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

Edizione di martedì 27 aprile 2021

Proprietà e diritti reali

Proprietà immobiliare e interventi di ristrutturazione: un caso interessante su alcuni presupposti dell'illecito edilizio
di **Ilaria Ottolina, Avvocato**

Procedimenti di cognizione e ADR

Sui rapporti tra il rigetto dell'istanza di disposizione della consulenza tecnica d'ufficio e l'applicazione dell'art. 2697 c.c.
di **Marco Russo, Avvocato**

Esecuzione forzata

Il debitore esecutato conserva interesse all'opposizione agli atti esecutivi ai fini delle spese, anche in caso di dichiarazione negativa del terzo pignorato
di **Valentina Scappini, Avvocato**

Obbligazioni e contratti

Mutuo di scopo e mancato raggiungimento dell'obiettivo: nullità o risoluzione del contratto?
di **Paolo Cagliari, Avvocato**

Diritto successorio e donazioni

Usucapione di bene ereditario da parte di uno dei coeredi
di **Matteo Ramponi, Avvocato**

Diritto e reati societari

La responsabilità degli amministratori e del cd. socio gestore in caso di fallimento della società
di **Eleonora Giacometti, Avvocato**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

L'ordine di cancellazione delle ipoteche in sede di vendita concordataria è subordinato all'esperimento di una procedura competitiva
di **Paolo Cagliari, Avvocato**

Diritto Bancario

Collegamento negoziale tra mutuo fondiario e rapporti di conto corrente da estinguere
di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

LEGAL COUNSEL

La comunicazione: uno strumento per fare squadra
di **Amalia Di Carlo - Ufficio stampa di Marketude**

Proprietà e diritti reali

Proprietà immobiliare e interventi di ristrutturazione: un caso interessante su alcuni presupposti dell'illecito edilizio

di **Ilaria Ottolina, Avvocato**

T.A.R. Lazio, Roma, sez. II bis, sentenza 23 novembre 2020, n. 12304

Immobili e proprietà – edilizia e urbanistica – interventi realizzati in assenza o difformità del titolo edilizio – sanzione pecuniaria o demolizione – eccezionalità della sanzione pecuniaria – prova dell'indemolibilità degli abusi a carico del proprietario – assenza – aumento di superficie e di volume – tenuità dell'abuso – non sussiste – interventi di manutenzione straordinaria – differente distribuzione interna dell'immobile – titolo edilizio – non necessario – comunicazione di inizio lavori – necessaria.

Riferimenti normativi: art. 3, co. 1, lett. b), D.P.R. n. 380/2001 – art. 6-*bis* D.P.R. n. 380/2001

"… la sanzione pecuniaria per interventi realizzati in assenza o difformità del titolo edilizio [è] *una misura eccezionale, alternativa alla demolizione solo ove risulti l'impossibilità del ripristino …"*

"… neppure le altre doglianze, svolte in relazione alla eventuale tenuità degli abusi ed alla pretesa irrilevanza anche edilizia degli stessi, … [sono] *in alcun modo condivisibili, stante l'indubbio aumento di superficie e di volume utile prodotto dai lavori, anche se riguardo al c.d. "vano tecnico" – solo per scelta del ricorrente adibito a locale caldaia ma comunque costituito da un locale chiuso, formato da una struttura permanente, stabilmente ancorata al suolo e parte integrante delle altre opere volte ad aumentare l'estensione dell'abitazione principale – …*

"… come evidenziato dalla costante giurisprudenza, "gli interventi di manutenzione straordinaria di cui all'art. 3, comma 1, lett. b), D.P.R. n. 380 del 2001, ivi compresa l'apertura di porte interne e lo spostamento di pareti interne, purché non riguardino le parti strutturali dell'edificio, possono essere eseguiti senza alcun titolo", anche se previa comunicazione, con conseguente "illegittimità dell'ordine di demolizione di opere edilizie e di ripristino dello stato dei luoghi, nel caso di interventi ascrivibili alle fattispecie assoggettate al regime della comunicazione di inizio lavori (c.i.l.), qualora essi si concretizzino nella diversa distribuzione interna …"

CASO

La sentenza in commento è interessante perché contiene tre principi di diritto – peraltro espressi in modo sintetico e lineare – in tema di abusi edilizi posti in essere dal privato proprietario, che effettua alcune opere all'esterno e all'interno del proprio immobile.

La vicenda è la seguente: il proprietario ricorrente adiva il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio per ottenere l'annullamento della determinazione dirigenziale di Roma Capitale (nonché degli atti presupposti e conseguenti), avente ad oggetto l'ingiunzione di rimozione (o demolizione) degli interventi di ristrutturazione edilizia abusivamente posti in essere nell'immobile di proprietà (si trattava, per la precisione, della *"… realizzazione, sul terrazzo di proprietà, di due manufatti con copertura di legno e tegole, pareti in muratura ed infissi di metallo e vetro … collegati da una pensilina in aderenza all'unità immobiliare … e in alcune differenze nella distribuzione interna dell'appartamento, rispetto all'ultimo titolo edilizio abitativo presente agli atti …"*).

A sostegno della propria domanda, il ricorrente deduceva l'illegittimità e la manifesta erroneità dei provvedimenti impugnati, per non avere **a)** applicato la sanzione pecuniaria in luogo di quella ripristinatoria, tenuto anche conto della non demolibilità delle opere eseguite sul terrazzo (che peraltro, a suo dire, non avevano comportato alcun pregiudizio per le altre parti dell'immobile), **b)** tenuto conto, in ogni caso, della tenuità degli abusi edilizi e **c)** ritenuto non necessario il titolo edilizio per gli interventi di manutenzione straordinaria all'interno dell'immobile.

Il Comune di Roma Capitale si costituiva in giudizio, chiedendo il rigetto del ricorso, siccome infondato.

SOLUZIONE

Il T.A.R. del Lazio accoglieva in parte il ricorso, annullando il provvedimento impugnato limitatamente alla parte relativa alla differente distribuzione interna dell'appartamento, atteso che tali opere possono essere eseguite senza alcun titolo, purché non incidano sulle parti strutturali dell'edificio e, comunque, previa comunicazione di inizio lavori; rigettava invece il ricorso per la restante (e preponderante) parte, relativa alle opere eseguite sul terrazzo, stante la mancata prova della non demolibilità delle stesse e, comunque, della tenuità degli abusi edilizi posti in essere.

QUESTIONI GIURIDICHE

1) Sulla non configurabilità di abuso edilizio in caso di diversa distribuzione interna

Le opere eseguite all'interno dell'immobile del ricorrente – segnatamente: apertura di porte e spostamento di pareti, in modo tale da modificare la distribuzione interna dei volumi, senza tuttavia incidere sulle parti strutturali dell'edificio – sono state qualificate come **"manutenzione straordinaria"**, dato peraltro non contestato.

A mente dell'**art. 3, comma 1, lett. b), D.P.R. n. 380/2001** (recante *"Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia"*), **come modificato dal "decreto semplificazioni" D.L. 16/07/2020, n. 76 convertito in Legge 11/09/2020, n. 120**, *"Ai fini del presente testo unico si intendono per: … **b) "interventi di manutenzione straordinaria"**, le opere e le modifiche necessarie*

per rinnovare e sostituire parti anche strutturali degli edifici, nonché per realizzare ed integrare i servizi igienico-sanitari e tecnologici, sempre che non alterino la volumetria complessiva degli edifici e non comportino mutamenti urbanisticamente rilevanti delle destinazioni d'uso implicanti incremento del carico urbanistico. Nell'ambito degli interventi di manutenzione straordinaria sono ricompresi anche quelli consistenti nel frazionamento o accorpamento delle unità immobiliari con esecuzione di opere anche se comportanti la variazione delle superfici delle singole unità immobiliari nonché del carico urbanistico purché non sia modificata la volumetria complessiva degli edifici e si mantenga l'originaria destinazione di uso. Nell'ambito degli interventi di manutenzione straordinaria sono comprese anche le modifiche ai prospetti degli edifici legittimamente realizzati necessarie per mantenere o acquisire l'agibilità dell'edificio ovvero per l'accesso allo stesso, che non pregiudichino il decoro architettonico dell'edificio, purché l'intervento risulti conforme alla vigente disciplina urbanistica ed edilizia e non abbia ad oggetto immobili sottoposti a tutela ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 …".

Sotto il profilo del regime amministrativo degli interventi edilizi, allo stato il T.U.E. subordina l'inizio di lavori di manutenzione straordinaria alla presentazione all'ente competente della **comunicazione di inizio attività asseverata da un tecnico (C.I.L.A.), ai sensi dell'art. 6-*bis* del D.P.R. n. 380/2001** (in precedenza, sino all'abrogazione ad opera del c.d. "decreto SCIA 2" D.Lgs. n. 222/2016, tale tipo di intervento richiedeva la semplice comunicazione di inizio lavori o C.I.L., *ex* art. 6, comma 2, D.P.R. n. 380/2001, e rientrava nell'attività edilizia libera[1].

Di poi, il carattere residuale degli interventi subordinati a comunicazione di inizio lavori asseverata (art. 6-*bis* T.U.E.:"*Gli interventi non riconducibili all'elenco di cui agli* ***articoli 6, 10 e 22*** …") – segnatamente, nell'ordine: attività di edilizia libera, interventi subordinati a permesso di costruire e interventi subordinati a segnalazione certificata di inizio attività – evidenzia, per esclusione, che l'attività di manutenzione straordinaria debba essere avviata previa comunicazione di inizio lavori asseverata[2].

Ebbene, la sentenza in commento, nell'accogliere il ricorso sotto il profilo della non configurabilità di abuso edilizio in caso di mera ridistribuzione degli ambienti interni, conferma il principio giurisprudenziale secondo il quale *"gli interventi di manutenzione straordinaria … purché non riguardino le parti strutturali dell'edificio,* ***possono essere eseguiti senza alcun titolo, anche se previa comunicazione*** …": in altre parole, l'interessato **non** deve richiedere all'ente comunale il rilascio del **permesso di costruire** ma deve piuttosto trasmettere all'ufficio competente la (più semplice) **comunicazione di inizio lavori**, che ora dev'essere asseverata da un tecnico[3].

Da detto principio discende che **l'omessa comunicazione di inizio lavori** (circostanza che peraltro non pare ricorrere nel caso di specie) **non può giustificare l'irrogazione della sanzione demolitoria** (fatta eccezione per le zone vincolate), posto che essa presuppone il dato formale della realizzazione dell'opera senza il prescritto titolo abilitativo, nonché la suscettibilità dell'opera edilizia a produrre una significativa trasformazione urbanistica ed edilizia[4].

