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

Edizione di martedì 6 luglio 2021

Comunione – Condominio - Locazione

La sospensione delle procedure esecutive immobiliari non interferirà con il "blocco sfratti": nihil novum sub sole
di **Saverio Luppino, Avvocato**

Procedimenti di cognizione e ADR

L'omessa pronuncia su eccezione di rito nell'arbitrato rituale
di **Valentina Baroncini, Avvocato**

Esecuzione forzata

Un criticabile arrêt della Cassazione: il terzo pignorato è sempre litisconsorte necessario in tutte le opposizioni esecutive, anche quando la sua dichiarazione non sia contestata
di **Silvia Romanò, Dottoranda in Scienze giuridiche europee e internazionali presso l'Università degli Studi di Verona**

Obbligazioni e contratti

Transazione novativa e transazione conservativa
di **Martina Mazzei, Avvocato**

Comunione – Condominio - Locazione

In un condominio "orizzontale" costituito da più unità autonome, il tetto avente esclusiva funzione di copertura di una sola unità non può considerarsi parte comune ex art. 1117 c.c.
di **Saverio Luppino, Avvocato**

Diritto successorio e donazioni

Il diritto di abitazione non può sussistere se la casa era di proprietà del de cuius e di un terzo

di **Corrado De Rosa, Notaio**

Diritto e reati societari

Le azioni di impugnazione della delibera di approvazione del bilancio di una società non possono costituire oggetto di deferimento al giudizio degli arbitri
di **Dario Zanotti, Avvocato**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Socio accomandatario e accesso alla liquidazione del patrimonio
di **Marta Bellini, Avvocato e Professore a contratto Università degli Studi di Verona**

Diritto Bancario

Cartolarizzazione dei crediti: appunti sulla legittimazione attiva della società cessionaria
di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

Processo civile telematico

Questioni particolari legate alla presenza o all'assenza della firma digitale
di **Giuseppe Vitrani**

Comunione – Condominio - Locazione

La sospensione delle procedure esecutive immobiliari non interferirà con il "blocco sfratti": nihil novum sub sole

di **Saverio Luppino, Avvocato**

Corte Costituzionale, 22 giugno 2021 n.128

Esecuzione forzata – Misure connesse all'emergenza epidemiologica da covid – 19 – Proroga, inizialmente al 31 dicembre 2020 e, successivamente, al 30 giugno 2021, della sospensione di ogni procedura esecutiva immobiliare avente a oggetto l'abitazione principale del debitore, prevista dall'art. 54 – Ter del decreto – Legge n. 18 del 2020, convertito, con modificazioni, in legge n. 27 del 2020 – Inefficacia di ogni procedura per il pignoramento immobiliare di cui all'art. 555 codice di procedura civile, avente a oggetto l'abitazione principale del debitore, effettuata dal 25 ottobre 2020 alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto – Legge n. 137 del 2020. – Questione di legittimità costituzionale: art. 54 ter del decreto – Legge 17/03/2020, n. 18, introdotto dall'allegato alla legge di conversione 24/04/2020, n. 27, come modificato dall'art. 4, c. 1°, del decreto – Legge 28/10/2020, n. 137, convertito, con modificazioni, nella legge 18/12/2020, n. 176, e come prorogato, nel termine d'efficacia, dall'art. 13, c. 14°, del decreto – Legge 31/12/2020, n. 183, convertito, con modificazioni, nella legge 26/02/2021, n. 21.

1. **Il limitato perimetro applicativo dell'illegittimità costituzionale; le ordinanze di remissione e la difesa dell'avvocatura dello Stato.**

La dottrina, le associazioni di categoria della proprietà edilizia, neofiti giuristi… hanno acclamato il contenuto della sentenza estendendone l'interpretazione e gli effetti dal perimetro applicativo dell'incostituzionalità dell'inefficacia di ogni procedura per il pignoramento immobiliare ex articolo 555 cpc, avente ad oggetto l'abitazione principale del debitore**, sino all'intera incostituzionalità dell'intero regime di "blocco degli sfratti" tout court** !

Ma non è così …

Nelle ordinanze dei giudici remittenti [1], entrambi giudici dell'esecuzione immobiliare, si sollevano – specularmente – profili di illegittimità della norma in epigrafe, con la quale il legislatore avesse di fatto imposto "il blocco" (*rectius*:la proroga) **di ogni procedura esecutiva avente ad oggetto l'abitazione principale del debitore,** inizialmente al 31.12.2020 e successivamente al 30.06.2021, in violazione degli articoli 3 e 24 Costituzione e 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e elle libertà fondamentali e 1 del Protocollo addizionale CEDU.

In maniera "acuta" entrambi i giudici remittenti evidenziavano i limiti dell'iniziativa legislativa ed il vulnus costituzionale della norma impugnata, in quanto, a loro dire, la proroga andava direttamente ad incidere sul "diritto ad agire" ex articolo 24 C. comprimendone l'efficacia a fonte della circostanza che: "*il diritto del creditore di soddisfarsi in sede esecutiva è parte essenziale della tutela giurisdizionale e la sospensione non potrebbe essere giustificata dall'esigenza di tutelare altri beni di rango costituzionale, come il risparmio e la salute individuale e collettiva*".

Segnatamente entrambi i giudici remittenti individuavano gli ulteriori limiti della norma impugnata, anche a fronte di tutela di altri interessi e beni di rango superiore, da una parte e specie con gli articoli 3 e 47 Cost. a fronte dell'irragionevole impatto che la proroga potesse avere su un sensibile aumento dei tassi di interesse sui mutui a causa dell'incertezza da parte dei creditori istituzionali (banche) al recupero delle somme erogate e dall'altra con il termine di ragionevole durata dei processi ex articolo 111 Cost..

Nella ricostruzione dei passaggi operati dal giudice di legittimità viene dato atto della difesa della Presidenza del Consiglio dei ministri, la quale ha fatto rilevare da una parte **l'eccezionalità e temporaneità della misura** e dall'altra che essa era dettata non da una incondizionata tutela del patrimonio del debitore in periodo recessivo, bensì dall'esigenza di fronteggiare le contingenze pandemiche e garantire il diritto all'abitazione dell'esecutato, sotto il profilo della tutela di un bene di rango primario e del fatto che il debitore è la parte svantaggiata/debole del processo esecutivo.

Per estrema puntualità ed in ragione di quanto appresso si chiarirà, l'ordinanza del Giudice delle esecuzioni immobiliari presso il Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto censura l'art. 54-ter del d.l. n. 18 del 2020, come convertito, successivamente prorogato nel termine di efficacia al 31 dicembre 2020, dall'art. 4, comma 1, del d.l. n. 137 del 2020 (come convertito nella legge n. 176 del 2020), e quindi fino al 30 giugno 2021, dall'art. 13, comma 14, del d.l. n. 183 del 2020 (ancora in corso di conversione al momento della proposizione delle questioni e poi convertito nella legge n. 21 del 2021). L'ordinanza del Giudice delle esecuzioni immobiliari presso il Tribunale di Rovigo censura, a sua volta, gli artt. 4, comma 1, del d.l. n. 137 del 2020 e 13, comma 14, del d.l. n. 183 del 2020, laddove hanno prorogato l'efficacia dell'art. 54-ter del d.l. n. 18 del 2020, come convertito.

2. **Il punto di vista della Corte Costituzionale: "il thema decidendum".**

La corte ritenuta la oggettiva connessione delle questioni sollevate dai giudici remittenti le risolve in maniera unitaria con un approccio nuovo e differente rispetto al passato (leggasi: giustificazione degli interventi di proroga in ragione dell'eccezionalità, temporaneità, emergenza), – ci si consenta – con CORAGGIO (attuale Presidente della Corte Costituzionale) accogliendo le censure sollevate e dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 13, comma 14, del decreto-legge 31 dicembre 2020, n. 183, recante «Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi, di realizzazione di collegamenti digitali, di esecuzione della decisione (UE, EURATOM) 2020/2053 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, nonché in materia di recesso del Regno Unito dall'Unione europea», convertito, con modificazioni, nella legge 26 febbraio 2021, n. 21.

Infatti è la Corte stessa a rilevare la c.d. "norma indubbiata", identificandola nel contenuto dell'articolo poi censurato che ha disposto l'estensione al 30.06.21 della prima proroga riguardante la sospensione delle procedure esecutive immobiliari aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore.

Ed è proprio qui che si coglie in tutta la sua portata non estensiva, ma restrittiva, il perimetro entro il quale il giudice delle leggi intende muoversi, per l'appunto "**circoscrivendo**" l'oggetto della censura di illegittimità alla sola disposizione indicata, letteralmente: "***L'esame delle questioni di legittimità costituzionale – pur in un contesto normativo più ampio (di cui si viene ora a dire) – deve quindi essere, in realtà, circoscritto alla predetta disposizione".***

Chi scrive intende cogliere in questa chiara connotazione esegetica preliminare della Corte, il chiaro intento di sgomberare il campo ad una interpretazione estensiva e dilatata dell'illegittimità della proroga anche alle fattispecie differenti, quelle legate per l'appunto al c.d. "blocco sfratti" di cui alle procedure di esecuzione e rilascio degli immobili, in ordine alle quali – sempre a parere dell'autore – la corte avrà meno coraggio e non deciderà nulla e/o rigetterà le eccezioni – per i motivi che seguono – sino al termine del "blocco selettivo", ossia al 31.12.2021, nonostante nello stesso periodo di cui alle ordinanze di rimessione[2] in commento, siano state parimenti sollevate altre questioni di illegittimità anche in ordine alla materia delle locazioni[3].

3. **Il ragionamento della Corte ed il "diritto sociale all'abitazione".**

La Corte ripercorre le "tappe" del legislatore e richiama le motivazioni che lo hanno indotto ad operare "in deroga", rispetto al regime ordinario in tempo di pandemia; in particolare l'articolo 83 del dl 18/20 – in applicazione delle misure emergenziali sulla disciplina degli istituti processuali, al fine di contenere gli "assembramenti" e tutelare la salute, misure emergenziali che, secondo il parere di alcuni autori, sono destinate a rimanere strutturali- [4] ha di fatto determinato un iniziale sostanziale arresto delle attività non urgenti delle procedure esecutive nel primo periodo di pandemia, cui è seguita una graduale ripresa nl rispetto delle misure di contenimento sanitarie.

In tale contesto l'art. 54 ter del dl 18/20, poi convertito in legge 27/20, stabiliva la

sospensione per sei mesi di ogni procedura esecutiva per il pignoramento immobiliare, di cui all'articolo 555 del codice di procedura civile, che abbia ad oggetto l'abitazione principale del debitore; poi la medesima disposizione per effetto del protrarsi della situazione sanitaria emergenziale è stata successivamete prorogata dapprima fino al 31 dicembre 2020, ad opera dell'art. 4 del d.l. n. 137 del 2020, come convertito, e quindi fino al 30 giugno 2021, dall'art. 13, comma 14, del d.l. n. 183 del 2020, come convertito, **quest'ultimo oggetto di esame nel giudizio di legittimità costituzionale** .

