza di prova del carattere stabile dell'occupazione e di un apprezzabile pregiudizio per gli altri condòmini) (conformi Cass. civ., sez. II, 05/12/1997 n. 12344; Cass. civ., sez. VI, ord. 28/06/2017 n. 16260; Cass. civ., sez. II, 14/04/2015 n. 7466; Cass. civ., sez. II, 30/05/2003 n. 8808).

[4] Cass. civ., sez. II, 05/10/1992 n. 10895; Trib. Roma, 17/01/2018; Corte di Appello Ancona, 22/05/2019.

[5] Cass. civ., sez. VI, 18/11/2019 n. 29924.

[6] TAR Lombardia, sez. I, 05/10/2015 n. 1821, da leggere in combinazione con Cass. civ., sez. II, 12/11/2015 n. 23130, a cui tenore "... lo ius aedificandi trova fonte nel diritto di proprietà, del quale rappresenta una facoltà ex art. 832 c.c., sicché i diritti edificatori possono assumere autonoma rilevanza solo in quanto siano oggetto di un'apposita convenzione stipulata dal proprietario dell'area cui accedono; in assenza di tale convenzione, il trasferimento della proprietà del terreno ... comporta anche il trasferimento della capacità edificatoria attuale ...".

[7] Cass. civ., sez. II, 24/09/2009 n. 20623.

[8] Cass. civ., sez. III, 20/05/2009 n. 21177.

[9] Cass. civ., sez. II, 16/01/2013 n. 944; Cass. Civ., sez. II, 21/02/2019 n. 5132. Si veda anche Cass. Civ., sez. II, 29/09/2020 n. 20543, in cui si legge che "... in presenza di un edificio strutturalmente unico, si cui insistono due distinti ed autonomi condomini, è illegittima l'apertura di un varco nel muro divisorio tra questi ultimi, volta a collegare locali di proprietà esclusiva del





medesimo soggetto, tra loro attigui ma ubicati ciascuno in uno dei due diversi condomini, in quanto una simile utilizzazione comporta la cessione del godimento di un bene comune, qual è, ai sensi dell'art. 1117 c.c., il muro perimetrale di delimitazione del condominio (anche in difetto di funzione portante), in favore di una proprietà estranea ad esso, con conseguente imposizione di una servitù per la cui costituzione è necessario il consenso scritto di tutti i condòmini ...": si consenta di rinviare, sul tema, al relativo commento di OTTOLINA I., "Edificio unico con doppio condominio: aperture irregolari nei muri condominiali e servitù di passaggio del condominio e del terzo proprietario", in www.eclegal.it, edizione del 17 novembre 2020.

[10] Cass. civ., sez. II, 04/12/2019 n. 31690.

[11] Sulla differenza tra i rimedi della rimessione in pristino e dell'actio negatoria servitutis si veda Trib. Catania, III sezione, 19/11/2019: "L'azione "negatoria servitutis" tende alla negazione di qualsiasi diritto, anche dominicale, affermato dal terzo sul bene e, quindi, non al mero accertamento dell'inesistenza della pretesa servitù ma al conseguimento della cessazione della dedotta situazione antigiuridica, al fine di ottenere la libertà del fondo, mentre la domanda di riduzione in pristino per aggravamento di una servitù esistente prospetta un'alterazione dei luoghi compiuta dal titolare di una servitù prediale, trovando fondamento nei rimedi di cui agli artt. 1063 e 1067 c.c."; in senso analogo: Cass. civ., sez. III, 19/01/2017 n. 203. Quanto all'alternativo rimedio del risarcimento del danno, si veda Cass. civ., sez. II, 30/10/2009 n. 23065, che lo qualifica in re ipsa ("In materia di condominio negli edifici, ove sia stata dimostrata l'occupazione abusiva, da parte di uno dei condomini, di una parte comune dello stabile, in modo tale da impedirne agli altri l'uso, anche potenziale, il danno deve ritenersi "in re ipsa", ed il relativo risarcimento decorre dalla data di commissione dell'illecito").





#### Diritto e procedimento di famiglia

# Moglie straniera perde la cittadinanza italiana perché il matrimonio era nullo

di Giuseppina Vassallo

#### Cass. civ., sez I, 11.11.2020 n. 25441

Il provvedimento di riconoscimento della cittadinanza per matrimonio da parte di una cittadina straniera, può essere annullato anche se il provvedimento che dichiara la nullità del vincolo matrimoniale sia successivo all'emissione del provvedimento.