Del resto, il dato normativo commina, coerentemente, la sanzione pecuniaria pari a mille euro in caso di mancata comunicazione asseverata di inizio lavori, sanzione peraltro che si riduce a due terzi se la comunicazione è effettuata spontaneamente durante l'esecuzione dei lavori (art. 6-*bis*, comma 5, D.P.R. n. 380/2001).

Si può dunque concludere, sul punto, che la decisione resa dal Giudice Amministrativo in commento *in parte qua* sia pienamente condivisibile.

2) Sui procedimenti repressivi degli abusi edilizi e sulla configurabilità di abuso edilizio in caso di aumento di volume e di superficie

a) Tutt'altro è il discorso nel caso in cui l'opera realizzata determini un aumento di volume e di superficie: **in assenza o difformità del titolo edilizio, si ha abuso edilizio, in via generale, l'opera dev'essere demolita**.

E' quanto afferma – *a contrario*, ossia sotto il profilo dell'eccezione alla regola – anche la sentenza in commento, laddove si legge che "*… la **sanzione pecuniaria** per interventi realizzati in assenza o difformità del titolo edilizio* [è] *una misura eccezionale, **alternativa alla demolizione solo ove risulti l'impossibilità del ripristino** …*": tale principio, del resto, è pacifico in giurisprudenza e deriva dalla maggiore gravità della condotta di chi realizza delle opere in assenza o difformità dal titolo edilizio, rispetto a quella di colui che omette di comunicare l'inizio dei lavori all'ufficio pubblico competente[5].

Anche il dettato normativo è, sul punto, inequivocabile: gli **articoli 31, 33 e 34 del T.U.E.** declinano infatti, rispettivamente, a) gli interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali, b) gli interventi di ristrutturazione edilizia in assenza di permesso di costruire o in totale difformità e c) gli interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire: ebbene, il dato comune in tutti i casi è che **tali abusi edilizi debbono essere rimossi o demoliti**.

Peraltro, in tutti e tre i casi, l'alternativa della sanzione pecuniaria in luogo di quella demolitoria/ripristinatoria è del tutto eccezionale e subordinata **a)** a prevalenti interessi pubblici (art. 31, co. 5), **b)** ad impossibilità del ripristino dello stato dei luoghi (art. 33, co. 2), **c)** al pregiudizio della parte eseguita in conformità (art. 34, co. 2): nel caso di specie – osserva il T.A.R. Lazio – l'asserita impossibilità di demolire gli abusi è stata dichiarata in modo meramente apodittico, senz'alcun riscontro probatorio a fondamento, con conseguente rigetto del ricorso sul punto.

b) Ultimo argomento su cui il Giudice Amministrativo in commento viene chiamato a pronunciarsi è quello relativo all'asserita tenuità o irrilevanza edilizia degli abusi effettuati sulla parte esterna dell'immobile, invocata dal proprietario ricorrente.

Prospettazione che, tuttavia, deve misurarsi con la sussistenza, nel caso, dell'**aumento di volume e di superficie prodotto dai lavori eseguiti, in assenza o difformità del titolo edilizio** (si

rammenta, a questo proposito, che sul terrazzo erano stati realizzati due manufatti con copertura in legno e tegole, pareti in muratura ed infissi di metallo e vetro, collegati da una pensilina in aderenza all'unità immobiliare).

Ebbene, il T.A.R. adito è netto nell'escludere la prospettazione difensiva del ricorrente, atteso che *"… l'indubbio aumento di superficie e di volume utile prodotto dai lavori, anche se riguardo al c.d. "vano tecnico" – solo per scelta del ricorrente adibito a locale caldaia ma comunque costituito da un locale chiuso, formato da una **struttura permanente**, **stabilmente ancorata al suolo** e **parte integrante delle altre opere volte ad aumentare l'estensione dell'abitazione principale** – …"* costituisce una definitiva alterazione della costruzione originaria, ossia una **nuova costruzione** (art. 3, comma 1, lett. e.5, D.P.R. n. 380/2001)[6].

In altre parole, proprio il **carattere permanente e stabile della nuova costruzione, idonea ad accrescere l'estensione dell'immobile**, declinano le condizioni giuridicamente rilevanti sotto il profilo edilizio ed urbanistico, sicché sarebbe stato necessario il previo ottenimento di idoneo titolo edilizio (permesso di costruire).

Diverso sarebbe stato in caso di opera "precaria" o temporanea: *"… la "precarietà" dell'opera, **che esonera dall'obbligo del possesso del permesso di costruire**, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. e.5), D.P.R. n. 380 del 2001, postula un **uso specifico e temporalmente delimitato del bene** e non ammette che lo stesso possa essere finalizzato al soddisfacimento di esigenze permanenti nel tempo"*[7].

[1] Per un approfondimento sul punto si rinvia al parere del Consiglio di Stato 4 agosto 2016, n. 1784; in estrema sintesi e per quanto interessa in questa sede, nell'intento di ulteriore semplificazione dell'attività amministrativa, la Legge Madia n. 124/2015 prima e il decreto attuativo c.d. "SCIA 2" n. 222/2016 poi, hanno sostituito la C.I.L. con la C.I.L.A. – tant'è che ora l'attività di edilizia libera non richiede nemmeno la comunicazione di inizio lavori, attesa l'irrilevanza sul territorio e sull'assetto complessivo degli interessi urbanistici della tipologia di opere ricadenti in tale attività edilizia – ed hanno potenziato il ricorso alla S.C.I.A., che già nel 2010 (art. 49, comma 4-*ter*, D.L. n. 78/2010) aveva sostituito la denuncia d'inizio attività (D.I.A.) con la più semplice "segnalazione" (art. 19 L.n. 241/1990).

[2] *Art. 6-bis **Interventi subordinati a comunicazione di inizio lavori asseverata**: **1. Gli interventi non riconducibili all'elenco di cui agli articoli 6, 10 e 22, sono realizzabili previa comunicazione, anche per via telematica, dell'inizio dei lavori** da parte dell'interessato all'amministrazione competente, fatte salve le prescrizioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente, e comunque nel rispetto delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia e, in particolare, delle norme antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienico-sanitarie, di quelle relative all'efficienza energetica, di tutela dal rischio idrogeologico, nonché delle disposizioni contenute nel codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al* decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42. ***2. L'interessato trasmette all'amministrazione comunale l'elaborato progettuale e la comunicazione di inizio dei lavori asseverata da un tecnico abilitato**, il quale attesta, sotto la propria responsabilità, che i lavori sono*

conformi agli strumenti urbanistici approvati e ai regolamenti edilizi vigenti, nonché che sono compatibili con la normativa in materia sismica e con quella sul rendimento energetico nell'edilizia e che non vi è interessamento delle parti strutturali dell'edificio; la comunicazione contiene, altresì, i dati identificativi dell'impresa alla quale si intende affidare la realizzazione dei lavori. ***3.*** *Per gli interventi soggetti a CILA, ove la comunicazione di fine lavori sia accompagnata dalla prescritta documentazione per la variazione catastale, quest'ultima è tempestivamente inoltrata da parte dell'amministrazione comunale ai competenti uffici dell'Agenzia delle entrate.* ***4.*** *Le regioni a statuto ordinario: a) possono estendere la disciplina di cui al presente articolo a interventi edilizi ulteriori rispetto a quelli previsti dal comma 1; b) disciplinano le modalità di effettuazione dei controlli, anche a campione e prevedendo sopralluoghi in loco.* ***5. La mancata comunicazione asseverata dell'inizio dei lavori comporta la sanzione pecuniaria pari a 1.000 euro****. Tale sanzione è ridotta di due terzi se la comunicazione è effettuata spontaneamente quando l'intervento è in corso di esecuzione".*

[3] Si vedano sul punto: Cons. Stato, sez. VI, 03/09/2020, n. 5354, in cui si legge che *"In materia urbanistica, la diversa distribuzione degli ambienti interni mediante eliminazione e spostamenti di tramezzature, purché non interessi le parti strutturali dell'edificio, costituisce attività di manutenzione straordinaria soggetta al regime della comunicazione di inizio lavori ai sensi dell'art. 6-bis del D.P.R. n. 380/2001, che disciplina gli interventi subordinati a comunicazione di inizio lavori asseverata"*; T.A.R. Lazio Roma, sez. II *quater*, Sent., 06/12/2017, n. 12096; T.A.R. Campania Salerno, sez. II, 02/01/2019, n. 1.

E' interessante annotare, sia pure incidentalmente, il concetto urbanistico di **pertinenze** (più ristretto e non sempre coincidente con quello applicato in materia civilistica *"… qualora* [le opere pertinenziali] *siano suscettibili, per struttura, posizione distaccata dall'edificio principale o dimensioni, di assolvere ad una funzione autonoma …"*: sul punto BELLUCCI G. – PELLEGRINI P., *"La repressione degli abusi edilizi"*, Torino, 2012, pag. 31 e ss.), anch'esso sottratto, in via generale, al regime del titolo edilizio concessorio:*"Non è legittimo l'ordine di demolizione di una tettoia che per caratteristiche morfologiche di realizzazione e destinazione funzionale – struttura in ferro aperta sui lati, ricoperta da onduline, meramente strumentale ad un opificio, di dimensioni adeguate ad assolvere le finalità produttive, senza incremento del carico urbanistico – è riconducibile alla nozione di pertinenza urbanistica, ordinariamente sottratta al regime del titolo edilizio concessorio. Infatti, in materia urbanistica può parlarsi di pertinenza solo quando si tratti di opere che non comportino un nuovo volume, come una tettoia o un porticato aperto da tre lati, nonché di opere che comportino un nuovo e modesto volume tecnico confermandosi con ciò, in definitiva, che devono essere tali da non alterare in modo significativo l'assetto del territorio o incidere sul carico urbanistico, caratteristiche queste la cui sussistenza deve essere peraltro dimostrata dall'interessato"* (T.A.R. Campania Salerno, n. 1/2019, *cit.*).

[4] *Ex multis*: Cons. Stato, n. 5354/2020, *cit.*; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 18/04/2011, n. 574; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 11/04/2011, n. 660.