Nella motivazione della sentenza la corte accenna, "ai fini di una più completa ricostruzione del quadro normativo di riferimento", al fatto che altre disposizioni emergenziali di proroga hanno riguardato le procedure esecutive di rilascio di beni immobili, sempre nella medesima prospettiva di tutela dell'oggetto[5].

La Corte riconosce quindi la fondatezza delle questioni sollevate con riferimento agli articoli 3 e 24 Cost. seppur ravvede la possibilità che il legislatore, in presenza di diritti meritevoli, per esigenze temporanee e transitorie e soprattutto entro i limiti di un ragionevole bilanciamento degli interessi, possa limitare la tutela giurisdizionale del creditore anche in sede esecutiva.

La Corte quindi, si sofferma e rimarca che la tutela esecutiva è componente essenziale del diritto di "accesso al giudice" quale espressione dell'articolo 24 Cost., in quanto consente al creditore di soddisfare la propria pretesa in assenza di adempimento spontaneo del debitore, [6] espressione del "principio di effettività della tutela giurisdizionale" connotato rilevante di qualsiasi modello processuale di riferimento.[7]

Calando il proprio ragionamento al caso concreto prospettato dai giudici remittenti, la corte afferma come il diritto all'abitazione debba ritenersi incluso nella categoria dei diritti "inviolabili" ed il suo oggetto, "l'abitazione", costituisca un bene di primaria importanza,[8] con il che si interroga se con la norma impugnata, il legislatore si sia o meno attenuto ai limiti di "ragionevolezza e proporzionalità", necessari per la limitazione della tutela esecutiva del creditore.

In maniera uniforme ad altre pronunce del passato, la Corte non condanna il legislatore all'utilizzo di "rimedi estremi" (la proroga) di fronte a "mali estremi" (la pandemia), bensi rileva come l'abuso- con ciò riferendosi alla dilatazione temporale del secondo periodo di proroga, quello sino al 30.06.21 – di tali rimedi, **costituisca un'irragionevole violazione del diritto del creditore a conseguire la tutela esecutiva.**

Dopodicchè il giudice delle leggi, quasi a dare i là a suoi futuri pronunciamenti in materia, evidenzia come vi sia stato un lento evolversi di adattamento delle misure emergenziali all'evoluzione della pandemia, che ha investito la "disciplina processuale affinatasi progressivamente", con ciò richiamando espressamente sia quella generale della giustizia civile comprensiva delle procedure esecutive, sia quella molto specifica del rilascio coattivo degli immobili, senza però trovare pari eco nella sospensione delle procedure esecutive aventi ad oggetto l'abitazione principale che, a ben vedere della Corte, **è rimasta immutata nei suoi**

presupposti anche con la seconda proorga oggetto di censura.

In estrema sintesi e riportando la motivazione della Corte: *"È mancato cioè un aggiustamento dell'iniziale bilanciamento sia quanto alla possibile selezione degli atti della procedura esecutiva da sospendere, sia soprattutto quanto alla perimetrazione dei beneficiari del blocco, con il che anche se inizialmente la misura poteva sembrare ragionevole, nel prosieguo non essendosi adatatta – come le alter citate – ha manifestato profili di irragionevolezza e sproporzione in quanto rivolta a protezione indistinta di tutti i debitori esecutati"*.

Secondo le valutazioni della corte il legislatore avrebbe difettato, in quanto a protezione di un indistinto interesse di tutti i debitori esecutati avrebbe imposto un eccessivo sacrificio in capo ai creditori procedenti in executivis, senza alcun criterio giustificativo dell'ulteriore protrarsi della paralisi della tutela esecutiva: "*Il legislatore, cioè, ha prorogato una misura generalizzata e di extrema ratio, quale quella della sospensione delle predette espropriazioni immobiliari, mentre avrebbe dovuto specificare i presupposti soggettivi e oggettivi della misura, anche eventualmente demandando al vaglio dello stesso giudice dell'esecuzione il contemperamento in concreto degli interessi in gioco*".

Nell'epilogo del ragionamento conclusivo la Corte sembra offrire al legislatore un "salvacondotto", su eventuali misure da adottare in ragione delle contingenze pandemiche, quasi a giustificare che ciò sia possibile, nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità più volte evocati.

Ma ciò che appare chiaro a chi scrive è che la Corte abbia volutamente circoscritto il perimetro della propria decisione alla questione di irragionevolezza del criterio adoperato dal legislatore nel non avere adeguato la proroga di cui in commento, in maniera "selettiva"; proprio da ciò, a ben pensare, discende come, viceversa, nelle misure relative all'esecuzione per rilascio d'immobile, di recente conio,[9] in cui la proroga delle esecuzioni **è stata graduata selettivamente**, attraverso la scelta di sospendere sino al 30.09.21, i provvedimenti di rilascio adottati dal 28.02.2020 al 30.09.2020; e fino al 31.12.2021 i provvedimenti di rilascio adottati dal 1.10.2020 al 30.06.2021, con ripresa al 30.06.21 di tuti gli altri, il legislatore abbia già predisposto un valido baluardo alle eccezioni di illegittimità costituzionali solevate e di cui in epigrafe e di tanto la Corte ne terrà conto; proprio per questo, a parere di chi scrive: nihil novum sub sole !

[1] Ordinanza 13.1.21 n.40 Giudice dell'esecuzione immobiliare Tribunale Barcellona Pozzi di Gotto; ordinanza 18.1.21 n.51 giudice dell'esecuzioni immobiliari Tribunale di Rovigo

[2] Ordinanza Tribunale di Trieste 24.4.21 e Piacenza.

[3] Articolo 13 DL183/20 conv in legge 26.2.21 n.21

[4] Nel settore civile, la possibilità di svolgere l'udienza "cartolare" e quella telematica

[5]L'art. 103, comma 6, dello stesso d.l. n. 18 del 2020, come convertito, aveva originariamente previsto che l'«esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, anche ad uso non abitativo, è sospesa fino al 1° settembre 2020». Con l'art. 17-bis del d.l. n. 34 del 2020, come convertito, rubricato «Proroga della sospensione dell'esecuzione degli sfratti di immobili ad uso abitativo e non abitativo», è stato previsto che, «[a]l comma 6 dell'articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, le parole: "1° settembre 2020" sono sostituite dalle seguenti: "31 dicembre 2020"». Tuttavia la norma sulla sospensione di cui all'art. 103, comma 6, del d.l. n. 18 del 2020, è stata nuovamente modificata dall'art. 13, comma 13, del d.l. n. 183 del 2020, come convertito, secondo cui la sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, anche ad uso non abitativo, prevista dall'art. 103, comma 6, del d.l. n. 18 del 2020, come convertito, è prorogata sino al 30 giugno 2021, limitatamente ai provvedimenti di rilascio adottati per mancato pagamento del canone alle scadenze nonché a quelli conseguenti all'adozione, ai sensi dell'art. 586, secondo comma, cod. proc. civ., del decreto di trasferimento di immobili pignorati ed abitati dal debitore e dai suoi familiari.

[6] Ci si consenta il richiamo ad un'opera dell'autore, Luppino, " Locazioni Immobiliari, redazione e impugnazione del contratto", Maggioli, 2^ edizione , 2019.

[7] Corte cost. 225 del 2018 e 304 del 2011.

[8] Corte cost. 79/20 e 166/2018.

[9] Decreto sostegni bis 73/21

Procedimenti di cognizione e ADR

L'omessa pronuncia su eccezione di rito nell'arbitrato rituale

di **Valentina Baroncini, Avvocato**

Cass., sez. II, 4 giugno 2021, n. 15613, Pres. Di Virgilio – Est. Giusti

[1] Arbitrato – Lodo – Impugnazione – Nullità – Mancato esame di eccezioni di rito – Vizio di omessa pronuncia – Configurabilità – Esclusione – Conseguenze (artt. 112, 829 c.p.c.)

La nullità del lodo per omessa pronunzia su domande ed eccezioni delle parti, in conformità alla convenzione di arbitrato, ex art. 829, comma 1, n. 12, c.p.c., è configurabile solo nel caso di mancato esame, da parte degli arbitri, di questioni di merito e non anche di rito, nel qual caso l'impugnazione per nullità può essere proposta soltanto, in base ad altri numeri del medesimo art. 829 c.p.c., per far valere la mancanza delle condizioni per la decisione nel merito da parte degli arbitri.

CASO

[1] Un lodo arbitrale rituale veniva impugnato per nullità deducendo, tra gli altri motivi, il vizio di omessa pronuncia relativo alle modalità di svolgimento della consulenza tecnica d'ufficio e alla dedotta incapacità a testimoniare di uno dei soggetti escussi in sede arbitrale.

L'adita Corte d'Appello di Ancona rigettava l'impugnazione proposta rilevando, *in parte qua*, l'inammissibilità dei motivi di doglianza avanzati.

Avverso tale pronuncia veniva proposto ricorso per cassazione con il quale, per quanto qui interessa, veniva denunciata la violazione dell'art. 829, n. 12), c.p.c., nonché la falsa applicazione degli artt. 246 e 194 c.p.c. per non essersi, il collegio arbitrale, pronunciato né sull'eccezione di incapacità a deporre di uno dei testimoni escussi né sull'eccezione di nullità della c.t.u. Più nello specifico, i ricorrenti si dolevano della circostanza per cui la Corte d'appello avesse erroneamente ritenuto che il collegio arbitrale si fosse pronunciato sull'eccezione di incapacità a deporre e sull'eccezione di nullità della c.t.u. mentre, ad avviso degli stessi, il collegio arbitrale non avrebbe affatto statuito su dette eccezioni.

SOLUZIONE

[1] La Suprema Corte giudica infondata la doglianza proposta.

In particolare, si rileva come il menzionato art. 829, n. 12), c.p.c., configuri sì, quale vizio di nullità del loro arbitrale, l'omessa pronuncia su alcuna delle domande ed eccezioni proposte dalle parti in conformità della convenzione di arbitrato, ma che tale vizio deve ritenersi integrato esclusivamente nell'ipotesi di mancato esame su questioni di merito e non anche – come avvenuto nel caso di specie – su eccezioni di rito (per l'affermazione di tale principio, il provvedimento richiama Cass., 25 gennaio 2018, n. 1876 e Cass., 11 ottobre 2018, n. 25154).