La pubblica amministrazione agisce in autotutela d'ufficio, una volta constatata, anche successivamente, la mancanza dei requisiti originari per l'emissione del provvedimento.

Acquisto e perdita della cittadinanza italiana – nullità del matrimonio – L. n. 91/1992 art. 5, art. 8 – art. 129 c.c. – L. n. 241/1990 art. 21-nonies

#### **CASO**

Una donna russa contraeva matrimonio con un cittadino italiano nel 2006. Sei mesi dopo veniva chiesto il riconoscimento della cittadinanza italiana, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 91/1992, che le era concessa nell'aprile 2010.

Nel frattempo, con sentenza pronunciata dal Tribunale di Milano il 24 febbraio 2010, era dichiarata la nullità del matrimonio, per errore sulle qualità essenziali del coniuge (art. 122 c.c., comma 3 n. 1).

Il Ministero dell'Interno, con decreto del 2 marzo 2011, disponeva l'annullamento del provvedimento di concessione della cittadina italiana, per mancanza dei requisiti richiesti dalla legge.

La donna ricorreva al Tribunale di Venezia il quale, accogliendo la domanda, disapplicava il decreto ministeriale e accertava la cittadinanza italiana di parte attrice.

Secondo i giudici veneti, la legge richiede che il matrimonio sia esistente al momento in cui la cittadinanza è concessa. Rispetto a quel momento deve essere verificato se vi sia scioglimento, annullamento, cessazione degli effetti civili del matrimonio o separazione legale, essendo irrilevante ciò che accade in seguito.





Su impugnazione del ministero dell'Interno, la Corte d'appello di Venezia, ribaltava la decisione, respingendo la domanda di accertamento della cittadina della donna.

Il provvedimento è stato portato all'esame della Cassazione, con tre motivi di ricorso.

In primo luogo si denuncia l'omesso esame di un fatto decisivo, ossia che alla data di concessione della cittadinanza, risalente all'11 marzo 2010, la ricorrente era coniuge di un cittadino italiano, poiché la sentenza di nullità del matrimonio era passata in giudicato soltanto il 1° luglio 2010.

Con il secondo motivo si fa rilevare che alla data del provvedimento di revoca della cittadinanza era già maturato il termine di due anni per la conclusione del procedimento previsto dall'art. 8, comma 2 della legge n. 91/1992.

In base a tale disposto l'emanazione del decreto di rigetto dell'istanza è preclusa quando dalla data di presentazione dell'istanza stessa, corredata dalla prescritta documentazione, sia decorso il termine di due anni.

Infine, la ricorrente lamentava la mancata valutazione della presunzione di buona fede, a cui aveva fatto seguito l'errata applicazione dell'art. 128 c.c.

La Corte d'appello avrebbe totalmente ignorato che il matrimonio nullo produce effetti fino alla sentenza che pronunzia la nullità, a meno che lo stesso non sia stato contratto in mala fede (c.d. matrimonio putativo).

La causa è stata tenuta in pubblica udienza, in ragione dei profili di novità e rilevanza nomofilattica da affrontare.

#### **SOLUZIONE**

#### Percorso argomentativo seguito dalla Cassazione

I primi due motivi sono stati dichiarati infondati e il terzo ritenuto inammissibile.

La Corte ha esaminato i principi in tema di trasmissibilità della cittadinanza da parte di un coniuge ad un altro.

L'acquisto della cittadinanza non si consegue automaticamente con il matrimonio, essendo necessario l'intervento dell'amministrazione per verificare la presenza dei requisiti richiesti dalla legge.

L'autorità amministrativa ha spazi di valutazione discrezionale soltanto rispetto alla sussistenza di comprovati motivi di sicurezza che impediscono il riconoscimento della cittadinanza, e di conseguenza, può sempre verificare la mancanza dei requisiti anche oltre il





biennio.

La Corte ha affrontato la questione della validità erga omnes del giudicato nascente dalle decisioni sugli status.

In presenza di questo giudicato il giudice di legittimità può direttamente accertarne l'esistenza, anche attraverso il riesame degli atti del processo e la valutazione ed interpretazione degli atti processuali (così, Cass. Civ. 10383/2017, Cass. Civ. 21200/2009, Cass. Civ. S.U. 24664/2007).