[5] Cons. Stato, n. 5354/2020, *cit.*; T.A.R. Campania Napoli, sez. VI, 10/08/2020, n. 3564: *"Quando venga accertata la realizzazione di abusi edilizi, il Comune deve senza alcun tipo di*

indugio emanare l'ordine di demolizione e ciò per il solo fatto di aver riscontrato l'abusività delle opere così costruite".

[6] Cons. Stato Sez. II, 02/12/2020, n. 7631: "*In materia edilizia è da considerarsi intervento di nuova costruzione, come tale assoggettato al regime abilitativo del permesso di costruire di cui agli artt. 3 e 10 del D.P.R. n. 380/2001, la costruzione di manufatti edilizi fuori terra, ivi inclusi l'installazione di manufatti leggeri, anche prefabbricati e di strutture di qualsiasi genere*"; T.A.R. Marche Ancona Sez. I, 04/11/2020, n. 637; T.A.R. Liguria Genova Sez. I, 08/10/2020, n. 685; T.A.R. Campania Napoli Sez. VI, 20/11/2020, n. 5395.

[7] T.A.R. Campania Salerno, n. 1/2019, *cit.*

Procedimenti di cognizione e ADR

Sui rapporti tra il rigetto dell'istanza di disposizione della consulenza tecnica d'ufficio e l'applicazione dell'art. 2697 c.c.

di **Marco Russo, Avvocato**

Cass., sez. II., 19 febbraio 2021, n. 4518 *Pres.* Di Virgilio, *Rel.* Tedesco

Procedimento civile – Consulenza tecnica d'ufficio – Onere della prova – Giudice – Ammissibilità – (C.p.c. artt. 61, 62, 194, 195; C.c. art. 2697)

L'ammissione della consulenza tecnica costituisce esercizio di un potere discrezionale del giudice di merito; ciò non toglie, però, che il giudice non possa, da un lato, negare ingresso all'istanza di consulenza tecnica e, dall'altro, ritenere nel contempo indimostrati i fatti che, per effetto della consulenza stessa, si sarebbero potuti invece, provare.

CASO

La decisione in commento trae origine dal contenzioso tra l'attrice, istituita erede con un primo testamento olografo del 15 luglio 1986 e la convenuta, istituita con testamento pubblico successivo avente ad oggetto, tra le altre dichiarazioni, la revoca della precedente scrittura.

In primo grado è impugnato il testamento posteriore, sulla base dell'affermata incapacità di intendere e di volere della testatrice.

Il tribunale rigetta la domanda argomentando, in motivazione, in ordine agli esiti dell'istruttoria, dalla quale, a fronte delle dichiarazioni di segno opposto rese dai testimoni indicati dall'attrice, era emersa la piena capacità della *de cuius* come confermato, tra gli altri riscontri, dalla testimonianza del notaio che aveva ricevuto il testamento pubblico e del medico di fiducia della testatrice stessa.

La sentenza è confermata in appello.

Avverso quest'ultima decisione è proposto ricorso per cassazione, al quale resistono gli eredi della convenuta nei gradi di merito

SOLUZIONE

La Cassazione accoglie il terzo motivo, con cui la ricorrente ha denunciato la "violazione e

falsa applicazione dell'art. 61 c.p.c. e art. 2697 c.c." e l'"omesso esame di un fatto controverso e decisivo per il giudizio, oggetto di discussione fra le parti", rappresentato dall'aver "tempestivamente", e senza successo, "richiesto la nomina di un consulente tecnico medico legale, reiterando la richiesta nel corso del giudizio di primo grado", con scelta resa ancor più censurabile alla luce dell'*iter* logico- giuridico adottato nella sentenza di primo grado, e confermato in appello, che ha motivato il rigetto della pretesa sulla base del fallimento dell'attrice all'onere di dimostrare l'incapacità di intendere e di volere.

La ricorrente lamenta cioè che *avrebbe potuto* assolvere tale onere, ma che ciò sia stato impedito dalla scelta, da parte dei giudici del merito, di non dare ingresso alla consulenza tecnica d'ufficio.

La Cassazione aderisce a tale ricostruzione, osservando in motivazione che "seppure la corte d'appello abbia riconosciuto la 'prevalenza' delle dichiarazioni testimoniali che deponevano nel senso della capacità cognitiva della testatrice, la decisione nel suo complesso non è fondata sul positivo riscontro di uno stato di capacità della stessa testatrice, tale da rendere superflua la consulenza tecnica", quanto invece sulla "insufficienza degli elementi acquisiti in giudizio ai fini della prova della incapacità".

E in tale contesto, conclude la Corte, non opera la rigida regola dell'art. 2697 c.c., per cui nel caso di specie dovrebbe dichiararsi il fallimento dell'onere probatorio dell'attrice e dunque il rigetto della domanda, ma "si deve" al contrario "riconoscere che la consulenza tecnica, in materia di incapacità del testatore, è in linea di principio strumento efficiente d'indagine idoneo a permettere all'attore di assolvere al proprio onere. Sotto questo profilo, pertanto, la corte d'appello è realmente incorsa nella violazione della norma sull'onere probatorio, oggetto di denuncia con il motivo in esame, avendo ritenuto "indimostrati i fatti che, per effetto della consulenza stessa, si sarebbero potuti, invece, provare".

QUESTIONI

La sintetica rievocazione del fatto processuale contenuta nella motivazione della decisione in epigrafe non permette di comprendere una circostanza dirimente ai fini della valutazione della fondatezza della censura, e dunque della condivisibilità o meno del principio di diritto affermato dalla Cassazione. Non è chiaro in altre parole se la doglianza abbia avuto ad oggetto l'impossibilità di ottenere dal C.T.U, una valutazione tecnica di fatti già tempestivamente allegati e dimostrati; ovvero se il ricorrente abbia invece lamentato che la scelta del tribunale, poi condivisa dalla corte d'appello, le abbia impedito di far entrare, attraverso lo schermo della consulenza, fatti non allegati, su cui il perito, una volta acquisito tali fatti, sarebbe stato chiamato ad esprimere la propria valutazione tecnica (fattispecie, quest'ultima, nella quale l'istanza di C.T.U., sia pure c.d. percipiente, apparirebbe meramente esplorativa e dunque nessun errore, neppure sul piano astratto, avrebbero commesso le corti di merito nel decidere la causa senza la previa disposizione della consulenza).

La Corte esamina infatti direttamente gli effetti giuridici della fattispecie, ricordando che

- l'ammissione della consulenza tecnica costituisce esercizio di un potere discrezionale del giudice di merito (Cass., 13 febbraio 2020, n. 3936; Cass., 1° ottobre 2019, n. 24487, che si diffonde sul potere "ampiamente discrezionale" del giudice in materia di C.T.U. e giunge ad affermare che sul punto "non è esercitabile alcun sindacato in sede di legittimità", il ché, come si dirà *infra*, deve comunque intendersi limitato all'ipotesi in cui non appaia meramente apparente);
- ex art. 591 c.c., comma 1, la capacità di testare è la regola e si presume, mentre l'incapacità è l'eccezione, e dunque la prova dell'incapacità del testatore nel momento in cui fece testamento deve essere fornita con ogni mezzo in modo rigoroso e specifico dalla parte che l'abbia dedotta (Cass., 10 ottobre 2018, n. 25053);
- la stessa dimostrazione può giungere da "qualunque mezzo consentito dal nostro ordinamento giuridico" (Cass.22 ottobre 2019, n. 26873);

e precisando infine, nel passo della motivazione in cui si concentra il maggiore interesse del provvedimento, che il giudice non può "da un lato, negare ingresso all'istanza di consulenza tecnica e, dall'altro, ritenere nel contempo indimostrati i fatti che, per effetto della consulenza stessa, si sarebbero potuti invece, provare, specie quando oggetto dell'accertamento risultino elementi rispetto ai quali la consulenza si presenta come lo strumento più efficiente d'indagine e la parte si trovi, se non nell'impossibilità, quanto meno nella pratica difficoltà di offrire adeguati parametri di valutazione".

Il principio espresso dalla Corte conferma la linea giurisprudenziale che tollera, e in certi casi persino estende la "finestra" che spesso la C.T.U., nella prassi, lascia indebitamente aperta ad un recupero, per le parti, della possibilità di assolvere ai propri oneri probatori, e ciò malgrado le affermazioni, affidate a massime tralatizie, per cui il mezzo, teoricamente, non sarebbe disponibile al fine di esonerare la parte dall'onere di fornire la prova di quanto assume ed è, quindi, legittimamente negato qualora la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni od offerte di prova, ovvero di compiere un'indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati" (Cass. 9 maggio 2016, n. 9318).

La discutibile dinamica descritta dalla Cassazione nella sentenza in esame presuppone al contrario che il giudice non possa rigettare l'istanza di C.T.U. formulata dalle parti, e in generale nel loro ipotetico silenzio non possa concludere per la mancata dimostrazione di un fatto costitutivo, laddove tale fallimento sia anche solo in parte attribuibile all'omessa disposizione della consulenza tecnica.

L'affermazione non è in realtà inedita.

Nello stesso senso si era espressa la Corte nella decisione 8 gennaio 2003, n. 87: in quell'occasione la Cassazione aveva escluso la logicità della motivazione con cui il giudice del merito aveva rigettato l'istanza, "omettendo di confutare le ragioni addotte dalla parte a sostegno della medesima", e aveva ritenuto "nel contempo indimostrati i fatti che, per effetto della consulenza stessa, si sarebbero potuti invece, provare"; il ché secondo la citata sentenza risulterebbe foriero di incongruenze "specie quando oggetto dell'accertamento risultino

elementi rispetto ai quali la consulenza si presenta come lo strumento più efficiente d'indagine e la parte si trovi, se non nell'impossibilità, quanto meno nella pratica difficoltà di offrire adeguati parametri di valutazione".

Proprio quest'ultimo chiarimento può orientare il giudice di merito nel difficile coordinamento tra l'apertura alla prova "tramite" C.T.U. e l'affermazione, posta a premessa del ragionamento anche dalla sentenza in commento, per cui la disposizione della C.T.U, rientra nel potere discrezionale dell'organo giudicante.