In altri termini, prosegue la Corte, il mancato esame da parte del giudice di una questione puramente processuale non sarebbe suscettibile di dar luogo al vizio di omissione di pronuncia – il quale si configurerebbe esclusivamente nel caso di mancato esame di domande o eccezioni di merito -, ma potrebbe configurare un vizio della decisione per violazione di norme diverse dall'art. 112 c.p.c. se ed in quanto si riveli erronea e censurabile, oltre che utilmente censurata, la soluzione implicitamente data dal giudice alla problematica prospettata dalla parte. Tale principio, affermato con riguardo al giudizio ordinario di cognizione (in tal senso, il provvedimento richiama Cass., 12 gennaio 2016, n. 321), deve ritenersi valido anche per il giudizio arbitrale, dove il mancato esame, da parte degli arbitri, di un'eccezione di rito può dar luogo all'impugnazione per nullità del lodo soltanto in base ad altri numeri dell'art. 829 c.p.c., diversi dal n. 12), per far valere (non l'omessa pronuncia ma) la mancanza delle condizioni per la decisione nel merito da parte degli arbitri.

Sulla base di tali rilievi, la Cassazione rigetta il ricorso proposto.

QUESTIONI

[1] La pronuncia in commento interviene sulla configurazione del vizio di omessa pronuncia in sede arbitrale e, nello specifico, se esso possa considerarsi integrato anche nell'ipotesi di mancata statuizione su un'eccezione di rito sollevata dalle parti.

Come verrà subito illustrato, tuttavia, in relazione all'integrazione del vizio di omessa pronuncia nel processo ordinario di cognizione essa lascia intendere l'adesione a orientamenti che appaiono minoritari o, comunque, lontani dalla *communis opinio* maturata sulla materia.

Preliminarmente, peraltro, può essere utile soffermarsi sulla natura delle eccezioni sollevate nel caso in questione: si tratta, lo si ricorda, dell'eccezione di incapacità a testimoniare *ex* art. 246 c.p.c. e dell'eccezione di nullità della c.t.u. A tal riguardo, la qualificazione nei termini di eccezioni di rito, che i giudici hanno ritenuto di riconoscere alle stesse, deve ritenersi corretta, attenendo, come ovvio, a nullità processuali.

Ciò detto, è allora possibile spostarsi sul successivo piano dell'indagine, ossia sulla questione – centrale nel provvedimento in commento – se la mancata statuizione su un'eccezione di rito

integri, oppure no, il vizio di omessa pronuncia *ex* art. 829, n. 12), c.p.c. (nonché, a monte, *ex* art. 112 c.p.c.).

Muovendo dall'elaborazione, dottrinale e giurisprudenziale, formatasi intorno all'art. 112 c.p.c., è in effetti assodato che la mancata pronuncia, da parte del giudice, su un'eccezione di rito non sia idonea a integrare il vizio di omessa pronuncia, inteso quale violazione dei doveri decisori del giudice sanciti nella norma da ultimo menzionata (*ex multis*, Cass., 25 gennaio 2018, n. 1876; Cass., 31 maggio 2017, n. 13786; Cass., 30 giugno 2016, n. 13425; Cass., 12 gennaio 2016, n. 321; in dottrina, G. Verde, *Domanda (principio della). I) Diritto processuale civile*, in *EGT*, XII, Roma, 1989, 10), ma sia censurabile per violazione di norme diverse, nella misura in cui la decisione offerta dal giudice sulla questione si riveli errata.

La conclusione raggiunta dalla Suprema Corte nel provvedimento in commento, dunque, deve senz'altro ritenersi corretta e meritevole di approvazione.

Ciò che non convince, tuttavia, è un passaggio argomentativo rinvenibile nella decisione. La Cassazione, per l'esattezza, ha optato per una soluzione al quesito direttamente mutuata dai frutti della propria esegesi dell'art. 112 c.p.c., in particolare richiamando il principio espresso da Cass., 12 gennaio 2016, n. 321, dove, con riguardo al processo ordinario di cognizione, si ritrova l'affermazione per cui "il mancato esame da parte del giudice di una questione puramente processuale [...] non è suscettibile di dar luogo al vizio di omissione di pronuncia, il quale si configura esclusivamente nel caso di *mancato esame di domande od eccezioni di merito*, ma può configurare un vizio della decisione per violazione di norme diverse dall'art. 112 c.p.c. se, ed in quanto, si riveli erronea e censurabile, oltre che utilmente censurata, la soluzione implicitamente data dal giudice alla problematica prospettata dalla parte [corsivo nostro]".

Come si evince dalla massima, la sentenza ha esteso il vizio di omessa pronuncia *ex* art. 112 c.p.c. alla mancata pronuncia su eccezioni di merito. A questa fattispecie, poi, il provvedimento in esame contrappone l'ipotesi di omessa pronuncia su eccezioni di rito, per ivi escludere la configurabilità del vizio *ex* art. 829, n. 12), c.p.c. Il punto, però, è che, con riguardo all'art. 112 c.p.c., l'elaborazione maggioritaria tradizionalmente esclude che la mancata statuizione su un'eccezione di merito configuri omissione di pronuncia, circoscrivendo tale vizio al caso di mancata decisione su una domanda (per un esaustivo resoconto, si rinvia a M. Montanari, *sub art. 112 c.p.c.*, in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, I, Milano, 2018, 1285 ss.).

La necessità di sceverare, con riguardo alle eccezioni, può tuttavia sorgere in materia arbitrale, in correlazione al diverso disposto normativo che, nei due processi (ordinario di cognizione e arbitrale, appunto), regola il vizio di omessa pronuncia. In relazione al primo, infatti, è noto come manchi del tutto un riferimento testuale al vizio in discorso, il quale, oggi, viene desunto dal già richiamato art. 112 c.p.c., dove si prevede soltanto, però, che il giudice debba «pronunciare su tutta la domanda»: previsione sul fondamento della quale, come sappiamo, l'interpretazione maggioritaria esclude che l'omessa pronuncia su eccezioni integri il vizio *de quo*. Diverso è il dettato dell'art. 829, n. 12), c.p.c., dove la patologia dell'omessa pronuncia è

espressamente contemplata, in grazia della comminatoria di nullità del lodo rituale per il caso in cui lo stesso non abbia «pronunciato su alcuna delle domande *ed eccezioni* proposte dalle parti in conformità alla convenzione di arbitrato [corsivo nostro]»: è evidente, dunque, che, nella misura in cui la legge estende i confini dell'omessa pronuncia all'ipotesi di mancata statuizione su eccezioni, può assumere rilievo, come si diceva, la necessità di sceverare tra eccezioni di merito ed eccezioni di rito, al fine di verificare se anche l'omessa pronuncia su queste ultime integri il vizio in discorso.

A tal riguardo, può osservarsi che le pronunce giurisprudenziali che ritengono censurabile quale violazione dell'art. 112 c.p.c. il vizio di omessa pronuncia su eccezioni, circoscrivono il perimetro applicativo della censura alle eccezioni di merito in quanto idonee – in virtù dell'omessa considerazione di un fatto costitutivo, estintivo o impeditivo del diritto dedotto in giudizio – a riflettersi sull'oggetto della decisione (si veda Cass., 29 settembre 2017, n. 22799).

Lo stesso, probabilmente, può predicarsi con riguardo al giudizio arbitrale, così che le nullità procedurali che possono ingenerarsi nel corso del processo – e il rigetto implicito della relativa eccezione, insito nella mancata pronuncia sulla stessa – possono (*rectius*: devono) essere veicolate tramite uno dei motivi di cui all'art. 829 in discorso.

Può prestarsi adesione, in definitiva, al principio di diritto affermato dalla pronuncia in commento, che ha escluso che la mancata pronuncia su eccezione di rito possa essere censurata, quale motivo di nullità del lodo rituale, ai sensi dell'art. 829, n. 12), c.p.c.

Esecuzione forzata

Un criticabile arrêt della Cassazione: il terzo pignorato è sempre litisconsorte necessario in tutte le opposizioni esecutive, anche quando la sua dichiarazione non sia contestata

di **Silvia Romanò, Dottoranda in Scienze giuridiche europee e internazionali presso l'Università degli Studi di Verona**

Cassazione civile, Sez. III, Sentenza 18 maggio 2021, n. 13533. Pres. De Stefano, Estensore Rossetti

Esecuzione forzata – mobiliare – presso terzi – in genere – Terzo pignorato – Parte necessaria nel giudizio di opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi – Litisconsorzio necessario – Sussistenza.

CASO

Nel 2014 la Corte Internazionale Arbitrale della Camera Internazionale di Commercio di Londra pronunciò un lodo, con cui quale condannò Al Mohamed L.C.C. al pagamento in favore del Fallimento Alfa s.r.l. di un importo di poco superiore a quattro milioni di euro. Il lodo veniva reso esecutivo con decreto dalla Corte d'appello di Roma nello stesso anno. Con il medesimo decreto, la Corte d'appello autorizzò il Fallimento a notificarlo alla società debitrice per mezzo di corriere internazionale *ex* art. 151 c.p.c.

Successivamente alla notifica a mezzo di una società privata, il Fallimento iniziò l'esecuzione forzata nelle forme del pignoramento presso terzi; nel caso di specie, quale terza pignorata era l'Agenzia delle Entrate.

Al fine di procedere alla notifica del precetto e del pignoramento, il Fallimento chiese preliminarmente al Tribunale di Roma, in qualità di giudice dell'esecuzione, l'autorizzazione a notificare il precetto e il pignoramento per mezzo di un corriere internazionale e a mezzo telefax, ai sensi dell'articolo 151 c.p.c. Su autorizzazione del Tribunale, precetto e pignoramento vennero notificati tramite corriere della società privata "UPS", mentre la notifica

a mezzo telefax non andò a buon fine.

Nel 2015 il giudice dell'esecuzione assegnò con ordinanza al Fallimento la somma dichiarata come dovuta dalla terza pignorata.

Al Mohamed L.C.C. propose opposizione avverso l'ordinanza di assegnazione, qualificata sia come opposizione agli atti esecutivi, sia come opposizione all'esecuzione, deducendo innanzitutto di non aver mai ricevuto la notifica del titolo, né del precetto, né del pignoramento; in secondo luogo, allegava l'insussistenza della giurisdizione italiana; in subordine, la competenza per territorio del Tribunale di Brindisi. Solo in sede di discussione sull'istanza di sospensione dell'esecuzione, Al Mohamed L.C.C. dedusse altresì che titolo, precetto e pignoramento erano privi della traduzione in lingua araba.

Nel 2018 il Tribunale di Roma rigettò l'opposizione con sentenza, ritenendo valide le notifiche del titolo, del precetto e del pignoramento, in quanto compiute all'indirizzo eletto da Al Mohamed L.C.C. nella procedura arbitrale, risultante dal titolo esecutivo. Essendo valida e rituale la notifica del precetto e del pignoramento, le censure concernenti il difetto di giurisdizione, l'incompetenza per territorio e la mancata traduzione degli atti dovevano conseguentemente dichiararsi tardive, in quanto costituivano ragioni di opposizione agli atti esecutivi, proposte oltre il termine di cui all'articolo 617 c.p.c. (il pignoramento era stato notificato il 30 aprile 2015, mentre l'opposizione era stata proposta il 27 novembre 2015).