L'esame diretto della sentenza del Tribunale di Milano, allegata agli atti, ha consentito alla Corte di rilevare che il matrimonio fu dichiarato nullo per fatti e comportamenti preesistenti al matrimonio, ignoti al marito ma imputabili – e dunque conosciuti – dalla moglie.

Su tali basi non ha errato la Corte distrettuale dichiarando che il vincolo matrimoniale non esisteva, poiché ciò era determinato dall'efficacia retroattiva della decisione assunta sulla validità del vincolo coniugale.

Quanto al termine biennale, il suo decorso aveva fatto venire meno il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione di rilevare l'esistenza di comprovati motivi inerenti alla sicurezza dello Stato e ostativi alla concessione della cittadinanza, ma persisteva, inalterato, il potere di verifica della mancanza dei requisiti previsti per il riconoscimento della cittadinanza.

La P.A. poteva dunque procedere all'annullamento d'ufficio – in autotutela L. n. 241/1990 – del decreto che ha riconosciuto la cittadinanza una volta constatata, anche successivamente, la mancanza dei requisiti originari per l'emissione del provvedimento.

#### QUESTIONI

Quanto alla rilevanza del così detto matrimonio putativo che consente nel nostro ordinamento di conservare gli effetti del vincolo fino alla data della statuizione giudiziale – efficacia *ex nunc* – è necessario dimostrare la buona fede del coniuge.

Nel caso di specie la Cassazione ha potuto acquisire gli elementi da cui risultava che solo il marito ignorasse la causa di nullità, mentre la moglie ne era a conoscenza.







#### Diritto e reati societari

### L'approdo della giurisprudenza in merito al recesso ad nutum nelle società di capitali aventi un termine di durata eccessivamente lungo

di Eleonora Giacometti

Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in materia di Impresa, sentenza n. 4186 del 14 luglio 2020.

**Parole chiave**: recesso – recesso *ad nutum* – durata della società – società di capitali – exit del socio di minoranza.

**Massima**: la previsione dell'art. 2437 comma 3 c.c. in merito al diritto di recesso del socio è norma di stretta interpretazione applicabile solo alle società per azioni a tempo indeterminato e, pertanto, è escluso il diritto di recesso "ad nutum" del socio di una società per azioni nel caso in cui lo statuto preveda una prolungata durata della società, anche qualora il termine sia estremamente lungo e lontano nel tempo.

Disposizioni applicate: articoli 2437 c.c., 2473 c.c., 2519 c.c., 2285 c.c.

Con il giudizio in esame gli attori soci di una Banca società cooperativa per azioni hanno convenuto in giudizio l'istituto di credito per chiedere l'accertamento e la dichiarazione della validità ed efficacia del recesso da loro esercitato, e la conseguente liquidazione delle loro partecipazioni sociali, invocando l'applicazione dell'art. 2437 comma 3 c.c. (espressamente richiamato dall'art. 2519 c.c. con riguardo alle società cooperative) che consente al socio di una S.p.A. avente durata indeterminata di esercitare il recesso *ad nutum* con un preavviso di 180 giorni.

Secondo la prospettazione attorea, poiché la banca convenuta aveva una durata statutaria prevista fino al 2080, tale durata era assimilabile a quella di una società a tempo indeterminato, in applicazione analogica del principio di cui all'art. 2285 c.c. adottato dalla giurisprudenza con riferimento alle società di persone, in base al quale si considera a tempo indeterminato anche la società la cui durata ecceda l'aspettativa di vita del socio.

La suddetta questione è stata affrontata in diverse occasioni, e con diverse interpretazioni, sia dalla giurisprudenza di merito che di legittimità; quest'ultima, solo di recente – con la pronuncia n. 4716/2020 citata anche nella sentenza in esame – ha proposto un mutamento del proprio precedente indirizzo circa l'equiparazione, sotto il profilo in questione, tra le società per azioni aventi un termine di durata particolarmente lungo, superiore all'aspettativa di vita





dei soci, e la società per azioni costituite a tempo indeterminato.