Tale potere può infatti dirsi logicamente esercitato, e dunque può ritenersi sottratto ad un sindacato da parte della Corte di cassazione (nei ristretti confini in cui, a partire dalle note Sezioni Unite n. 8053/2014, un sindacato della Corte sulla qualità della motivazione è ancora ipotizzabile) soltanto laddove la parte, nell'istanza di C.T.U., abbia compiutamente illustrato le ragioni tecniche per cui versa "nell'impossibilità [o] quanto meno nella pratica difficoltà" di assolvere, con i propri mezzi, all'onere della prova su fatti la cui conoscenza può essere acquisita solo da chi possieda una determinata preparazione tecnica", e in ogni caso con due ulteriori limiti opportunamente posti dalla giurisprudenza: l'esclusione della possibilità di provare tramite la C.T.U. di fatti, sia pure di natura tecnica, dimostrabili anche per via testimoniale (v. in tal senso la non recente, ma chiara delimitazione operata da Cass., 22 gennaio 1985, n. 250, per cui "la consulenza tecnica può costituire fonte oggettiva di prova solo quando si risolva in valutazioni tecniche e in accertamenti di situazioni di fatto tali da essere rilevabili unicamente col ricorso a determinate cognizioni tecniche, senza che il consulente possa essere chiamato ad accertare fatti che possono formare normale oggetto di prova testimoniale"); la nullità, assoluta e dunque rilevabile d'ufficio indipendentemente dall'eventuale acquiescenza delle parti, della consulenza viziata dallo "svolgimento di indagini peritali su fatti estranei al *thema decidendum* della controversia o l'acquisizione ad opera dell'ausiliare di elementi di prova", nella specie documentali, senza la specifica autorizzazione del giudice (Cass., 6 dicembre 2019, n. 31886).

Esecuzione forzata

Il debitore esecutato conserva interesse all'opposizione agli atti esecutivi ai fini delle spese, anche in caso di dichiarazione negativa del terzo pignorato

di **Valentina Scappini, Avvocato**

Cassazione civile, sesta sez., sentenza, 21 gennaio 2021, n. 1098; Pres. Amendola; Rel. D'Arrigo.

*Anche in caso di dichiarazione negativa del terzo pignorato il debitore esecutato ha sempre interesse (*ex *art. 100 c.p.c.) a contestare con l'opposizione* ex *art. 617 c.p.c. la regolarità formale di un pignoramento presso terzi ovvero l'impiego di un mezzo di espropriazione non previsto dalla legge per il tipo di bene aggredito, dato che l'opposizione agli atti esecutivi è lo strumento per far valere il vizio della procedura ed impedire che la stessa giunga a compimento, con conseguente attribuzione al creditore di un bene a cui non avrebbe avuto diritto per il tramite di un'espropriazione illegittimamente intrapresa. (In applicazione del principio, la S.C. ha riconosciuto l'interesse della debitrice a proporre l'opposizione* ex *art. 617 c.p.c. avverso il pignoramento di titoli di credito perché eseguito* ex *artt. 543 ss. c.p.c., anziché nelle forme dell'art. 1997 c.c.)".*

CASO

N. ha promosso un pignoramento immobiliare presso terzi ai sensi dell'art. 543 c.p.c. avverso la debitrice Euroimmobiliare s.r.l. relativamente alle somme a questa dovute da M.M. e C.I. in forza di effetti cambiari rilasciati in favore della società esecutata.

Euroimmobiliare s.r.l., per mezzo di opposizione agli atti esecutivi *ex* art. 617 c.p.c., ha eccepito che il pignoramento dei titoli di credito dovesse effettuarsi ai sensi dell'art. 1997 c.c. e non nelle forme del pignoramento presso terzi.

La procedura esecutiva era dichiarata estinta dal Tribunale di Lecce per omessa iscrizione a ruolo, come previsto dall'art. 159-*ter* disp. att. c.p.c.

La società debitrice procedeva comunque a introdurre il giudizio di merito al fine di chiedere la condanna di N. al pagamento delle spese di lite, secondo il principio della soccombenza virtuale.

L'opposizione veniva dichiarata inammissibile, giacché la società non avrebbe avuto interesse ad agire "*atteso che ogni eventuale epilogo dello stesso* (giudizio di opposizione, n.d.r.) *non avrebbe comportato alcuna conseguenza dannosa nei suoi confronti*".

Euroimmobiliare s.r.l. ha proposto ricorso per cassazione avverso la decisione del Tribunale di Lecce, dolendosi, nei due motivi, della circostanza di essere stata ritenuta carente di interesse ad agire nel proporre opposizione agli atti esecutivi, nei confronti del pignoramento presso terzi eseguito a suo danno.

SOLUZIONE

Ritenendolo manifestamente fondato e pronunciandosi, quindi, *ex* art. 380-*bis* c.p.c., la Suprema Corte di cassazione ha accolto il ricorso principale, cassato la sentenza e rinviato al Tribunale di Lecce in persona di diverso magistrato affinché decida sulla scorta del principio riportato in epigrafe.

QUESTIONI

La Corte di Cassazione ha rilevato che dalla lacunosa motivazione della sentenza impugnata sembra evincersi che il Giudice di primo grado avesse ritenuto Euroimmobiliare s.r.l. carente di interesse a proporre l'opposizione *ex* art. 617 c.p.c., per il sol fatto che le terze pignorate, M.M. e C.I., avevano reso dichiarazione negativa.

Rileva la Suprema Corte che il debitore esecutato ha sempre interesse, ai sensi dell'art. 100 c.p.c., a contestare la regolarità formale di un pignoramento presso terzi, anche qualora detti terzi abbiano reso dichiarazione negativa, oppure quando – come nella fattispecie – il mezzo di espropriazione non è quello previsto dalla legge per il tipo di bene aggredito.

D'altra parte, è proprio con l'opposizione agli atti esecutivi che il debitore può far valere il vizio della procedura ed impedire che la stessa, ancorché viziata, giunga egualmente a conclusione, con l'attribuzione al creditore di un bene – credito, titolo cambiario o somma di denaro – che egli non avrebbe avuto diritto a conseguire per mezzo di una espropriazione intrapresa illegittimamente.

Anche la mancata iscrizione a ruolo del pignoramento da parte del creditore, comportante l'estinzione della procedura esecutiva, non ha rilievo con riguardo all'interesse del debitore esecutato a contestare proprio detta procedura.

Tale interesse permane sempre in capo al (supposto) debitore, quantomeno per ottenere la liquidazione delle spese di causa secondo il principio della soccombenza virtuale, che, indipendentemente dalla cessazione della materia del contendere, impone di considerare la fondatezza delle prospettazioni iniziali delle parti e, su tale valutazione, liquidare le spese processuali.

Nel caso di specie, ai fini dell'accertamento della soccombenza virtuale, deve considerarsi l'esistenza di un interesse ad agire *ex* art. 100 c.p.c. al tempo in cui è stata proposta l'opposizione, non avendo rilevanza alcuna la successiva estinzione della procedura esecutiva per mancata iscrizione a ruolo.

Seminario di specializzazione
VENDITA TELEMATICA E OFFERTA
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

Obbligazioni e contratti

Mutuo di scopo e mancato raggiungimento dell'obiettivo: nullità o risoluzione del contratto?

di **Paolo Cagliari, Avvocato**

Cass. civ., sez. I, 25 gennaio 2021, n. 1517 – Pres. Genovese – Rel. Dolmetta

Parole chiave: Mutuo – Di scopo – Interesse del mutuante – Sussistenza – Necessità – Mancato raggiungimento dello scopo – Nullità – Insussistenza – Risoluzione per inadempimento – Sussistenza

[1] Massima: *La mera enunciazione, nel testo contrattuale, che il mutuatario utilizzerà la somma erogatagli per lo svolgimento di una data attività o per il perseguimento di un dato risultato non è, di per sé, idonea a integrare gli estremi del mutuo di scopo convenzionale, per il cui inveramento occorre, di contro, che lo svolgimento dell'attività dedotta o il risultato perseguito siano, nel concreto, rispondenti a uno specifico e diretto interesse anche proprio della persona del mutuante, che vincoli l'utilizzo delle somme erogate alla relativa destinazione. Nel caso di mutuo di scopo convenzionale, il punto del necessario rispetto della destinazione delle somme erogate all'effettivo conseguimento dello scopo prefissato è assicurato sul piano dello svolgimento del sinallagma funzionale del rapporto, con la conseguenza che all'inadempimento del mutuatario seguirà la risoluzione del relativo contratto.*

Disposizioni applicate: cod. civ., artt. 1418, 1453, 1455, 1813

CASO

Una società otteneva un finanziamento dichiaratamente destinato a consentire l'esecuzione di investimenti immobiliari, ma che, in realtà, veniva utilizzato per ripianare l'esposizione debitoria nei confronti del medesimo istituto di credito mutuante.

Intervenuto il fallimento della società mutuataria, il credito restitutorio della banca non veniva ammesso al passivo, in ragione della ritenuta nullità del contratto di mutuo, in quanto stipulato in frode alle ragioni dei creditori, cioè nella consapevolezza di entrambe le parti che non si trattava di finanziamento finalizzato a investimenti immobiliari, ma a estinguere debiti pregressi di natura chirografaria.

L'opposizione della banca avverso il provvedimento di esclusione veniva parzialmente accolta: il tribunale, infatti, rilevava come il mutuo, sebbene non concesso per le finalità dichiarate, era stato, nondimeno, accordato e fruito dalla società mutuataria, che, grazie a esso, aveva

effettivamente ripianato lo scoperto di conto corrente, trasformandolo in debito a lungo termine.

Avverso tale pronuncia, proponevano ricorso per cassazione sia la banca (che lamentava il mancato riconoscimento del rango ipotecario al proprio credito), sia – in via incidentale – il curatore fallimentare (che insisteva, tra l'altro, per la declaratoria di nullità del contratto di mutuo, sul presupposto che il mancato assolvimento dell'impegno a realizzare lo scopo sotteso all'erogazione, che viene a formare parte integrante del sinallagma contrattuale, è causa di invalidità del negozio, per mancanza originaria della causa).

SOLUZIONE

[1] La Corte di Cassazione ha accolto il ricorso incidentale proposto dalla curatela, affermando, da un lato, che il mancato raggiungimento dello scopo cui è finalizzato il mutuo non determina la nullità o l'invalidità del contratto, ma la possibilità di dichiararlo risolto per inadempimento del mutuatario e rilevando, dall'altro lato, che l'operazione concretamente posta in essere dalla banca e dalla società fallita non poteva nemmeno qualificarsi quale mutuo, integrando un mero riscadenziamento del debito, ossia una semplice modifica accessoria dell'obbligazione.