Al Mohamed L.C.C. proponeva ricorso per cassazione.

SOLUZIONE

Superando un precedente orientamento, la Corte di Cassazione afferma che il terzo pignorato è sempre litisconsorte necessario nei giudizi di opposizione esecutiva relativi a un'espropriazione presso terzi, ai sensi degli artt. 543 ss. c.p.c., e non solo quando vi abbia "interesse". Nel caso di specie, il Supremo Collegio rilevava la mancata partecipazione del terzo pignorato e, pertanto, la non integrità originaria del contraddittorio per mancanza di un litisconsorte necessario. Seguiva la cassazione con rinvio della sentenza per permettere l'integrazione del contraddittorio.

QUESTIONI

La Corte di Cassazione non tratta alcuno dei motivi di ricorso proposto dal ricorrente, in quanto rileva *ex officio* una nullità processuale, consistente nella mancata partecipazione al presente giudizio del terzo pignorato, ossia l'Agenzia delle Entrate. Il Supremo Collegio afferma che il terzo pignorato è litisconsorte necessario nel giudizio di opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi e che «debba esserlo sempre, senza distinzioni di sorta».

La Corte di Cassazione individua tre ragioni a sostegno del litisconsorzio necessario con il terzo pignorato: di sistema, di semplicità e di coerenza.

Sotto il primo profilo, il pignoramento impone al terzo pignorato una serie di obblighi, di astenersi da certe attività o di compierne altre (artt. 545 e 546 c.p.c.). L'insorgenza o la caducazione di tali obblighi dipende dall'esito dell'opposizione eventualmente proposta, il cui esito non può quindi definirsi indifferente per il terzo pignorato. Se, poi, il terzo non dovesse manifestare alcun interesse sull'esito dell'opposizione, sussiste in ogni caso l'interesse del terzo a interloquire sulla fondatezza dell'opposizione esecutiva.

Sul piano della semplicità, la Corte di Cassazione ricorda come sia giurisprudenza costante della Corte quella a tenore della quale, dinanzi a più interpretazioni astrattamente percorribili, l'interprete debba scegliere la lettura che garantisca la maggiore sintesi, chiarezza e semplicità del dettato normativo. Una diversa interpretazione contrasterebbe sia col principio costituzionale della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.), sia con quello sovranazionale del giusto processo (art. 6 CEDU).

Infine, sul piano della coerenza il Supremo Collegio riconosce che in passato la giurisprudenza di legittimità ha affermato che non sempre il terzo pignorato debba ritenersi litisconsorte necessario nel giudizio di opposizione, definendo tuttavia in modo così ampio le ipotesi di processi oppositivi litisconsortili, da pervenire a una sostanziale negazione di tale principio, pur affermato in teoria.

A tale proposito, la sentenza si richiama a Cass. 9 luglio 1969, n. 2521, che per prima aveva ammesso che il terzo pignorato fosse litisconsorte necessario nel giudizio di opposizione, tutte le volte che in esso si discutesse della «validità e congruità della forma di pignoramento adottata». La giurisprudenza di legittimità aveva consentito al terzo pignorato di intervenire volontariamente nel processo oppositivo, ogniqualvolta vi avesse interesse, definendo tuttavia tale "interesse" in modo talmente ampio da farvi rientrare praticamente tutte le più frequenti ipotesi astrattamente concepibili.

Si possono a tal fine ricordare l'intervento del terzo giustificato dalla volontà di controllare la destinazione delle somme pignorate (Cass. 1968/1973) o di sostenere le ragioni dell'opponente (Cass. 4582/2019; Cass. 249/1983); se ne è ritenuta necessaria la chiamata in causa quando l'opposizione verteva sull'invalidità del pignoramento (Cass. 9571/1997; Cass. 493/2003) o sull'illegittimità dell'ordinanza dichiarativa dell'inefficacia di esso (Cass. 9527/1987; Cass. 2423/1990); quando si discuteva della validità dell'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione aveva provveduto su una richiesta di sequestro conservativo di crediti del debitore esecutato (Cass. 3899/2020); o ancora in caso di controversia sulla validità dell'ordinanza di assegnazione di crediti di mantenimento di figlio minorenne (Cass. 10813/2020).

Rilevando l'incongruità del consentire la partecipazione del terzo pignorato al processo oppositivo solo qualora vi abbia interesse, ma facendo poi rientrare pressoché ogni possibile situazione in tale 'interesse', la Corte di cassazione con la sentenza in commento afferma che «coerenza e chiarezza impongono ... di superare la massima tralatizia di cui sopra e constatare l'avvenuta emersione, quale *jus receptum*, del principio per cui il terzo pignorato è sempre

litisconsorte necessario, *ex* art. 102 c.p.c., nelle opposizioni esecutive».

A tale proposito, il Supremo Collegio dichiara la non integrità originaria del contraddittorio, rilevabile d'ufficio anche per la prima volta in sede di legittimità, che determina la cassazione con rinvio *ex* artt. 383, terzo comma, e 354, c.p.c. al giudice di primo grado (o, come nella specie, di unico grado di merito), per provvedere all'integrazione del contraddittorio.

Segue la cassazione con rinvio al Tribunale di Roma, in persona di altro magistrato, in applicazione del seguente principio di diritto: "*nei giudizi di opposizione esecutiva relativi ad una espropriazione presso terzi ai sensi degli art. 543 e ss. c.p.c. il terzo pignorato è sempre litisconsorte necessario*".

Il *revirement* suscita non lievi perplessità: il terzo, quando abbia reso la propria dichiarazione e questa non sia contestata, resta estraneo all'espropriazione presso terzi, qualificandosi unicamente quale ausiliario di giustizia, non già quale parte necessaria del procedimento, come avverrebbe se la sua dichiarazione fosse contestata e fosse chiesto l'accertamento del suo obbligo, in via incidentale in seno alla stessa procedura esecutiva, ai sensi dell'art. 649 c.p.c. Gli argomenti addotti nella sentenza appaiono assai deboli e del tutto generici e, come tali, inidonei a superare la qualifica del terzo quale mero ausiliario di giustizia, allorché non sorga controversia sul suo obbligo verso il debitore esecutato.

Si confida, dunque, in un ripensamento, con eventuale rimessione della questione alle Sezioni Unite per comporre il contrasto generato dalla pronuncia in commento.

Obbligazioni e contratti

Transazione novativa e transazione conservativa

di **Martina Mazzei, Avvocato**

Cass. civ., sez. VI, 20 aprile 2020, n. 7963 – Pres. Armano – Rel. Guizzi

[1] **Transazione – Nullità – Transazione novativa – Transazione conservativa – Titolo – Illiceità**

(Cod. civ. 1965, 1972)

[1] *"La distinzione tra transazione "novativa" e "conservativa" assume rilievo dirimente ai fini dell'applicazione dell'art. 1972 c.c.: la transazione novativa che interviene su un titolo nullo è sanzionata con la nullità (comma 1) soltanto se relativa a un contratto illecito (per illiceità della causa o del motivo comune a entrambe le parti) ed è invece annullabile negli altri casi, ma il vizio del negozio può essere fatto valere soltanto dalla parte che ha ignorato la causa di invalidità (comma 2); la transazione conservativa, riguardante l'esecuzione o gli effetti di un negozio nullo, è sempre affetta da nullità, ancorché le parti ne abbiano trattato, perché essa regola il rapporto congiuntamente al titolo contrattuale invalido e non in sostituzione di questo."*

CASO

[1] Il caso origina dal ricorso in cassazione di due società avverso la sentenza con cui la Corte di Appello di Roma aveva respinto sia la domanda finalizzata alla rescissione per lesione dell'accordo transattivo stipulato dalle ricorrenti con un'altra società (e qualificato dal giudice di seconde cure come transazione conservativa) sia la domanda di nullità dei contratti di affiliazione commerciale, intercorsi tra le medesime parti, per violazione delle norme sulla libera concorrenza.

SOLUZIONE

[1] La Suprema Corte, con la sentenza in epigrafe ha accolto il ricorso e, nel correggere la motivazione della sentenza impugnata che aveva erroneamente qualificato come conservativo l'accordo transattivo delle parti contenente la risoluzione consensuale dei contratti di

franchising e la disciplina di nuove obbligazioni, ha statuito che la dedotta nullità dei contratti di affiliazione societaria per inosservanza della normativa interna e comunitaria non poteva dar luogo ad annullamento della transazione novativa ex art. 1972, comma 2, c.c., trattandosi di pretesa invalidità del titolo non ignota alle società affiliate.

QUESTIONI

[1] La pronuncia in commento si occupa della distinzione, ai fini dell'applicazione dell'art. 1972 c.c., tra **transazione novativa** e **transazione conservativa**.

In via preliminare occorre rammentare che l'articolo 1965 c.c., nel definire il contratto di transazione, ha introdotto una previsione sostanzialmente corrispondente a quella dell'articolo 1764 c.c. del 1865, quantunque connotata da maggiore sinteticità, visto che il riferimento alle "*reciproche concessioni*" tiene il posto dell'indicazione di quelle condotte, consistenti nel "dare", "promettere" o "ritenere", ciascuna delle parti transigenti, "qualche cosa", che, nel sistema dell'abrogato codice civile, identificava uno degli elementi connotanti, ancora oggi, la presente fattispecie contrattuale (ovvero, il cd. "*aliquid datum, aliquid retentum*"). **Il contratto di transazione**, infatti, **è connotato da una certa portata innovativa** dal momento che i suoi elementi caratteristici sono la ***res litigiosa*** e il **nuovo regolamento di interessi**, che, mediante le reciproche concessioni, viene a sostituirsi a quello precedente cui si riconnetteva la lite o il pericolo di lite.

È proprio su questo piano che la fattispecie contrattuale di cui all'articolo 1965 c.c. viene distinta dal cd. negozio di accertamento, giacche', diversamente dalla transazione, che postula una reciprocità di concessioni tra le parti in modo che ciascuna di esse subisca un sacrificio, e della rinuncia, che postula l'esistenza di un diritto acquisito e la volontà abdicativa volta e dismettere il diritto medesimo, il negozio di accertamento ha la funzione di fissare il contenuto di un rapporto giuridico preesistente con effetto preclusivo di ogni ulteriori contestazione al riguardo; esso non costituisce fonte autonoma degli effetti giuridici da esso previsti, ma rende definitive ed immutabili situazioni effettuali già in stato di obiettiva incertezza, vincolando le parti ad attribuire al rapporto precedente gli effetti che risultano dall'accertamento, e precludendo loro ogni pretesa, ragione od azione in contrasto con esso.