Con la suddetta sentenza, la Suprema Corte ha infatti fornito <u>un'interpretazione restrittiva</u> <u>dell'art. 2437, comma 3, c.c.</u>, secondo la quale <u>la possibilità di recedere ad nutum per il solo caso di una società con durata a tempo indeterminato deve ritenersi assolutamente tassativa e non può estendersi analogicamente all'ipotesi di una società avente una durata particolarmente lunga.</u>

Ciò in quanto è necessario effettuare una comparazione tra l'interesse del socio di S.p.A. a dismettere il proprio investimento e l'interesse del resto della compagine sociale e della società stessa di portare avanti il progetto imprenditoriale – facendo affidamento sulle risorse presenti e sulla certezza delle stesse – connesso all'interesse dei terzi creditori che, a propria volta, fanno affidamento sulla generica garanzia costituita dall'intero patrimonio sociale.

Richiamando tale assunto, ed il proprio precedente orientamento già espresso con la sentenza n. 5972 del 19 giugno 2019, il Tribunale di Milano ha quindi evidenziato la necessità di diversificare la disciplina delle società di capitali da quella delle società di persone, con riguardo in particolare alla rilevanza delle persone fisiche dei soci e alla rilevanza per i creditori sociali del capitale sociale, posto che (i) l'art. 2285 c.c. dettato per le società di persone ammette il recesso ad nutum quando la società sia contratta per l'intera vita del socio, ma ciò solo in quanto il contratto sociale, diversamente da quello delle società di capitali, è fondato sull'intuitus personae del socio; e (ii) nelle società di capitali deve essere preminente l'interesse dei creditori e dei terzi rispetto a quello del socio al disinvestimento, in quanto, mentre il socio ha scelto o accettato l'assetto organizzativo della società nel momento in cui è entrato nella compagine sociale, il creditore o il terzo restano invece esposti impotenti al rischio del depauperamento della garanzia generica, per effetto dell'esercizio imprevedibile della facoltà di recesso da parte del socio (diversamente dai creditori di una società di persone che possono fare affidamento, oltre che sul patrimonio societario, anche sui patrimoni personali dei soci illimitatamente responsabili).

Il Tribunale ha infine evidenziato che le suddette ragioni sono ancora più sostenibili con riguardo al recesso di una società che eserciti l'attività bancaria, come la società convenuta nel caso in esame, sottoposta all'osservanza di norme particolari a tutela del patrimonio cd. di vigilanza che, a garanzia di risparmiatori e terzi investitori, deve rispondere a particolari limiti di capienza e requisiti di qualità dell'attivo.

Per tutte le suddette ragioni, la domanda degli attori nei confronti della banca convenuta è dunque stata rigettata, con conseguente dichiarazione di invalidità ed inefficacia del recesso da loro esercitato (e compensazione delle spese in ragione del mutamento giurisprudenziale registrato in più occasioni sul tema).





Master di specializzazione

### IMPATTO DEL CORONAVIRUS SUI CONTRATTI E **SUL DIRITTO COMMERCIALE**



Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

accedi al sito >





#### Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

### La "data valuta" degli estratti conto dei contratti di leasing non è da sola idonea a rendere il rapporto opponibile al fallimento

di Andrea Cassini

Corte di Cassazione Civile, Sez. VI, Ordinanza n. 4953/2020 del 25/02/2020 (Ud. 20/11/2019), Pres. Scaldaferri, Rel. Caiazzo.

**Parole chiave**: Fallimento – domanda di ammissione al passivo – istanza di rivendicazione – locazione finanziaria – estratti conto – data valuta – data certa – esclusione.

Massima: "In tema di insinuazione allo stato passivo, le "date valuta" risultanti dagli estratti conto bancari relativi al contratto di leasing, non sono idonee a provare il tempo in cui le relative operazioni sono state realmente effettuate, né a conferire data certa alle stesse, essendo nella prassi bancaria utilizzate dette date in maniera convenzionale per postergare il tempo di effettuazione dei versamenti ed antergare invece quello dei prelievi" (massima ufficiale).

**Disposizioni applicate**: art. 95 l. fall.; art. 2704 c.c..

#### **CASO**

L'Istituto di credito Alfa ha presentato un'istanza di rivendicazione di beni mobili concessi in **locazione finanziaria**, con contestuale domanda di ammissione al passivo per crediti dovuti in virtù di tali rapporti.

Il giudice delegato ha però respinto le pretese della banca perché i contratti di **leasing** risultavano **privi di data certa** così come le scritture di modifica degli stessi, "poiché solo sul relativo frontespizio era stato apposto un timbro postale", e, quindi, li ha dichiarati **inopponibili** alla procedura concorsuale.

In ragione del provvedimento del giudice delegato, la banca ha proposto opposizione allo stato passivo che parimenti è stata rigettata.