QUESTIONI

Nella fattispecie esaminata nella sentenza che si annota, veniva in considerazione una particolare declinazione del contratto di mutuo, ossia quello cosiddetto di scopo, nella particolare variante in cui la finalità sottesa all'erogazione delle somme non è imposta o prevista dalla legge, ma deriva dalle pattuizioni convenute dalle parti e consacrate nell'accordo negoziale.

Si parla di mutuo di scopo quando nell'erogazione del credito acquista rilievo, accanto alla causa creditizia, il motivo specifico per il quale viene concesso il finanziamento, venendo la clausola di destinazione a inserirsi nel contratto e a conformarlo alle esigenze che si intendono raggiungere: il mutuante, cioè, pone un vincolo all'utilizzo delle somme concesse, in modo tale che l'impiego del capitale, da motivo esterno alla struttura negoziale, entra a fare parte del regolamento contrattuale e a carico del mutuatario sorge una vera e propria obbligazione – consistente nell'impiego del denaro erogato nel modo previsto, ossia per raggiungere la specifica e determinata finalità inserita nel sinallagma contrattuale – che si pone in termini di corrispettività rispetto all'ottenimento della somma erogata. Tale obbligazione di destinazione è ciò che contraddistingue propriamente il mutuo di scopo, in quanto la sua funzione economica e sociale non si esaurisce nel godimento del danaro e nel conseguente obbligo di restituzione, ma implica la realizzazione del risultato economico esplicitamente individuato.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, perché si possa parlare di mutuo di scopo occorre che lo svolgimento dell'attività dedotta o il risultato da raggiungere risponda a

uno specifico interesse pubblico (quando si tratta di mutuo di scopo legale) o coinvolga un diretto interesse comune al mutuatario e al mutuante (quando si tratta di mutuo di scopo convenzionale);

Occorre, altresì, che il testo contrattuale contenga un patto o una clausola (cosiddetta di destinazione), da cui risulti in modo chiaro che l'erogazione è vincolata a una determinata e specifica utilizzazione.

Di conseguenza, qualora venga prevista nel contratto di finanziamento una destinazione delle somme volta a soddisfare un interesse esclusivo del mutuatario, si tratta di una mera esteriorizzazione dei motivi del negozio, non incidente sulla sua causa e, dunque, sul tipo contrattuale, sicché si esula dal mutuo di scopo; d'altro canto, la mera enunciazione, nel testo contrattuale, di una determinata destinazione delle somme oggetto di erogazione non è, di per sé, sufficiente per ritenere che essa abbia carattere vincolante ovvero esclusiva, com'è richiesto nel caso in cui si tratti di mutuo di scopo.

Sebbene sia stato affermato, con riguardo al mutuo di scopo legale, che l'accordo con cui le parti orientino l'operazione di finanziamento verso un fine diverso da quello stabilito in via imperativa dalla legge provoca la nullità del contratto per illiceità della causa, non altrettanto può dirsi quando si sia in presenza di un mutuo di scopo convenzionale.

La precisazione è indubbiamente importante, perché – spesso in virtù di una riproduzione tralaticia di principi di diritto affermati in relazione al mutuo di scopo legale (caratterizzato dalla pregnante presenza di un interesse pubblico, che trascende quello privato del mutuante e del mutuatario) – alcune pronunce hanno ritenuto estensibile anche al mutuo di scopo convenzionale la sanzione della nullità.

Nel mutuo di scopo convenzionale, invece, fatto salvo il caso in cui sia la finalità stessa individuata dalle parti a risultare intrinsecamente illecita o impossibile da perseguire, il mancato raggiungimento dello scopo per inadempimento del mutuatario o per la sopravvenuta impossibilità di raggiungerlo attiene non tanto alla fase genetica del rapporto (interferendo con la sua validità), quanto a quella esecutiva, facendo emergere un suo difetto funzionale.

Il soggetto finanziato, infatti, si obbliga non solo a restituire la somma mutuata e a corrispondere gli interessi, ma anche a realizzare lo scopo previsto, giacché – come detto – caratteristica essenziale della figura negoziale in parola è rappresentata dalla compartecipazione del mutuante all'interesse verso cui è diretta la destinazione della somma erogata; in altre parole, nel sinallagma contrattuale, la prestazione che il mutuatario si impegna a eseguire assume rilievo essenziale in corrispettività dell'attribuzione del finanziamento, sicché, quando è mancata la realizzazione della finalità prevista, il contratto può essere risolto per inadempimento del mutuatario.

È da ricondurre alla fondamentale pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n.

26724 del 19 dicembre 2007, la distinzione tra norme che riguardano, rispettivamente, la validità del contratto (attinenti a elementi intrinseci della fattispecie negoziale, ossia alla struttura o al contenuto essenziale del contratto) e il comportamento dei contraenti (cioè il modo in cui viene data, di volta in volta, attuazione agli obblighi gravanti sulle parti), nonché l'affermazione per cui solo l'inosservanza delle prime può generare la nullità del contratto, mentre la violazione delle seconde – salvo che non sia diversamente previsto dalla legge – è fonte di responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto, senza incidere sulla genesi dell'atto negoziale (quanto meno nel senso di provocarne la nullità).

Sulla scorta di tali principi, l'affermazione – contenuta nella sentenza che si annota – per cui il mancato perseguimento dello scopo da parte del mutuatario non è destinato a incidere sulla validità del contratto, ma esclusivamente sull'esplicazione del sinallagma funzionale, con la conseguenza che non si potrà discutere di invalidità negoziale, ma di risolubilità, è pienamente condivisibile.

Nella pronuncia viene, peraltro, precisato che l'operazione conclusa dalle parti nemmeno poteva farsi rientrare nell'alveo di un ordinario contratto di mutuo, che, per la sua natura di contratto reale, implica la consegna del denaro che ne costituisce oggetto; consegna che, per quanto possa avvenire anche in forme assai rarefatte, deve comunque realizzare il passaggio delle somme dal patrimonio del mutuante a quello del mutuatario e il correlativo trasferimento della loro proprietà e disponibilità.

Quando, al contrario, si effettui il ripianamento di un debito a mezzo di nuovo credito, mediante l'accredito della somma asseritamente mutuata su un conto corrente gravato da un'esposizione debitoria, non si verifica alcun effettivo trasferimento di denaro, ma una mera operazione contabile (qualificabile in termini di mero differimento del tempo di esecuzione della prestazione dovuta, secondo la figura del *pactum de non petendo*, che determina una semplice modificazione accessoria dell'obbligazione e non comporta novazione), alla quale non è sotteso un accordo comportante l'attribuzione della proprietà o della disponibilità delle corrispondenti somme: l'accredito, infatti, comporta, ai sensi e per gli effetti previsti dall'art. 1852 c.c., un'automatica e immediata modifica del saldo, precludendo ogni possibile ed eventuale utilizzabilità della somma da parte del correntista e senza eliminare la sostanza del debito (che viene semplicemente traslato, peraltro senza che ciò possa tradursi in un evento naturalisticamente e giuridicamente apprezzabile, attesa la natura fungibile del denaro).

L'unica eccezione a tale regola si ha quando l'accredito risulta di importo superiore all'esposizione debitoria: in questo caso, infatti, l'eccedenza entra nell'effettiva disponibilità del correntista, che la può concretamente impiegare, rientrandosi, dunque, nel contesto tipologico del mutuo.

Seminario di specializzazione
COMPRAVENDITE IMMOBILIARI
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

Diritto successorio e donazioni

Usucapione di bene ereditario da parte di uno dei coeredi

di **Matteo Ramponi, Avvocato**

Cassazione Civile, Sez. 2, ordinanza n. 9359 del 08 aprile 2021

Possesso – Effetti – Usucapione – Comunione ereditaria – Usucapione da parte del coerede della quota degli altri eredi – Ammissibilità – Condizioni – Mutamento del compossesso in possesso esclusivo – Necessità – Fattispecie

Il coerede che, dopo la morte del *de cuius*, sia rimasto nel possesso del bene ereditario può, prima della divisione, usucapire la quota degli altri eredi, senza necessità di interversione del titolo del possesso; a tal fine, però, egli, che già possiede "animo proprio" ed a titolo di comproprietà, è tenuto ad estendere tale possesso in termini di esclusività, godendo del bene con modalità incompatibili con la possibilità di godimento altrui e tali da evidenziare un'inequivoca volontà di possedere "*uti dominus*" e non più "*uti condominus*", risultando a tal fine insufficiente l'astensione degli altri partecipanti dall'uso della cosa comune[1].

Disposizioni applicate

Articoli 714, 1140, 1141, 1146, 1158, 1164 e 1102, comma 2, cod. civ

[1] Tizio conveniva in giudizio le proprie parenti domandando che venisse accertato in suo favore l'intervenuto acquisto per usucapione dell'intera proprietà di un immobile, di cui l'attore e le convenute erano comproprietari *pro indiviso* e *iure hereditario*, ma sul quale, a giudizio dell'attore stesso, egli esercitava da oltre un ventennio il possesso in via esclusiva.

Le convenute si costituivano nel giudizio di primo grado chiedendo il rigetto delle domande attoree e, in via riconvenzionale, di accertare l'illegittima occupazione dell'immobile da parte dell'attore e la sua condanna al pagamento dell'indennità dovuta per l'occupazione abusiva.

Il Tribunale adito rigettava sia la domanda dell'attore che quella riconvenzionale delle convenute.

Tizio impugnava la sentenza e la Corte di Appello accoglieva il gravame, dichiarandolo "*esclusivo proprietario, per intervenuta usucapione, dell'appartamento*".

[2] La cugina e la zia di Tizio hanno proposto ricorso in Cassazione, articolandolo su tre motivi, strettamente connessi tra loro; l'attenzione del presente contributo verrà focalizzata sugli ultimi due

Il secondo motivo, in particolare, contestava la valutazione che il Giudice di secondo grado ha fatto in ordine alla mancata disponibilità delle chiavi dell'appartamento in capo alle ricorrenti, ritenendola elemento sufficiente ai fini della sussistenza dell'*animus excludendi*.

Con il terzo si è rilevato come la Corte d'appello abbia erroneamente affermato che il possesso esercitato da Tizio non poteva essere conseguenza di un atteggiamento di mera tolleranza da parte degli altri compossessori, non solo perché ciò doveva essere provato da questi ultimi, ma anche perché l'uso prolungato nel tempo di un bene non è normalmente compatibile con la tolleranza.