Nondimeno, quantunque l'accordo transattivo sia connotato da una certa portata innovativa, la giurisprudenza ha evidenziato le profonde differenze che intercorrono tra la transazione novativa e quella conservativa. Nella **transazione novativa e' necessario che l'accordo raggiunto dalle parti disciplini per intero il nuovo rapporto negoziale** e ciò perchè la novazione oggettiva si configura come un contratto estintivo e costitutivo di obbligazioni, caratterizzato dalla volontà di far sorgere un diverso rapporto obbligatorio in sostituzione di quello precedente, con nuove ed autonome situazioni giuridiche, sicchè di tale contratto sono elementi essenziali, oltre ai soggetti e alla causa, l'*animus novandi*, consistente nella inequivoca, comune intenzione di entrambe le parti di estinguere l'originaria obbligazione, sostituendola con una nuova, e l'*aliquid novi*, inteso come mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto" (da ultimo, Cass. Sez. 1, ord. 13 marzo 2019, n.

7194), il tutto, ovviamente, sempre nella prospettiva di eliminare la *res litigiosa*.

Il requisito del cd. *animus novandi* può anche risultare in modo non esplicito, visto che "*l'efficacia novativa della transazione presuppone una situazione di oggettiva incompatibilità tra il rapporto preesistente e quello originato dall'accordo transattivo, in virtu' della quale le obbligazioni reciprocamente assunte dalle parti debbano ritenersi sostanzialmente diverse da quelle preesistenti, con la conseguenza che, al di fuori dell'ipotesi in cui sussista un'espressa manifestazione di volontà in tal senso, il suo accertamento richiede una verifica in ordine all'intento delle parti di addivenire, nella composizione del rapporto litigioso, alla costituzione di un nuovo rapporto, fonte di nuove ed autonome situazioni, destinate a sostituirsi a quelle preesistenti*" (Cass. Sez. 1, sent. 11 novembre 2016, n. 23604).

Per contro, nella **transazione conservativa**, invece, **le parti danno vita ad un accordo con il quale le parti si limitano ad apportare modifiche solo quantitative ad una situazione già in atto e a regolare il preesistente rapporto mediante reciproche concessioni**, consistenti (anche) in una bilaterale e congrua riduzione delle opposte pretese in modo da realizzare un regolamento di interessi sulla base di un "*quid medium*" tra le prospettazioni iniziali (Cass. Sez. Lav., sent. 14 giugno 2006, n. 13717).

La distinzione tra le due fattispecie – transazione novativa e conservativa – assume rilievo dirimente ai fini dell'applicazione dell'articolo 1972 c.c.

Premesso che il medesimo articolo 1972, comma 1 c.c. nel contemplare l'ipotesi della **nullità della transazione relativa a "contratto illecito"**, sancisce la nullità della transazione **soltanto se questa ha ad oggetto un contratto nullo per illiceità della causa o del motivo comune ad entrambe le parti** e non quando si tratta di contratto nullo per mancanza di uno dei requisiti previsti dall'articolo 1325 c.c., tale disposizione "*prevede l'ipotesi in cui la transazione non abbia avuto a oggetto il titolo*", integrando la cosiddetta "transazione novativa", bensì soltanto "*la sua esecuzione ovvero gli effetti da esso derivanti (transazione non novativa)", con la conseguenza che "la nullità del titolo (rimasto in vita) travolge rendendo nulla anche la transazione, seppure le parti abbiano trattato della nullità*" (Cass. Sez. 2, sent. 10 luglio 2014, n. 15841).

Per contro, il comma 2 dell'art. 1972 c.c., che disciplina, invece il caso in cui la composizione della lite abbia riguardato il titolo (transazione cd. novativa), ne prevede **l'annullabilità** (e non la nullità), che può essere chiesta **solo dalla parte che ignorava la causa di nullità del titolo**, sicchè, in sostanza, "***la transazione novativa ovvero quella che interviene sul titolo è annullabile, ma il vizio del negozio può essere fatto valere soltanto dalla parte che sia in errore sulla nullità del titolo***" (così Cass. Sez. 2, sent. n. 15841 del 2014).

In definitiva, l'applicazione dell'articolo 1972 c.c., comma 2, alla sola transazione cd. novativa trova la ragione d'essere nel fatto che "*la nullità, l'inesistenza o comunque l'esaurimento del preesistente titolo rimasto invece incontroverso e fuori della transazione (c.d. transazione non novativa), determinano, "indipendentemente da ogni impugnativa, automaticamente l'inutilità della transazione*" (Cass. Sez. 3, sent. 10 luglio 1998, n. 6703), e ciò in quanto nella transazione

conservativa, l'accordo transattivo regola congiuntamente alla fonte preesistente – e non in sostituzione di esso – il rapporto tra le parti, sicchè le vicende ad essa relative sono destinate ad influire sulla sorte del contratto di cui all'articolo 1965 c.c. L'applicazione, per contro, dell'articolo 1972 c.c., comma 1 è, invece, una conseguenza del fatto che in caso di transazione conservativa, l'accordo transattivo non potrebbe consentire al titolo illecito – che resta, come detto, fonte concorrente del rapporto – di produrre effetti giuridici.

Comunione – Condominio - Locazione

In un condominio "orizzontale" costituito da più unità autonome, il tetto avente esclusiva funzione di copertura di una sola unità non può considerarsi parte comune ex art. 1117 c.c.

di **Saverio Luppino, Avvocato**

Cassazione Civile, sez. II, Ord. 20 aprile 2021 n. 10370. Presidente Di Virgilio, Relatore Scarpa

"In tema di edificio costituito da più unità immobiliari autonome, la comproprietà di una o più cose, non incluse tra quelle elencate nell'art. 1117 c.c. (quale, nella specie, un tetto avente funzione di copertura di una sola delle unità immobiliari compresa in un condominio orizzontale), può essere attribuita a tutti i condomini quale effetto dell'acquisto individuale operato con i rispettivi atti di una quota di tale bene, oppure in forza di un contratto costitutivo di comunione, ai sensi degli artt. 1350, n. 3, e 2643, n. 3, c.c., recante l'inequivoca manifestazione del consenso unanime dei condomini, espressa della forma scritta essenziale, alla nuova situazione di contitolarità degli immobili individuati nella loro consistenza e localizzazione".

CASO

La Corte d'appello di Milano accoglieva il gravame avanzato dai due condomini Maria e società s.a.s. contro la pronuncia resa in primo grado dal Tribunale di Milano sulle domande (proposte separatamente e poi riunite) di impugnazione di una delibera assembleare condominiale risalente al 2010 e di restituzione delle somme anticipate dalle parti attrici (i medesimi condomini Maria e società s.a.s.) pari ad oltre 67.500,00 euro per l'intervento di rimozione e sostituzione della copertura in amianto del tetto sovrastante la porzione immobiliare di proprietà esclusiva della società s.a.s.

La Corte d'appello considerava vincolante la clausola 1 del regolamento condominiale "contrattuale" inserito nei titoli di acquisto delle singole porzioni. Tale clausola specificava che "costituiscono proprietà comune…le fondazioni, la scala, le strutture portanti dell'edificio…, le coperture…". Nel caso di specie si trattava di "condominio orizzontale", ovverosia di una serie di immobili a sé stanti inseriti in un unico complesso immobiliare. La sentenza di secondo grado

qualificava il tetto sovrastante l'immobile di proprietà della società s.a.s., in virtù del regolamento condominiale, come "parte comune", senza che potesse in tal senso invocarsi il criterio di riparto delle spese di cui all'art. 1123 comma 3 c.c. La Corte d'appello di Milano affermava che il Condominio avrebbe dovuto eseguire a sue spese la sostituzione della copertura in amianto ed era perciò tenuto a rimborsarne i costi alla società s.a.s.

Avverso la sentenza pronunciata in secondo grado il Condominio proponeva ricorso articolato in sei motivi. Maria e la società s.a.s. resistevano con controricorso.

SOLUZIONE

La Suprema Corte, accogliendo il primo[1], il quinto[2] e il sesto motivo di ricorso, cassava la sentenza di secondo grado affermando il principio di cui alla massima riportata in epigrafe.

QUESTIONI

La questione di precipuo rilievo che emerge dalla sentenza in esame è connessa al primo motivo di ricorso.

Tale motivo verteva sulla mancanza di una precisa, chiara ed univoca volontà contrattuale di rendere comune il tetto di copertura del capannone di proprietà esclusiva della società s.a.s e deduceva in proposito la violazione, tra gli altri[3], dell'art. 1123, comma 3, c.c.

Il Collegio premetteva come, essendo il giudizio in oggetto originato da una impugnazione ex art. 1137 c.c. della deliberazione assembleare condominiale del 2010 e da una successiva autonoma domanda, poi riunita, di restituzione delle somme anticipate dalle attrici per l'intervento di rimozione e messa in sicurezza di una copertura in eternit, esulasse dai limiti della legittimazione passiva dell'amministratore una pretesa volta ad ottenere l'accertamento della condominialità o meno del bene, ai fini dell'art. 1117 c.c., in quanto per tale **pretesa si imponeva il litisconsorzio necessario di tutti i condomini.** Ne conseguiva che l'allegazione dell'appartenenza o dell'estraneità del bene alle parti comuni potesse formare oggetto di un accertamento meramente incidentale, funzionale alla decisione della sola causa sulla validità della delibera o del diritto ad ottenere la ripetizione degli esborsi sostenuti, ma privo di efficacia di giudicato in ordine all'estensione dei diritti reali dei singoli[4].

Ciò premesso, per quanto descritto in sentenza dalla Corte d'appello di Milano, nonché per quanto ricavato dalla decisione di primo grado, la Corte di Cassazione riteneva sussistente nel caso di specie una situazione di "**condominio orizzontale**", in quanto "costituito da una serie di capannoni a sé stanti facenti però parte di un unico complesso". Secondo il consolidato orientamento della stessa Corte[5] il **nesso di condominialità**, presupposto dalla regola di attribuzione di cui all'art. 1117 c.c., è ravvisabile in svariate tipologie costruttive, sviluppate sia in senso verticale sia in senso orizzontale, è tuttavia necessario che le diverse parti siano dotate di strutture portanti e di impianti essenziali comuni, come appunto quelle *res* che sono esemplificativamente elencate nell'art. 1117 c.c., con la riserva "se il contrario non risulta dal

titolo".

Elemento imprescindibile proseguiva per poter configurare l'esistenza di un condominio è infatti rappresentato dalla contitolarità necessaria del diritto di proprietà sulle parti comuni dell'edificio, in rapporto alla specifica funzione di queste ultime dì servire per l'utilizzazione e il godimento dell'edificio medesimo[6]. Per contro, si rilevava come talvolta la "condominialità" sussista pur ove sia verificabile un insieme di edifici "indipendenti", ciò ricavandosi dagli artt. 61 e 62 disp. att. c.c., che consentono lo scioglimento del condominio nel caso in cui "un gruppo di edifici (...) si possa dividere in parti che abbiano le caratteristiche di edifici autonomi", ma in ogni caso "restano in comune con gli originari partecipanti alcune delle cose indicate dell'articolo 1117 del codice".