Alfa è allora ricorsa in cassazione, affidandosi ad un unico motivo di gravame per mezzo del quale ha rilevato la violazione e falsa applicazione dell'art. 2704 c.c, oltre che la nullità del decreto impugnato.

Ad avviso della ricorrente, **l'anteriorità al fallimento** dei contratti sarebbe stata provata "dalle indicazioni delle date contenute nelle fatture di acquisto dei beni locati ...dai verbali di ricevimento e





constatazione; dagli estratti-conto analitici e dei piani finanziari ad essi correlati".

L'istituto ha altresì contestato l'omessa pronuncia da parte del Tribunale sulla domanda di ammissione dei crediti derivanti dai contratti di leasing.

#### **SOLUZIONE**

Senza esaminare la questione relativa all'apposizione del timbro postale solo sul frontespizio, perché insindacabile in sede di legittimità, la Corte ha rigettato il ricorso, ritenendo le "date valuta" presenti negli estratti conto inidonee a dimostrare l'anteriorità dei contratti di leasing rispetto al fallimento, perché non consentono di poter affermare con certezza il momento effettivo in cui le operazioni sono state eseguite.

Secondo il Collegio, inoltre, le "date valuta" non conferiscono i requisiti di cui all'art. 2704 c.c. anche perché utilizzate nella prassi bancaria "in maniera convenzionale per postergare il tempo di effettuazione dei versamenti ed antergare ... quello dei prelievi".

Infine, i giudici hanno censurato anche la doglianza formulata dall'istituto in ordine all'omessa valutazione della domanda di ammissione al passivo. Per la Corte, il Tribunale si è espresso in modo chiaro sull'insinuazione al passivo, rigettandola, e ciò proprio per la medesima ragione per cui ha respinto l'istanza di rivendicazione.

#### QUESTIONI

Col provvedimento in esame la Corte ha applicato anche agli **estratti conto relativi a dei contratti di leasing** il principio in ordine alle "**date valute**" espresso in precedenza in relazione ad un'azione revocatoria fallimentare riguardante somme risultanti dall'estratto di un conto corrente (Cass. 24137/2018).

Prima di trattare la presente questione, pare opportuno compiere alcune brevi precisazioni sul tema della data certa.

Come noto, il curatore fallimentare è da considerarsi terzo rispetto ai creditori del fallito che chiedono l'insinuazione al passivo o formulano un'istanza di rivendicazione, con conseguente necessità per tali soggetti di fornire la prova certa della data della scrittura privata posta a fondamento della propria pretesa.

In mancanza di data certa dell'anteriorità del credito rispetto alla dichiarazione di fallimento, la documentazione a supporto dello stesso sarà considerata inidonea e quindi il credito non sarà opponibile alla procedura.

Premesso ciò, occorre verificare se un semplice **estratto conto** possa o meno considerarsi munito di **data certa** o valevole a dimostrare **l'esatto momento** in cui le operazioni in esso contenute sono state effettivamente compiute.





Come rilevato nell'ordinanza in commento, in linea con un'altra precedente pronuncia (Cass. 16404/2018), "gli estratti conto, in sé considerati, non soddisfano la condizione posta dall'art. 2704, co. l, c.c." con l'effetto che l'istituto di credito **non** può avvalersi degli stessi **estratti di conto** – tout court intesi – per fornire la prova dell'anteriorità della data di un contratto.

A ciò deve poi aggiungersi che le "date valuta" non solo non possono essere invocate dagli intermediari per provare il tempo di effettivo compimento delle operazioni, ma le stesse non sono neppure idonee a conferire data certa ad un documento, in quanto prive di tutti i requisiti per poter identificare una certezza analoga a quella specificata nei fatti di cui all'art. 2704 c.c..

Come precisato dalla Corte nei provvedimenti sopra menzionati (Cass. 24137/2018 e 4953/2020), le "date valuta" sono utilizzate dalle banche in maniera del tutto convenzionale e ciò con il preciso scopo di postergare il tempo di effettuazione dei versamenti in conto e antergare invece il tempo dei prelievi, con l'evidenza che tale "strumento" – da solo – non può di certo ritenersi idoneo a dotare di data certa una scrittura privata, sia essa un contratto di conto corrente piuttosto che un rapporto di locazione finanziaria.