La Corte di Cassazione ha ritenuto fondati i motivi ed ha cassato con rinvio la sentenza impugnata.

[3] La pronuncia in oggetto ha costituito l'occasione per ribadire e chiarire la posizione, che può dirsi costante nella giurisprudenza di legittimità, in ordine alla usucapibilità di un bene in comunione ereditaria da parte di uno dei coeredi.

Nel proprio percorso argomentativo, la Suprema Corte – al fine di evidenziare come il fatto che le comproprietarie non fossero nella disponibilità delle chiavi dell'appartamento in oggetto non potesse essere ritenuto elemento di per sé sufficiente ad attestare il possesso necessario per l'acquisto per usucapione della proprietà del bene – ricorda come sia vero che "*il coerede che, a seguito della morte del de cuius, sia rimasto nel possesso del bene ereditario può, prima della divisione, usucapire la quota degli altri eredi, senza necessità di interversione del titolo del possesso*"[2]. Precisa, però, che a tal fine "*egli, che già possiede animo proprio e a titolo di comproprietà, è tenuto ad estendere tale possesso in termini di esclusività, il che avviene quando il coerede goda del bene con modalità incompatibili con la possibilità di godimento altrui e tali da evidenziare una inequivoca volontà di possedere uti dominus e non più uti condominus*"[3], *non essendo sufficiente l'astensione degli altri partecipanti dall'uso della cosa comune*".

Gli ermellini evidenziano pertanto come il fatto che Tizio – che già abitava con il padre l'appartamento e quindi aveva le chiavi del medesimo – abbia continuato ad essere il solo ad averne la disponibilità non indicasse, di per sé, il possesso esclusivo dell'immobile.

Diverso valore, potrebbe avere la sostituzione di una serratura della quale tutti i coeredi avessero la chiave. In tale ipotesi sarebbe, in ogni caso, necessario provare che tale sostituzione sia stata compiuta al fine d'escludere i coeredi dal possesso.[4]

In ultimo, la Corte di Cassazione esamina la circostanza della tolleranza da parte degli altri compossessori all'utilizzo esclusivo del bene da parte di Tizio. Viene, a tal proposito richiamata la giurisprudenza anteriore, a giudizio della quale "*in tema di usucapione, per stabilire se un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o altro diritto reale sia stata compiuta con l'altrui tolleranza e sia quindi inidonea all'acquisto del possesso, la lunga durata dell'attività medesima può integrare un elemento presuntivo nel senso dell'esclusione della tolleranza qualora non si tratti di rapporti di parentela, ma di rapporti di mera amicizia o buon*

vicinato, giacché nei secondi, di per sé labili e mutevoli, è più difficile, a differenza dei primi, il mantenimento della tolleranza per un lungo arco di tempo".[5] Pur tuttavia, evidenziano i Giudici come il riferimento alla tolleranza operato dalla Corte d'Appello non fosse conferente nel caso di specie, ove Tizio, essendo coerede, era già possessore e ciò che doveva provarsi era l'esercizio esclusivo – nel senso di esclusione del compossesso dei coeredi – del dominio sulla *res* comune.

[4] La posizione della Giurisprudenza di legittimità appare, dunque, univoca e consolidata nel ritenere necessaria l'individuazione dell'elemento soggettivo ai fini dell'usucapione di un bene ereditario da parte di uno dei coeredi: deve provarsi l'esistenza di una inequivoca volontà di possedere *uti dominus* e non più *uti condominus*.

Non può tuttavia, al riguardo, ignorarsi la diversa opinione di parte della dottrina, a giudizio della quale dovrebbe escludersi rilevanza all'*animus possidendi*.[6]

Tale teoria si fonda sull'interpretazione dell'articolo 714 cod. civ., ove non si rinviene alcun riferimento all'elemento soggettivo. Bisognerebbe, pertanto, aversi riguardo esclusivamente alle caratteristiche oggettive del rapporto che il soggetto ha con il bene; rapporto che deve esser tale da escludere gli atri coeredi dalla possibilità di godere del bene stesso. "*L'esame del giudice di merito per l'accertamento della esclusività del possesso non deve quindi indirizzarsi all'(incerto) elemento soggettivo del possessore ma alle circostanze oggettive sopra descritte*".[7]

[1] Nella specie la Suprema Corte, riformando la pronuncia di merito, ha escluso che possa costituire prova dell'usucapione di un appartamento la circostanza che il coerede, che già vi abitava con il padre, abbia continuato, dopo la morte di questi, ad essere l'unico ad averne la disponibilità.

[2] È la stessa pronuncia in commento a richiamare Cass. Civ., Sez. 2, Sentenza n. 966 del 16/01/2019, nelle cui motivazioni, testualmente si afferma: "*Diversamente da quanto assume il ricorrente, la Corte d'appello non ha fondato la decisione sul rilievo che non vi fosse prova di atti di interversione del possesso – che non sono richiesti ai fini dell'usucapione di beni ereditari -, bensì sul rilievo che non fosse provato il possesso ad excludendum, vale a dire una situazione nella quale il rapporto materiale del coerede con i beni ereditari sia tale da escludere gli altri coeredi dalla possibilità di analogo rapporto.*

La decisione in diritto è conforme alla giurisprudenza consolidata di questa Corte, secondo la quale il coerede che dopo la morte del de cuius sia rimasto nel possesso del bene ereditario può, prima della divisione, usucapire la quota degli altri eredi, senza necessità di interversione del titolo del possesso; a tal fine, egli, che già possiede animo proprio ed a titolo di comproprietà, è tenuto ad estendere tale possesso in termini di esclusività, il che avviene quando il coerede goda del bene con modalità incompatibili con la possibilità di godimento altrui e tali da evidenziare una inequivoca volontà di possedere uti dominus e non più uti condominus. A tale riguardo non è univocamente significativo che egli abbia utilizzato ed amministrato il bene ereditario e che i coeredi si siano astenuti da analoghe attività, sussistendo la presunzione iuris tantum che abbia agito nella qualità

e operato anche nell'interesse anche degli altri coeredi".

[3] In tal senso si vedano, altresì: Cass. Civ., Sez. 2, Sentenza n. 10734 del 04/05/2018: "*Non è, al riguardo, univocamente significativo che egli abbia utilizzato ed amministrato il bene ereditario e che i coeredi si siano astenuti da analoghe attività, sussistendo la presunzione "iuris tantum" che abbia agito nella qualità e operato anche nell'interesse degli altri*", nonché Cass. Civ., Sez. 2, Sentenza n. 7221 del 25/03/2009: "*Il coerede che dopo la morte del "de cuius" sia rimasto nel possesso del bene ereditario, può, prima della divisione, usucapire la quota degli altri eredi, senza necessità di interversione del titolo del possesso; a tal fine, egli, che già possiede "animo proprio" ed a titolo di comproprietà, è tenuto ad estendere tale possesso in termini di esclusività, il che avviene quando il coerede goda del bene in modo inconciliabile con la possibilità di godimento altrui e tale da evidenziare una inequivoca volontà di possedere "uti dominus" e non più "uti condominus", non essendo sufficiente che gli altri partecipanti si astengano dall'uso della cosa comune*"..

[4] Così Cass. Civ., Sez. 2, Sentenza n. 1370 del 18/02/1999: "*per tale ipotesi, devesi, comunque, provare che l'azione sia stata voluta e manifestata al fine d'escludere il compossesso dei coeredi e non piuttosto a fini d'ordinaria manutenzione o di migliore preservazione dell'immobile e di quanto in esso contenuto*".

Sulle circostanze che possano dimostrare od escludere il possesso esclusivo di uno dei coeredi, si vedano anche:

– Cass. Civ., Sez. 2, Sentenza n. 22444 del 09/09/2019, la quale ha ritenuto non fosse stata data prova del possesso esclusivo e che i coeredi fossero compossessori e non detentori del bene ereditario: *"(...) conferma del compossesso veniva ravvisata dalla gestione dei beni ereditari per conto degli altri fratelli, e, in particolare, nella richiesta di contributo per la ristrutturazione dell'immobile, anche per conto dei coeredi, nonché nell'indicazione della loro qualità di comproprietari contenuta nella sua denuncia di successione, in tal modo dimostrando di utilizzare ed amministrare il bene comune nell'interesse di altri, con il loro consenso tacito.*

Il godimento dei beni ereditari non era, quindi, avvenuto uti dominus, ma con il consenso degli altri coeredi, che avevano delegato la gestione e l'amministrazione dei numerosi beni ereditari";

– Cass. Civ., Sez. 2, Sentenza n. 12260 del 20/08/2002: "*Qualora (...) il comproprietario – coerede sia stato, a seguito di amichevole divisione del compendio ereditario, immesso nel possesso di un bene in assenza di un contestuale atto di mandato ad amministrare da parte degli altri coeredi, egli prende, per tale via, a possedere (anche ai fini dell'usucapione) pubblicamente ed a titolo esclusivo il bene assegnatogli "de facto", senza che sia necessaria una formale interversione del titolo del possesso o un'interversione di fatto, una mutazione, cioè, negli atti di estrinsecazione del possesso medesimo tale da escluderne un pari godimento da parte degli altri coeredi*".

[5] Cass. Civ., Sez. 2, Sentenza n. 11277 del 29/05/2015

[6] S. PATTI, "*L'usucapione del coerede*", in Famiglia, persone e successioni, n. 10/2008, pagg.

815 ss.; nonché in Contratto di divisione e autonomia privata – Atti del Convegno tenutosi a Santa Margherita di Pula il 30-31 maggio 2008 – Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato n. 4/2008, pagg. 125 ss.

[7] Così S. PATTI, op. cit.

Diritto e reati societari

La responsabilità degli amministratori e del cd. socio gestore in caso di fallimento della società

di **Eleonora Giacometti, Avvocato**

Tribunale di Catania, Sezione Specializzata in materia di Impresa, Sentenza n. 4684/2019 pubblicata il 29 novembre 2019.

Parole chiave: Società di capitali – Società a responsabilità limitata – azione di responsabilità – responsabilità degli amministratori – responsabilità del socio – socio gestore

Massima: L'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 2476 co. 7 c.c. può avere ad oggetto anche gli atti compiuti dal socio cd. "gestore", ma ciò nei soli casi in cui lo stesso, esercitando una qualche forma di influenza sulle scelte degli amministratori, abbia tenuto un comportamento positivo, dal quale possa dedursi tale influenza e l'intenzionalità di arrecare danno alla società, ai soci o ai creditori sociali mediante l'induzione degli amministratori all'inadempimento ai propri doveri.