La Suprema Corte riconosceva che al fine di verificare se un bene rientri o meno tra quelli necessari all'uso comune, agli effetti dell'art. 1117 c.c., ovvero appartenga ad un unico condominio costituito, come nella specie, da più fabbricati, in quanto gruppo di edifici che, seppur indipendenti, hanno in comune alcuni beni, suppone valutazioni in fatto, sottratte al giudizio di legittimità.

Nel caso in oggetto, tuttavia, era pacifico che il tetto, nel contesto di un complesso costituito da più unità immobiliari autonome, assolvesse unicamente alla funzione di copertura di una sola delle stesse e non anche di altri elementi.

Si trattava , pertanto, di bene che **non rientra tra le parti necessarie all'uso comune**, di cui all'art. 1117, n. 1, c.c., e per il quale **non opera perciò la "presunzione" di condominialità** ivi disciplinata, **in quanto esso non denota la sussistenza di connotati strutturali e funzionali comportanti la materiale destinazione della *res* al servizio e godimento di più unità immobiliari appartenenti in proprietà esclusiva a diversi proprietari**[7].

Viceversa, per il tetto che sia di proprietà comune ai sensi dell'art. 1117 c.c. le spese devono essere ripartite tra tutti i condomini in misura proporzionale al valore delle singole proprietà esclusive, ai sensi della prima parte dell'art. 1123 c.c., trattandosi di bene rientrante, per la funzione necessaria all'uso collettivo, tra le cose comuni, e non riconducibile, per contro, fra quelle parti suscettibili di destinazione al servizio dei condomini in misura diversa, ovvero al godimento di alcuni condomini e non di altri, di cuiall'art. 1123, commi 2 e 3, c.c.[8]

Nel caso in esame, non essendo in discussione la natura di una superficie terminale di un "condominio verticale" che svolga l'indefettibile funzione primaria di protezione dell'intero edificio condominiale, non occorre interrogarsi sull'esistenza di una volontà derogatoria degli interessati al regime di appartenenza presunto dall'art. 1117 c.c., quanto, al contrario, rinvenire un titolo che sia costitutivo di una comunione volontaria tra tutti i partecipanti al condominio.

Per la Corte d'appello di Milano la proprietà comune del tetto sovrastante il capannone di titolarità esclusiva della società s.a.s. avrebbe titolo nella clausola 1 del regolamento "contrattuale", "incorporato, con specifica approvazione, nei rogiti di acquisto dei singoli

condomini", la quale prevede: "Costituiscono proprietà comune, inalienabile ed indivisibile di tutti i proprietari dei diversi piani o posizioni di piano dello stabile, le fondazioni, la scala, le strutture portanti dell'edificio, (...) le coperture e tutto quanto specificato nell'allegata planimetria". La Corte di Cassazione riteneva che la sentenza impugnata avesse implicitamente aderito a quei precedenti di legittimità, i quali ammettevano che con il regolamento di condominio, anche se predisposto dal costruttore dell'edificio (regolamento cd. esterno), può essere attribuita la comproprietà di una o più cose non incluse tra quelle elencate nell'art. 1117 c.c. a tutti i condomini o soltanto a quelli cui appartengano alcune determinate unità immobiliari. Se un siffatto regolamento, contenente un atto che costituisce la comunione di uno o più beni, sia stato regolarmente trascritto presso la conservatoria dei registri immobiliari, esso è poi opponibile altresì a tutti coloro che acquistino successivamente le varie unità del fabbricato[9].

Invero, ad avviso della Cassazione, può riscontrarsi una comunione volontaria immobiliare, conseguente ad un accordo delle parti, sia quando più soggetti mettono in comune immobili già di rispettiva proprietà individuale, sia, ad esempio, in caso di comunione a formazione progressiva, allorché, con distinti atti di alienazione, si vendono a più soggetti singole parti di un immobile, obbligando gli acquirenti a lasciare in comune alcune parti residue. In quest'ultimo caso, non si riscontra una espressione di volontà degli acquirenti di costituire la comunione, e la stessa comunione non è "causa del contratto", quanto automatica conseguenza del fatto che l'acquisto del diritto reale su una cosa (atto a causa traslativa) sia stato compiuto da più persone. Ne deriva che, ove, come, nella specie, voglia ravvisarsi un titolo idoneo ad attribuire a tutti i condomini la comproprietà di un tetto che, nel contesto di un "condominio orizzontale", assolve unicamente alla funzione di copertura di una sola delle unità immobiliari e perciò non è incluso tra le parti elencate nell'art. 1117 c.c., occorre accertare o che tutti i condomini abbiano acquistato individualmente con i rispettivi atti una quota di tale bene, oppure che tale comunione abbia un vero e proprio titolo costitutivo contrattuale[10], il quale abbia comportato il trasferimento del diritto dal patrimonio del singolo a quello soggettivamente collettivo. In quest'ultima fattispecie, **la nuova situazione giuridica di contitolarità concordemente voluta dalle parti deve, dunque, discendere dalla inequivoca manifestazione del consenso unanime dei condomini nella forma scritta essenziale**. Non può perciò valere a dar luogo ad un contratto o ad un fatto costitutivo di una comunione immobiliare il titolo che si limiti a richiamare un regolamento condominiale in cui si riconosce la "proprietà comune" di alcuni beni genericamente determinati in un elenco, anche con rinvio alla planimetria allegata, beni peraltro nemmeno tutti inequivocabilmente individuabili nell'ambito di un "condominio orizzontale" (quali, ad esempio, "le fondazioni, la scala, le strutture portanti dell'edificio", "le facciate", e, appunto "le coperture"), e che perciò sembra a sua volta dare già per avvenuta la costituzione convenzionale della comunione (quale atto ricognitivo della preesistente contitolarità immobiliare), essendo necessario piuttosto, che risulti dal documento scritto la manifestazione specifica di volontà di concludere il contratto medesimo. Ove una tale manifestazione di volontà costitutiva del regime di comunione di beni immobili, individuati nella loro consistenza e localizzazione, non si possa obiettivamente riscontrare nel documento che viene invocato quale atto scritto richiesto per la formazione del contratto, non deve farsi luogo, peraltro, ad alcuna indagine ermeneutica, perché attraverso

quest'ultima va ricercato il contenuto soltanto di quei contratti dei quali già risulti l'esistenza e la validità per il concorso di tutti i requisiti prescritti dalla legge.

La comproprietà di una o più cose, non incluse tra quelle elencate nell'art. 1117 c.c. (quale, nella specie, un tetto avente funzione di copertura di una sola delle unità immobiliari comprese in un condominio orizzontale), può essere attribuita a tutti i condomini quale effetto dell'acquisto individuale operato con i rispettivi atti di una quota di tale bene, oppure in forza di un contratto costitutivo di comunione, ai sensi degli artt. 1350 n. 3 e 2643 n. 3, c.c.„ recante l'inequivoca manifestazione del consenso unanime dei condomini, espressa nella forma scritta essenziale, alla nuova situazione di contitolarità del immobili individuati nella loro consistenza e localizzazione.

[1] Per effetto dell'accoglimento di tale motivo rimanevano assorbiti anche il secondo, il terzo e il quarto motivo di ricorso, avendo essi perso di immediata rilevanza decisoria.

[2] Il quinto motivo di ricorso, qui riportato sinteticamente, denunciava la violazione dell'art. 167 c.p.c. sull'onere di contestazione posto carico del convenuto, con riguardo all'importo delle spese di cui era stato domandato il rimborso. La Corte d'appello di Milano affermava che, a fronte della produzione del preventivo e delle fatture quietanzate ad opera di Maria e della società s.a.s., il Condominio non risultava "aver espresso adeguata e specifica confutazione" né in primo grado né in grado di appello. In tale motivo di ricorso venivano quindi riportate le contestazioni avanzate dal Condominio nelle comparse di risposta quanto all'esborso di € 67.500,00. La Corte di Cassazione asserisce che, sebbene non si evincesse dalla sentenza impugnata quale qualificazione fosse stata fornita dai giudici del merito alla domanda di "rimborso" delle spese (non era chiaro se si trattasse di pretesa azionata ai sensi dell'art. 1134 c.c., ovvero di surrogazione legale ex artt. 1203 n. 5 e 2036, comma 3, c.c., a seguito di pagamento riconducibile ad indebito soggettivo *"ex latere solventis"*), spettava in ogni caso agli attori fornire prova del fatto costitutivo del credito pecuniario azionato. Statuisce la Suprema Corte che, perché un fatto possa dirsi non contestato dal convenuto, e perciò non richiedente una specifica dimostrazione, occorre o che lo stesso fatto sia da quello esplicitamente ammesso, o che il convenuto abbia improntato la sua difesa su circostanze o argomentazioni incompatibili col disconoscimento di quel fatto. La non contestazione scaturisce, pertanto, proseguono gli Ermellini, dalla non negazione del fatto costitutivo della domanda, di talché essa non può comunque ravvisarsi ove, come nella specie, a fronte di una pretesa creditoria fondata sulla restituzione di somme che si assumono pagate a terzi e documentate da preventivi di opere edili e fatture quietanzate, il convenuto abbia comunque definito indimostrato l'importo richiesto.

[3] Il riferimento è agli artt. 1362, 1363 e 1369 c.c.

[4] La S.C. riprende tale argomentazione dalla sentenza 20612/2017, secondo la quale "la delibera condominiale che accerti, a maggioranza, l'ambito dei beni comuni e l'estensione delle proprietà esclusive è nulla, perché inidonea a comportare l'acquisto a titolo derivativo di tali diritti, non essendo sufficiente, all'uopo, un atto meramente ricognitivo ed occorrendo, al

contrario, l'accordo di tutti i comproprietari espresso in forma scritta." (cfr. Cass. Civ. Sez. 2, 31/08/2017, n. 20612).

[5] Cfr. tra le più recenti, Cass. Sez. 2, 16/09/2019, n. 23001; Cass. Sez. 2 , 29/12/2016, n. 27360.

[6] La S.C. precisa che in tal senso argomenta ora anche l'art. 1117 bis c.c., norma introdotta dalla legge n. 220/2012, e che pertanto non regola la fattispecie in esame.

[7] Cfr. in questo senso Cass. Sez. 2, 04/11/2010, n. 22466; Cass. Sez. U, 07/07/1993, n. 7449.

[8] Cfr. Cass. Sez. 6 – 2, 07/10/2019, n. 24927.