#### **Diritto Bancario**

## Sulla inammissibilità del mero rinvio alla CTP nell'atto di citazione

di Fabio Fiorucci

Nelle controversie bancarie è particolarmente avvertita l'esigenza che l'attore fornisca in modo circostanziato la prova dei fatti costitutivi della sua pretesa, allegando e provando – in modo specifico – le contestazioni sollevate: egli non può limitarsi ad allegazioni generiche, atteso che ciò finirebbe con il rendere l'azione proposta meramente esplorativa, limitata ad un elenco generale ed astratto di invalidità.

Esemplificando, nel giudizio promosso dal cliente di un istituto bancario che eserciti l'azione di ripetizione dell'indebito deducendo la contrarietà a norme imperative di determinate condizioni contrattuali, il correntista attore ha l'onere di allegare: 1) la condizione contrattuale illegittima o il comportamento illegittimo della banca, quindi, il titolo in forza del quale è stata eseguita la rimessa; 2) la singola rimessa; 3) la natura solutoria della rimessa, cioè che essa è stata eseguita su un conto scoperto. In alternativa, il cliente dovrà allegare la natura ripristinatoria della rimessa e la sua trasformazione in pagamento al momento della chiusura del conto; 4) la data del pagamento; 5) il calcolo delle diverse rimesse che consente di individuare la correttezza della somma finale richiesta a titolo di ripetizione di indebito.

Al riguardo, il mero richiamo o rinvio ad un documento esterno alla citazione, quale è la perizia di parte (CTP), non soddisfa i requisiti di validità della citazione, giacché l'atto giudiziale non può contenere un rinvio *per relationem* a documenti esterni la cui funzione suppletiva sarebbe quella di esplicitare il contenuto della citazione stessa. La giurisprudenza è assolutamente consolidata in tale senso: è invalido il mero rinvio, per la individuazione degli atti costitutivi della domanda (art. 163, comma 3 n. 3 e 4 c.p.c.), alla relazione peritale di parte (*ex multis*, Trib. Reggio Emilia 7.9.2020; Trib. Napoli Nord 5.6.2020; Trib. Velletri 18.6.2019; Trib. Roma 20.2.2019; Trib. Bologna 31.1.2018; Trib. Napoli Nord 6.4.2018 e Trib. Napoli 13.1.2017; Trib. Roma 12.6.2016).

Tale tecnica espositiva si pone in aperta violazione dell'art. 163, comma 3, n. 3 e (soprattutto) 4 c.p.c., dal momento che l'atto giudiziale deve essere autosufficiente e contenere nella sua interezza gli elementi strutturali richiesti dalla norma su richiamata, tra i quali, per quanto qui interessa, la determinazione dell'oggetto della domanda ma soprattutto l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda spiegata rispetto al caso sottoposto al vaglio del Giudice.

Il mero rinvio alla relazione tecnica di parte è inammissibile atteso che, in base al principio del





diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., le allegazioni implicite – ossia le dichiarazioni che rappresentano gli elementi fondamentali dell'azione e, in particolare, la causa petendi – devono essere portate a conoscenza, unitamente all'atto di citazione, del convenuto per consentire allo stesso di esercitare immediatamente, nel termine libero di cui all'art. 163 bis c.p.c., il proprio diritto di difesa, che comprende anche la facoltà di non costituirsi in giudizio e di rimanere inerte, avendo piena e completa cognizione dei fatti che la controparte pone a sostegno della pretesa fatta valere dinanzi al tribunale (per tutti Cass., Sez. Un., n. 8077/2012).

Quanto precede, a tacere della circostanza che il profilo assertivo e quello probatorio devono essere comunque tenuti distinti.

In tali fattispecie (mero rinvio nella citazione alla CTP) l'onere probatorio a carico dell'attore non può ritenersi assolto, e la domanda di parte attrice è nulla e deve essere dichiarata inammissibile.

Tale esigenza di autosufficienza e completezza dell'atto introduttivo è particolarmente avvertita nei giudizi a cognizione sommaria *ex* art. 702 bis c.p.c., considerati i caratteri di immediatezza da cui sono caratterizzati. La peculiarità di tali procedimenti induce, peraltro, a ritenere che non possano neppure essere concessi i termini di cui all'art. 164 quinto comma c.p.c. per sanare i profili di nullità ravvisati (Trib. Roma 12.6.2016: nella medesima decisione è anche evidenziato, riguardo ad una richiesta di CTU, « che il procedimento sommario di cognizione è rivolto alla decisione di quelle controversie che necessitano di una istruzione non complessa, tale non potendosi ritenere la causa che richieda l'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio »).