Disposizioni applicate: artt. 2476 c.c., 2482 *bis* e *ter* c.c. e 2476 c. 7° c.c.

Con il giudizio in esame la curatela del Fallimento di una S.r.l. ha promosso un'azione sociale di responsabilità *ex* art. 146 L. fall. convenendo in giudizio gli amministratori della società fallita, rilevando la loro responsabilità ai sensi degli artt. 2476 e 2482 *bis* e *ter* c.c, nonché la responsabilità solidale del socio (non amministratore) per gli atti di *mala gestio* posti in essere durante il periodo di amministrazione del figlio ai sensi dell'art. 2476 c. 7° c.c.

In particolare, la Curatela denunciava le seguenti condotte di *mala gestio*: **(i)** l'omessa o irregolare tenuta delle scritture contabili, **(ii)** la violazione dell'obbligo di convocazione dell'assemblea dei soci e riduzione del capitale sociale ai sensi degli artt. 2482 *bis* e *ter*, **(iii)** l'indebita prosecuzione dell'attività sociale in presenza di una causa di scioglimento della società *ex* art. 2484 n. 4 c.c. **(iv)** la sussistenza di indebiti prelievi dal conto corrente societario di somme date a mutuo alla società fallita **(v)** l'occultamento e la distrazione di beni e licenze commerciali **(vi)** la cessione gratuita di un ramo d'azienda e di beni strumentali della fallita in favore di altre società riconducibili allo stesso nucleo familiare.

Il Tribunale delle Imprese di Catania ha in primo luogo rigettato tutte eccezioni preliminari di difetto di legittimazione attiva e/o passiva, ricordando che l'azione sociale di responsabilità *ex* art. 2476 cod. civ. assurge alla funzione di dedurre gli inadempimenti degli amministratori agli obblighi derivanti dalla legge o dallo statuto per reintegrare il patrimonio sociale, anche in

termini di mancato guadagno. L'azione può essere esercitata solo in seguito ad una deliberazione da parte dell'assemblea ma ciò, naturalmente, fino all'eventuale fallimento della società quando la legittimazione all'esercizio dell'azione sociale passa in capo al curatore ai sensi degli artt. 42 e 43 L. fall.

Ciò chiarito, a seguito dell'istruttoria condotta in giudizio, anche a mezzo di una CTU, il Tribunale ha rilevato la sussistenza della quasi totalità delle condotte di *mala gestio* sopra denunciate, distinguendo la responsabilità degli amministratori convenuti in giudizio da quella del socio cd. gestore.

Con riguardo a quest'ultimo, il Tribunale ha infatti osservato che una responsabilità può essergli addebitata solo in presenza di un **comportamento positivo** dal quale possa dedursi una qualche forma di **influenza concreta** nei confronti dell'organo gestorio.

E' quindi pacificamente rinvenibile una forma di responsabilità del socio nei soli casi di decisioni e autorizzazioni rese anche in forma non istituzionale o ufficiosa, mentre non è possibile rinvenirla nei casi in cui si sia manifestata una mera "influenza" del socio nei confronti degli amministratori, essendo sempre necessario il rinvenimento di un **comportamento attivo** (cfr., nello stesso senso, Trib. Salerno, 9 marzo 2010, nonché Trib. Roma 20844/2015, secondo il quale "*il coinvolgimento del socio non può essere fondato contestando atteggiamenti di mera "inerzia" e di mancata attivazione dei poteri di controllo di cui all'art. 2476 comma 2 c.c.")*.

Inoltre, altro requisito fondamentale per addebitare una responsabilità al socio gestore è quello della **"intenzionalità"** del compimento degli atti dannosi.

Affinché tale responsabilità possa essere rinvenuta occorre, quindi, dimostrare che il socio abbia voluto, intenzionalmente, arrecare danno alla società, ai soci o ai creditori sociali, proprio tramite l'induzione all'inadempimento degli amministratori (cfr. altresì Trib. Perugia, III sez., sentenza 10 gennaio 2019, n. 80; Trib. Roma n. 11177/2016; Trib. Roma 20844/2015).

Nella fattispecie in esame il Tribunale ha pertanto concluso che, mentre le condotte di *mala gestio* accertate erano tutte riconducibili all'operato degli amministratori, unico comportamento attivo tenuto dal socio e volto a ledere specificamente il patrimonio e i creditori sociali poteva essere rinvenuto nell'operazione di cessione gratuita del ramo d'azienda della società fallita e dei relativi beni strumentali a favore di società di nuova costituzione riconducibile allo stesso nucleo familiare (non potendosi dire altrimenti con riguardo agli altri comportamenti denunciati dalla curatela, trattandosi di comportamenti meramente omissivi).

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

L'ordine di cancellazione delle ipoteche in sede di vendita concordataria è subordinato all'esperimento di una procedura competitiva

di **Paolo Cagliari, Avvocato**

Cass. civ., sez. I, 22 ottobre 2020, n. 23139 – Pres. Genovese – Rel. Pazzi

Parole chiave: Concordato preventivo – In continuità aziendale – Assegnazione onerosa a socio della cooperativa – Cancellazione delle iscrizioni pregiudizievoli – Esclusione

[1] Massima: *In tema di concordato preventivo con continuità aziendale, l'assegnazione dell'immobile al socio di una cooperativa, che avvenga in esecuzione di un piano gestionale teso all'ultimazione degli alloggi rimasti incompiuti, non può essere accompagnata dalla cancellazione,* ex *art. 108 l.fall., delle iscrizioni pregiudizievoli, dal momento che i detti effetti purgativi si giustificano solo qualora la vendita si compia in esito ad una procedura competitiva ad evidenza pubblica secondo le regole di cui agli artt. 105 e seguenti l.fall., richiamate dall'art. 182, comma 5, l.fall., non anche quando essa sia il frutto della continuazione dell'attività di impresa.*

Disposizioni applicate: r.d. 267/1942, artt. 105, 108, 182, 186-*bis*

CASO

Una società cooperativa che svolgeva attività di costruzione e assegnazione ai soci di beni immobili veniva ammessa alla procedura di concordato preventivo sulla base di un piano che prevedeva, oltre alla liquidazione dei beni di proprietà, un piano di continuità gestionale dell'attività edile volta a completare gli interventi in corso e a definire l'assegnazione ai soci degli alloggi così realizzati.

A seguito di una delle assegnazioni disposte in esecuzione di tale piano, il giudice delegato disponeva, ai sensi dell'art. 108, comma 2, l.fall., la cancellazione dell'ipoteca iscritta sull'immobile in forza di decreto ingiuntivo da un creditore della società.

Il reclamo avverso tale provvedimento proposto dal creditore ipotecario veniva respinto, sicché, contro il decreto di rigetto emesso dal Tribunale di Siena, veniva interposto ricorso per cassazione, con il quale veniva lamentato che nel caso di specie, non trattandosi di vendita forzata ovvero di procedura concordataria liquidatoria, ma di assegnazione disposta nell'ambito dell'attività gestionale dell'impresa, non era applicabile il disposto dell'art. 182, comma 5, l.fall. e, per esso, dell'art. 108, comma 2, l.fall.

SOLUZIONE

[1] La Corte di cassazione ha accolto il ricorso, cassando con rinvio il decreto impugnato, in ragione del fatto che la regola in base alla quale il giudice delegato, una volta avvenuta la vendita del bene, ordina con decreto la cancellazione delle iscrizioni e delle trascrizioni pregiudizievoli, è applicabile solo quando la dismissione, indipendentemente dal fatto che sia avvenuta nell'ambito di un concordato liquidatorio ovvero in continuità, sia stata effettuata secondo procedure competitive che assicurino la massima partecipazione e concorrenza tra gli interessati, nell'ottica di assicurare il migliore soddisfacimento delle ragioni dei creditori.

QUESTIONI

La sentenza che si annota fornisce importanti elementi per perimetrare l'ambito di applicabilità della disposizione recata dall'art. 108, comma 2, l.fall. – a mente del quale, a seguito della vendita di un bene immobile o di altro bene iscritto in pubblici registri e dopo l'integrale riscossione del prezzo, il giudice delegato ordina la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo – nell'ambito di una procedura concordataria.

Nel caso esaminato, non era in discussione il fatto che quella cui era stata ammessa la società cooperativa presentasse anche una componente di continuità, ossia di prosecuzione dell'attività aziendale in affiancamento alla liquidazione di una parte dei beni dell'impresa, con conseguente applicabilità dell'art. 186-*bis* l.fall.

Tale disposizione, peraltro, non disciplina espressamente il modo in cui deve avvenire la liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa, dovendosi, dunque, fare riferimento alla norma generale (art. 182 l.fall.) che regola la cessione dei beni nell'ambito generale del concordato, nei limiti della sua compatibilità.

Come osservato dai giudici di legittimità, peraltro, va tenuta distinta la liquidazione che avvenga in esecuzione di un concordato liquidatorio (che preveda, cioè, la cessione dei beni dell'imprenditore per soddisfare il ceto creditorio) dalla vendita dei beni che siano il frutto della continuazione dell'attività dell'impresa ammessa al concordato: la prima, infatti, ha una funzione corrispondente a quella della liquidazione in ambito fallimentare ed è presieduta dal criterio del migliore soddisfacimento dei creditori, mentre la seconda costituisce l'esito naturale del ciclo produttivo di un'impresa ed è improntata a regole di mercato, atteso che i creditori, approvando il piano, hanno valutato di trovare soddisfazione nei proventi che la continuazione dell'attività economica nel suo complesso riuscirà a produrre.

Se è vero che l'art. 182, comma 5, l.fall., dichiarando applicabili – in quanto compatibili – gli artt. da 105 a 108-*ter* l.fall., consente la cancellazione, su ordine del giudice, delle formalità pregiudizievoli all'esito delle vendite, delle cessioni e dei trasferimenti disposti in esecuzione del piano concordatario, si deve ritenere che la norma vada letta come inserita nel contesto di una procedura pubblica di dismissione del bene, volta a favorire la massima informazione e

partecipazione di tutti i soggetti interessati, al fine di conseguire il maggiore risultato possibile e, così, la migliore soddisfazione dei creditori.