[9] Cfr. Cass. Sez. 2, 11/11/2002, n. 15794; in senso conforme Cass. Sez. 2, 21/02/2017, n. 4432.

[10] Ai sensi degli artt. 1350 n. 3 e 2643 n. 3, c.c.

Diritto successorio e donazioni

Il diritto di abitazione non può sussistere se la casa era di proprietà del de cuius e di un terzo

di **Corrado De Rosa, Notaio**

Cassazione civile, sez. II, 28 maggio 2021, n. 15000 – SAN GIORGIO– Presidente – ORICCHIO – Relatore

Diritto di abitazione e uso – Successione Legittima

(C.c. art. 540 c.c)

"Il diritto di abitazione del coniuge superstite si origina solo se la casa adibita a residenza familiare era di proprietà del coniuge defunto o di proprietà comune tra i coniugi. Ciò non accade, invece, se la proprietà apparteneva in comunione al coniuge defunto e a un altro soggetto, diverso dal coniuge superstite."

CASO

La controversia in esame attiene alla successione *ab intestato* del *de cuius* F.M., in relazione alla quale la moglie di primo letto, la B., e figli convenivano in giudizio innanzi al Tribunale di Roma l'odierna ricorrente R., moglie di secondo letto del defunto. Gli attori chiedevano la divisione dei beni immobili relati dal *de cuius*, in particolare dell'abitazione occupata dalla convenuta (moglie di secondo letto). Altresì, chiedevano la condanna al pagamento di indennità per occupazione e solo la moglie di primo letto chiedeva la restituzione di mobili e gioielli contenuti nella già casa coniugale. La R. aderiva alla domanda di divisione chiedendo, in via riconvenzionale, il riconoscimento del proprio diritto di abitazione sul suddetto appartamento ed, in via subordinata, la dilazione della divisione della medesima unità immobiliare ai sensi dell'art. 1111 c.c.. Il Tribunale dichiarava aperta la successione ed individuava i beni costituenti l'asse ereditario, rigettando la domanda di restituzione della B. e le domande riconvenzionali della R.. Successivamente, si provvedeva come da atti alla divisione. Avverso la sentenza del giudice di primo grado interponevano appello, in via

principale, la R. ed appello incidentale le originarie parti attrici. L'adita Corte, rigettando l'appello principale e dichiarando inammissibile quello incidentale, escludeva l'acquisto, da parte della R. (moglie di secondo letto del *de cuius*), del diritto di abitazione ed uso degli arredi della casa coniugale già di comproprietà del defunto e della moglie di primo letto del *de cuius*.

R.T.I. ha impugnato la sentenza della Corte di Appello di Roma.

SOLUZIONE

Per il ricorso veniva disposta la rimessione alla pubblica udienza, stante i contrasti giurisprudenziali inerenti sul tema e afferenti alla possibilità o meno dell'acquisizione del diritto di abitazione in favore del coniuge di defunto in caso di comproprietà con terzi dell'immobile adibito ad abitazione familiare. Con il primo motivo del ricorso si censura il vizio di violazione e falsa applicazione dell'art. 540 c.c., comma 2 e art. 720 c.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3. Invero, la ricorrente lamenta non il mancato riconoscimento del diritto di uso, bensì la sua mancata valorizzazione in controvalore pecuniario. La Corte di Cassazione, respingendo tale doglianza, chiarifica che non sussiste alcuna possibilità di autonoma "valorizzazione pecuniaria" se viene riconosciuto il diritto all'abitazione ed uso, che della invocata valorizzazione è elemento prodromico necessario. Sul punto, i giudici di legittimità richiamano l'orientamento seguito da Cassazione n. 6691 del 23 maggio 2000 ove si afferma il principio che "*a norma dell'art. 540 c.c., il presupposto perchè sorgano a favore del coniuge superstite i diritti di abitazione della casa adibita a residenza familiare e di uso dei mobili che la arredano è che la suddetta casa e il relativo arredamento siano di proprietà del "de cuius" o in comunione tra lui e il coniuge, con la conseguenza che deve negarsi la configurabilità dei suddetti diritti nell'ipotesi in cui la casa familiare sia in comunione tra il coniuge defunto ed un terzo*". Pertanto, ragionando in termini contrari, secondo la pronuncia in esame, si assisterebbe alla creazione di uno statuto speciale del diritto di proprietà dell'ex coniuge non previsto da alcuna disposizione di legge, né configurabile in assenza di apposita previsione normativa. Dunque, l'impossibilità di configurare, nel caso di specie quel diritto di abitazione e d'uso in favore del coniuge superstite, implica pertanto l'impossibilità di conseguire la richiesta valorizzazione monetaria.

A conclusione del ragionamento *de quo* la Corte rigetta il ricorso.

QUESTIONI

La sentenza in commento chiarisce e ripropone i contrasti giurisprudenziali nati in relazione alla possibilità per il coniuge superstite dell'acquisizione del diritto di abitazione in caso di comproprietà con terzi dell'immobile adibito ad abitazione familiare. In primo luogo, il legislatore con l'attribuzione del diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni, ha inteso tutelare, oltre l'interesse economico del coniuge superstite a disporre di un alloggio, l'interesse morale legato alla conservazione dei rapporti affettivi e di consuetudine con la casa familiare (Calvo, *Il diritto di abitazione del coniuge tra regole e valori,* in *Riv. Trim. proc. Civ., 2006,* p. 20ss*;*

Ferrentino – Ferrucci, *Il diritto di uso e di abitazione del coniuge superstite: analisi e questioni nella dottrina e nella giurisprudenza,* in *Vita Notarile, 2002,* III, CCII ss.). Un noto orientamento della Corte di Cassazione ha chiarito, infatti, che "*oggetto della tutela dell'art. 540, secondo comma, non è il bisogno dell'alloggio ma sono altri interessi di natura non patrimoniale, riconoscibili solo in connessione con la qualità di erede del coniuge, quali la conservazione della memoria del coniuge scomparso, il mantenimento del tenore di vita, delle relazioni sociali e degli status symbols goduti durante il matrimonio, con conseguente inapplicabilità, tra l'altro, dell'art. 1022 cod. civ., che regola l'ampiezza del diritto di abitazione in rapporto al bisogno dell'abitatore*" (Corte Costituzionale, 26/05/1989, n. 310). Chiarita la finalità della norma, si deve anche evidenziare che i diritti *de quo* gravano sulla porzione disponibile e, in caso di incapienza, per il rimanente sulla quota di riserva del coniuge ed eventualmente sulla quota riservata ai figli. Venendo al cuore dell'analisi svolta dalla Cassazione in commento, i giudici di legittimità si sono principalmente chiesti se la norma trovi applicazione anche nei casi di comproprietà con terzi della casa familiare. In primo luogo, la pronuncia in esame aderisce alle conclusioni della pronuncia di Cassazione n. 6691 del 23 maggio 2000 la quale, a sua volta, faceva propria la tesi con la quale si affermava che "*i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la arredano, previsti in favore del coniuge superstite, presuppongono per la loro concreta realizzazione l'appartenenza della casa e del relativo arredamento al de cuius o in comunione a costui e all'altro coniuge, non potendo estendersi a carico di quote di soggetti estranei all'eredità nel caso di comunione degli stessi beni tra il coniuge defunto e tali altri soggetti*" (Cassazione civile sez. II, 22/07/1991, n.8171). Sulla stessa scia, la sentenza di Cassazione del 26 febbraio 2004, n. 15594, benché in una fattispecie diversa da quella in esame, ha affermato che " *il principio della conversione del diritto di abitazione spettante al coniuge superstite nel suo equivalente monetario nell'ipotesi in cui la residenza familiare del "de cuius" sia ubicata in un immobile in comproprietà, – e, per la l'indivisibilità dell'immobile, non possa attuarsi il materiale distacco della porzione spettante al coniuge qualora l'immobile stesso venga assegnato per intero ad altro condividente – è applicabile anche all'ipotesi in cui, a seguito della vendita all'incanto dell'immobile ritenuto indivisibile, si verrebbe inevitabilmente a creare la convergenza sullo stesso bene del diritto di proprietà acquisito dal terzo aggiudicatario e del diritto di abitazione spettante al coniuge superstite*". Tuttavia, con un'isolata pronuncia, si è affermato (traendo spunto dalla disciplina del legato), che "*la titolarità del diritto di abitazione riconosciuto dall'art. 540 c.c., al coniuge superstite sulla casa adibita a residenza familiare, che, costituendo "ex lege" oggetto di un legato, viene acquisita immediatamente da detto coniuge, secondo la regola dei legati di specie (art. 649 c.c., comma 2), al momento dell'apertura della successione, ha necessario riferimento al diritto dominicale spettante sull'abitazione al de cuius. Pertanto, nel caso in cui la residenza familiare del de cuius sia sita in un immobile in comproprietà, il diritto di abitazione del coniuge superstite trova limite ed attuazione in ragione della quota di proprietà del coniuge defunto, con la conseguenza che ove per l'indivisibilità dell'immobile non possa attuarsi il materiale distacco della porzione dell'immobile spettante e l'immobile stesso venga assegnato per intero ad altro condividente, deve farsi luogo all'attribuzione dell'equivalente monetario di quel diritto senza che – non ricorrendo l'ipotesi di legato di prestazione obbligatoria – possa verificarsi l'effetto estintivo per impossibilità della prestazione, previsto dall'art. 673 c.c., comma 2*" (Cass. civ., Sez. II, 10/03/1987, n. 2474). Anche in dottrina si sono registrati diversi orientamenti. Parte della dottrina (Gabrielli, *Commento sub. art. 540 cod. civ.*, in *Comm. Dir. It. Fam.* a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, p. 57;