#### Nuove tecnologie e Studio digitale

### Il contract management

di Giuseppe Vitrani

Con il termine **contract management** si indicano generalmente tutte le misure messe in atto al fine di comprendere, interpretare ed eseguire il contratto nell'interesse di una determinata impresa.

Come noto ai sensi dell'art. 1321 c.c. il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale; si tratta dunque dello strumento fondamentale che regola la vita economica di un'impresa o di un'attività professionale. E anzi è una banale considerazione quella secondo cui è proprio il susseguirsi delle relazioni contrattuali a determinare la vita di un ente economico (impresa o professionista che sia).

In tale contesto si può inserire in maniera proficua il contract management, inteso come processo volto ad una gestione standardizzata dei contratti aziendali; si noti: standardizzata e non automatizzata, il che vuol dire che l'elemento umano è sempre presente ma viene guidato da alcune direttrici predeterminate.

Si può dunque ipotizzare un percorso che inizi dalla fase precontrattuale e categorizzi alcuni parametri in grado di accompagnare l'impresa nella scelta del contraente, come le garanzie e la solvibilità che questa possa offrire (elementi fondamentali in un contratto di fornitura) o le competenze tecniche in suo possesso, magari legate al possesso di specifiche certificazioni (a loro volta essenziali laddove si debbano effettuare lavorazioni di una certa qualità). In tale scenario, la mancata rispondenza ai criteri meritocratici sopra esaminati può costituire causa di esclusione dell'aspirante contraente.

Effettuata la scelta della controparte contrattuale, il processo di contract management deve senz'altro prevedere percorsi predeterminati per la fase di stipula del sinallagma; percorsi che prevedano:

- modelli standard di testi contrattuali in grado di predeterminare i bisogni dell'impresa;
- una identificazione degli SLA che si ritiene debbano essere proposti;
- le modalità concrete di stipula, che contemplino la possibilità di utilizzare firme elettroniche e strumenti di recapito elettronico.

Successivamente alla stipula del contratto si entra nella fase più critica, ove il processo in esame può esplicare al meglio le sue potenzialità, che è quella della esecuzione del sinallagma.





In questa fase è bene vengano predeterminati veri e propri automatismi, che ad esempio consentano l'applicazione di penali per il mancato rispetto degli SLA, o che misurino l'efficacia e tempestività della prestazione.

In questo contesto ben possono essere inseriti elementi che spesso vengono identificati come smart contract ma che più propriamente possono essere inquadrati nella logica dell'ITTTH (*if this than that*), ovvero nella logica del software che presidia la fase esecutiva del contratto e che è in grado di far scaturire elementi predeterminati a seguito dell'accadimento di determinati fatti (l'esempio più classico in tal senso è l'aumento del premio della polizza nel caso in cui si subiscano sinistri nell'annualità precedente). Elementi che, tra l'altro, non debbono essere per forza intesi come penalizzazioni ma che possono anche avere carattere premiale e che consentono ad esempio di agganciare la redditività della prestazione alla puntualità nell'adempimento.

La fase esecutiva ben si presta inoltre ad approfondite attività di auditing e reporting in modo da avere un indice di misura sempre aggiornato dell'andamento della relazione contrattuale.

Il complesso delle attività di contract management consente altre attività cruciali per l'azienda, come ad esempio la valutazione della performance che può operare in una duplice direzione:

- valutare se una determinata prestazione sia meritevole di rinnovo, naturalmente ove d'interesse per l'azienda;
- evitare di dover affrontare un lungo contenzioso laddove invece la relazione non prosegua per il verso giusto e possa portare all'inadempimento o all'accumularsi di situazioni debitorie difficili da risolvere anche in via giudiziale.

All'esito di questa disamina sintetica appare evidente come l'attività di contract management costituisca una funzione essenziale nella gestione amministrativa dell'impresa e dell'attività professionale e come possa coinvolgere diverse figure, che vanno dall'esperto di questioni legali (esempio, un legale interno), al dipendente dotato di esperienza in economia aziendale e finanche all'analista interna.

Si prefigura in sostanza una vera e propria organizzazione, un team interno in grado di sovraintendere alla vita contrattuale dell'ente economico e, in ultima analisi, in grado di incidere profondamente sulla vita aziendale di quest'ultimo.