In quest'ottica, dunque, si giustifica l'effetto purgativo della vendita cui allude l'art. 182, comma 5, l.fall., analogamente a quanto avviene, in virtù dell'art. 586 c.p.c., in caso di vendita nell'espropriazione forzata immobiliare, ove la previsione trova fondamento nel fatto che – anche in questo caso nell'ottica di rendere quanto più possibile appetibile l'acquisto del bene pignorato e favorire la massima partecipazione di potenziali acquirenti – i creditori iscritti sono compulsati a intervenire per fare valere i propri crediti (essendo all'uopo destinatari di uno specifico avviso con il quale vengono notiziati della pendenza di una procedura esecutiva avente per oggetto il bene sul quale grava un diritto di prelazione risultante dai pubblici registri), proprio perché la vendita determinerà un effetto purgativo, senza il quale l'acquisto sarebbe chiaramente disincentivato se non reso, di fatto, inattuabile (giacché nessuno ambirebbe a divenire proprietario di un bene su cui continueranno a insistere gravami che mantengono esposto l'acquirente a ulteriori aggressioni da parte del titolare della prelazione).

Di converso, quando la vendita di un bene sul mercato è il frutto della continuazione dell'attività d'impresa, che non si ispira a questi criteri, ma a quello di libertà d'iniziativa economica dell'imprenditore, il quale, sebbene sottoposto a procedura concordataria, si rivolge al mercato di riferimento con l'obiettivo di massimizzare il proprio profitto e di addivenire alla vendita alle condizioni che reputa più opportune, si è al di fuori del sistema nel quale è stata concepita la norma che giustifica la cancellazione dei gravami, che non può, di conseguenza, reputarsi operante.

È pur vero che il comma 5 dell'art. 182 l.fall. fa riferimento, oltre che alle vendite e alle cessioni, pure ai trasferimenti legalmente compiuti posti in essere in esecuzione del concordato, ma tale circostanza, secondo i giudici di legittimità, non può valere a estenderne l'ambito di applicabilità a tutti i casi nei quali un bene sia trasferito a terzi in esecuzione del concordato omologato, a prescindere dal fatto che ciò avvenga o meno nell'ambito di una procedura competitiva.

La norma, non a caso, è stata introdotta (con l'art. 2, comma 2, lett. c), d.l. 83/2015) in concomitanza con l'art. 163-*bis* l.fall., in forza del quale la disciplina delle offerte concorrenti, con l'apertura di un procedimento competitivo volto alla ricerca di altri interessati all'acquisto, trova applicazione anche qualora il piano comprenda un'offerta da parte di un soggetto già individuato avente per oggetto il trasferimento in suo favore di specifici beni a titolo oneroso, sicché, in tale evenienza, è il ricorso a una procedura competitiva a evidenza pubblica che giustifica l'estensione della disciplina della purgazione delle formalità pregiudizievoli.

D'altra parte, il tratto che accomuna tutte le ipotesi considerate dall'art. 108, comma 5, l.fall. è l'applicazione della disciplina ispirata alla competizione pubblica finalizzata alla migliore soddisfazione dei creditori e proprio in ragione ovvero in conseguenza del suo rispetto prevede la cancellazione delle iscrizioni inerenti a diritti di prelazione.

Alla luce di tale ricostruzione, i giudici di legittimità hanno, quindi, affermato che non tutte le cessioni effettuate dopo il deposito della domanda di concordato trovano regolamentazione nell'art. 182, comma 5, l.fall., in quanto sfuggono a questa disciplina le dismissioni dei beni prodotti grazie alla continuazione dell'attività d'impresa a seguito dell'avvio della procedura e attuate dall'imprenditore sul libero mercato, ossia – in altre parole – in forma privatistica.

Ove, dunque, la cessione sia avvenuta nella fase esecutiva del concordato ma al di fuori di procedure formalizzate che garantiscano la massima partecipazione e la competizione pubblica, non si giustifica la cancellazione delle iscrizioni e delle trascrizioni pregiudizievoli e il giudice delegato non potrà disporla, dovendo essa avvenire secondo le regole del diritto comune.

Nella sentenza che si annota, viene, altresì, escluso che debba essere predicata un'applicazione generalizzata dell'art. 108 l.fall. al fine di evitare una disparità di trattamento, a seconda della tipologia di concordato prescelta dal debitore, giacché, sulla base della ricostruzione ivi effettuata, la differente sorte riservata ai creditori ipotecari non discende tanto dalla natura – liquidatoria o in continuità – del concordato, quanto dalle regole che sono state seguite per la dismissione del bene su cui grava la garanzia, trovando giustificazione nel ricorso o meno a una procedura che persegua la migliore soddisfazione dei creditori.

Diritto Bancario

Collegamento negoziale tra mutuo fondiario e rapporti di conto corrente da estinguere

di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

Ricorre un collegamento negoziale «ove più contratti autonomi, ciascuno caratterizzato dalla propria causa, formano oggetto di stipulazioni coordinate, nell'intenzione delle parti, alla realizzazione di uno scopo pratico unitario, costituito, di norma, dall'agevolare la realizzazione della funzione economico-sociale dell'un d'essi» (Cass., Sez. Un., 27.3.2008, n. 7930).

Affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorrano sia il requisito oggettivo, costituito dall'esistenza di un nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, sia il requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore (Cass., Sez. Un., 27.3.2008, n. 7930; Cass. n. 13580/2004; Cass. n. 11638/1991; Cass. n. 2544/1984)

Le parti, dunque, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, possono dar vita, con uno o più atti, a diversi e distinti contratti che, pur conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale e pur rimanendo sottoposti alla relativa disciplina, vengono tuttavia collegati tra loro, in funzione del risultato concreto unitariamente perseguito, con rapporto di reciproca dipendenza, in modo che le vicende dell'uno si ripercuotono sull'altro o sugli altri, condizionandone non solo l'esecuzione ma anche la validità; in definitiva, l'esistenza di un collegamento di negozi in senso tecnico impone la considerazione unitaria della fattispecie, anche ai fini della nullità dell'intero procedimento negoziale per illiceità del motivo o della causa *ex* artt. 1344 e 1345 c.c. (*ex multis* Cass. n. 13580/2004).

Tanto premesso, secondo un orientamento giurisprudenziale, ove risulti che un contratto di mutuo fondiario sia stato stipulato al fine di destinare pressoché integralmente le somme erogate all'estinzione di rapporti di conto corrente bancari, i cui saldi negativi siano frutto dell'illegittima capitalizzazione trimestrale degli interessi addebitati al cliente e dell'applicazione di una commissione di massimo scoperto nulla, si configura un collegamento negoziale, in virtù del quale va dichiarata la nullità parziale del primo contratto, operante nella misura in cui le somme concesse a mutuo siano state concretamente destinate all'estinzione dei debiti illegittimi (Trib. Bergamo 15.2.2017; Trib. Catanzaro 5.12.2017: Trib. Arezzo 5.3.2016; Trib. Taranto 14.3.2014; Trib. Lecce 1.2.2013; Trib. Santa Maria Capua Vetere 14.10.2011 e 29.5.2009; Trib. Brindisi 4.12.2006).

Anche App. Torino 15.6.2015 ha affermato il principio secondo cui tra il contratto di mutuo stipulato per ripianare il saldo debitore di un conto corrente ed il contratto di c/c vi è un collegamento negoziale che li rende interdipendenti, con la conseguenza che laddove il saldo debitore derivi dall'applicazione di clausole nulle o da addebiti illegittimi, i relativi vizi si ripercuotono anche sul contratto di mutuo (difetto di causa concreta, essendo il mutuo volto a ripianare un passivo in realtà inesistente ed apparente, poiché riveniente da clausole illegittime).

In definitiva, se il finanziamento fondiario è destinato al ripianamento di passività pregresse maturate in esito all'applicazione di clausole illegittime, viene meno la causa (concreta) che ha indotto le parti ad addivenire alla pattuizione contrattuale, con conseguente nullità del contratto di mutuo, che si configura allorché «i debiti preesistenti sono illeciti perché inesistenti e dunque non dovuti» (Trib. Ascoli Piceno 12.12.2017; Trib. Venezia 13.3.2019; Trib. Sulmona 26.6.2019, *eclegal.it;* Trib. Forlì 8.1.2020; Trib. Vicenza 17.4.2020: la concessione di un mutuo per l'estinzione di debiti pregressi è nulla per illiceità della causa se i debiti pregressi sono illeciti perché inesistenti, apparenti o comunque frutto di violazione di norme imperative)

Il predetto collegamento negoziale è stato escluso in ragione della distanza temporale che separa il contratto di mutuo dal contratto di conto corrente da estinguere (Trib. Roma 20.6.2019); la connessione tra i due negozi giuridici (mutuo e c/c) è stata altresì esclusa per il solo fatto che la somma mutuata sia risultata superiore rispetto al saldo debitore del conto corrente (Trib. Castrovillari 8.4.2018). Un collegamento negoziale non è stato, infine, ravvisato allorché non sia stato esplicitato un collegamento tra il contratto di mutuo e un rapporto bancario specifico intrattenuto dalla mutuataria (Trib. Trapani 9.9.2020).

LEGAL COUNSEL

La comunicazione: uno strumento per fare squadra

di **Amalia Di Carlo - Ufficio stampa di Marketude**

In genere si pensa, erroneamente, che la comunicazione sia qualcosa che riguarda e coinvolge soltanto i vertici degli studi professionali. Ebbene, non è così. La comunicazione è uno strumento, che se utilizzato in modo corretto, è un collante fortissimo per aggregare le risorse umane. Il progetto di comunicazione di uno studio è, giustamente, impostato e diretto dai professionisti a capo della struttura, ma deve essere condiviso ed esteso a tutti i membri dello studio, per fare in modo che funzioni davvero.

Il valore di una firma

Spesso e volentieri sono proprio le risorse più junior che si occupano di condurre ricerche, raccogliere dati, aggregare informazioni, impostare la struttura dello scritto, quando a volte addirittura a redigerlo, per la stesura degli articoli che vengono pubblicati dalle testate e che poi nella gran parte dei casi, riportano però soltanto la firma del professionista più anziano, che in alcuni casi, si è semplicemente limitato a correggere i refusi. Cofirmare l'articolo insieme al professionista più giovane, non solo è un fortissimo stimolatore, che lo spingerà la prossima volta a compiere ancora meglio il compito assegnato, visto che è utile anche a lui stesso per accreditarlo al mercato, ma dimostra, inoltre, un maggiore spessore professionale del professionista in questione, che in quel caso è in grado di valorizzare i propri collaboratori.

CONTINUA A LEGGERE