Falzone Calvisi, *Il diritto di abitazione del coniuge superstite,* Napoli, 1993, p. 132; Vicari, *I diritti di abitazione ed uso riservati al coniuge superstite,* in *Diritto della famiglia e delle persone,* 1978, p. 1329 ss.) ha affermato che il diritto di abitazione e uso spetterebbe al coniuge superstite anche nell'ipotesi in cui la casa familiare sia in comproprietà con terzi. Il termine "comune" si riferirebbe non solo all'ipotesi dell'immobile comune ai coniugi ma anche al caso di comunione fra il coniuge morto ed altri chiamati alla successione o terzi. Secondo questo orientamento, il diritto di abitazione sorgerebbe limitatamente alla quota di comproprietà del defunto.
Altra opinione, basata sulle affermazioni della sentenza di Cassazione n. 2474/1987, ritiene che se la residenza familiare del de cuius è sita in un immobile in comproprietà con terzi, il diritto di abitazione spettante al coniuge superstite si converte in equivalente monetario. Il diritto all'abitazione, quindi, troverebbe limite ed attuazione in ragione della quota di proprietà del coniuge defunto, cosicché, ove per indivisibilità del bene non possa attuarsi il materiale distacco della porzione dell'immobile e lo stesso venga assegnato per intero ad altri, si fa luogo all'attribuzione dell'equivalente monetario del diritto di abitazione medesimo.
Ad ogni buon conto, l'orientamento più recente e denominate, sancito anche dalla citata Cass. n. 6691/2000, nega l'attribuzione del diritto di abitazione in caso di comproprietà della casa familiare con terzi. Secondo autorevole dottrina (Finelli, *Il diritto di abitazione non spetta al coniuge superstite se la casa familiare è in comunione con terzi,* in *Dir. Fam. 2001,* p.167; Finocchiaro, *La riforma del diritto di famiglia,* Milano, 1975, p. 2295) l'espressione contenuta nell'art. 540 c.c., 2 comma, "*se di proprietà del defunto o comuni*" indicherebbe che la proprietà deve appartenere al defunto o ad entrambi i coniugi, secondo le regole della comunione ordinaria o legale *ex* art. 177 ss.. Quindi, nel caso di specie non si verificano i presupposti per la nascita del diritto di abitazione ed uso, non essendo realizzabile l'intento del legislatore di assicurare in concreto al coniuge il pieno godimento dei beni oggetto dei diritti stessi. Il criterio interpretativo seguito dalla sentenza in commento e, prima ancora, da Cass. n. 6691/2000, è pienamente fondato sul presupposto che la figura dell'ex coniuge comproprietaria di immobile con il *de cuius* non può che configurare, nel caso preso in esame, un motivo ostativo all'applicabilità a favore del coniuge superstite dei diritti di abitazione della casa adibita ad abitazione familiare. Conseguentemente, l'impossibilità di configurare il diritto di abitazione e d'uso in favore del coniuge superstite, implica anche l'impossibilità di conseguire la richiesta di valorizzazione monetaria.

Diritto e reati societari

Le azioni di impugnazione della delibera di approvazione del bilancio di una società non possono costituire oggetto di deferimento al giudizio degli arbitri

di **Dario Zanotti, Avvocato**

Cass. civ., Sez. VI, 13 ottobre 2016, ordinanza n. 20674.

Parole chiave: Società di capitali – Nullità – Bilancio – Arbitrato

Massima: *"Non è compromettibile in arbitri la controversia avente ad oggetto l'impugnazione della deliberazione di approvazione del bilancio di società per difetto dei requisiti di verità, chiarezza e precisione. Invero, nonostante la previsione di termini di decadenza dall'impugnazione, con la conseguente sanatoria della nullità, le norme dirette a garantire tali principi non solo sono imperative, ma, essendo dettate, oltre che a tutela dell'interesse di ciascun socio ad essere informato dell'andamento della gestione societaria al termine di ogni esercizio, anche dell'affidamento di tutti i soggetti che con la società entrano in rapporto, i quali hanno diritto a conoscere la situazione patrimoniale e finanziaria dell'ente, trascendono l'interesse del singolo ed attengono, pertanto, a diritti indisponibili."*

Disposizioni applicate: Artt. 2379, 2479-ter c.c.; art. 34 d.lgs. 5/2003

Attraverso la presente ordinanza, la Suprema Corte fornisce alcuni elementi utili per comprendere la *ratio* per individuare i diritti indisponibili relativi al rapporto sociale (ciò ai fini di determinare quali controversie tra soci, oppure tra soci e società, non siano compromettibili).

Tizio e Caio hanno citato in giudizio Alfa S.p.A. presso un Tribunale per sentir dichiarare la nullità di una delibera di approvazione del bilancio di Alfa (il "Bilancio") per violazione dei principi di prudenza e per incompletezza delle informazioni fornite, inidonee a rappresentare in modo corretto e veritiero la situazione patrimoniale e finanziaria di Alfa ed il risultato di esercizio. Alfa, costituendosi in giudizio, ha eccepito l'incompetenza del Tribunale in virtù

della clausola compromissoria prevista dall'art. 29 dello statuto di Alfa (lo "Statuto")

Il Tribunale adito da Tizio e Caio, accogliendo l'eccezione di Alfa, ha dichiarato la propria incompetenza in favore del collegio arbitrale indicato nello Statuto. Gli attori hanno quindi proposto regolamento di competenza presso la Suprema Corte.

Il Tribunale ha motivato la propria decisione osservando, in estrema sintesi, che sono escluse dal novero delle controversie compromettibili soltanto quelle attinenti a diritti indisponibili. Nella specie, la delibera che ha approvato il Bilancio può essere impugnata con azione (di nullità) soggetta a termini di decadenza: secondo il Tribunale, tale decadenza è sintomo di "disponibilità" del diritto; pertanto, la controversia di specie avrebbe potuto essere compromessa in arbitri.

Sul punto, tuttavia, la Suprema Corte, in virtù degli artt. 34 e 35 D.Lgs 5/2003, ha ripetutamente escluso la compromettibilità in arbitri delle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione delle delibere di approvazione del bilancio di esercizio per violazione delle norme dirette a garantirne la chiarezza e la precisione. Ciò infatti perché, in linea generale, non possono costituire oggetto di compromesso le controversie riguardanti interessi della società o la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi (cfr. Cass., 23 febbraio 2005, n. 3772; e Cass., 12 settembre 2011. n. 18600) – ed è evidente come vizi di un bilancio non abbiano riflesso solo sulle vicende interne alla società, ma anche verso tutti i soggetti che vi entrano in contatto, il cui affidamento (e diritto a conoscere l'effettiva situazione patrimoniale e finanziaria dell'ente) deve essere protetto dall'ordinamento (cfr. Cass., 10 giugno 2014, n. 13031).

Il Tribunale, invece, ha motivato il proprio convincimento dall'analisi degli artt. 2379, comma 1, e 2479-ter, comma 3, c.c. laddove indicano le ipotesi di impugnabilità senza limiti di tempo soltanto di alcune deliberazioni (ossia, quelle che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili), ricavando come debbano considerarsi sicuramente disponibili (e quindi deferibili al giudizio degli arbitri) i diritti la cui azione sia soggetta a limiti temporali – con ciò quindi sostenendo che sono indisponibili solo i diritti la cui azione sia esercitabile senza limiti temporali.

La Cassazione, al contrario, rileva come tali norme si limitino a stabilire semplici termini di decadenza, che rispondono ad una finalità di stabilità e certezza delle situazioni giuridiche, senza che ciò implichi *per se* un giudizio sulla disponibilità o meno dei diritti ivi coinvolti. La Suprema Corte non condivide perciò l'orientamento del Tribunale che ha escluso l'indisponibilità degli interessi tutelati dai principi di verità, chiarezza e precisione del bilancio per il fatto che il diritto all'impugnazione possa venir meno a causa della decadenza.

Infatti, le norme che stabiliscono i predetti principi non solo sono imperative, ma trascendono l'interesse del singolo, essendo dettate a tutela, oltre che dell'interesse di ciascun socio ad essere informato dell'andamento della gestione societaria al termine di ogni esercizio, anche dell'affidamento di tutti i soggetti che con la società entrano in rapporto, i quali hanno diritto

a conoscere l'effettiva situazione patrimoniale e finanziaria dell'ente.

In conclusione, la controversia avente ad oggetto l'impugnazione della delibera di approvazione del bilancio per difetto degli indicati requisiti attiene pertanto a diritti indisponibili, con la conseguenza che, ai sensi dell'art. 34, comma 1, D.Lgs. 5/2003, non può costituire oggetto di deferimento al giudizio degli arbitri.

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Socio accomandatario e accesso alla liquidazione del patrimonio

di **Marta Bellini, Avvocato e Professore a contratto Università degli Studi di Verona**

Trib. Milano 3 giugno 2021

Parole chiave: Procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento – socio illimitatamente responsabile – fallibilità – procedura del piano del consumatore – Procedura di liquidazione del patrimonio – Indebitamento di natura personale – legge 176/2020

Massima:

"Il dubbio se sia preclusa al socio illimitatamente responsabile, fallibile in estensione ex art. 147 l.f. la possibilità di accedere in autonomia alle soluzioni della crisi da proprio sovraindebitamento, sorge dal tenore letterale dell'art. 6 l.3/12 (che circoscrive le procedure da sovraindebitamento espressamente alle situazioni di crisi non soggette né assoggettabili a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo") nonché dalla formulazione dell'art. 7 lett. a) (che impone al giudice, ai fini dell'ammissibilità della procedura, il riscontro che il debitore "non sia "soggetto a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo") (omissis) atteso dunque, che possa ritenersi che riconoscendosi la facoltà del socio illimitatamente responsabile di presentare un piano del consumatore per la ristrutturazione dei debiti extrasociali, sia consentito anche che il socio abbia facoltà di chiedere la liquidazione del proprio patrimonio per risolvere una situazione di sovraindebitamento personale".

Disposizioni applicate: artt. 6, comma 2 lett.b) – 7, comma 2 lett. a) – 14 ter – L 3/12

Torna il Tribunale di Milano ad affrontare la questione dell'estensione anche a favore dei soci illimitatamente responsabili delle società di persone delle procedure per la soluzione della crisi da sovraindebitamento, con particolare riferimento alla procedura della liquidazione controllata del patrimonio del debitore.

Caso e soluzione

Il Tribunale di Milano veniva adito nell'aprile del 2020 al fine di veder dichiarata aperta la procedura di liquidazione del patrimonio di Tizio, socio accomandatario della società Alfa sas, cessata dall'attività di impresa già a far data dall'anno 2017.

Alla voce del passivo di procedura, Tizio elencava non solo crediti afferenti alla propria situazione personale, ma anche voci derivanti dalla precedente attività d'impresa, già cessata.

La necessaria posticipazione dovuta alla sospensione di emergenza sanitaria ed alle richieste integrazioni che sono seguite nel dicembre del medesimo anno e nella primavera del successivo, hanno portato solamente nel giugno 2021 al decreto di apertura della procedura ex 14 ter L 3/12, quindi vigente ormai la novella della legge per la gestione della crisi da sovraindebitamento (L 176/2020 di conversione del Decreto Ristori).

Questioni applicate nella pratica

Numerosi gli aspetti sottesi alla fattispecie, in merito ai quali la dottrina (Limitone, *Accesso alla procedura di sovraindebitamento del socio illimitatamente responsabile di s.a.s.,* in *Il Fallimentarista.it,* 9.6.2014; Guiotto, *La nuova procedura per l'insolvenza del soggetto non fallibile,* in *Fall.,* 2012, 23; Mancini, *Sovraindebitamento e soci illimitatamente responsabili: il punto dopo la mini riforma della L 3/12 (d.l. 137/2020, convertito nella l. 18.12.2020, n, 176),,* in *ilcaso.it,* 2 gennaio 2021) e la giurisprudenza soprattutto di merito (Trib. Mantova 28 aprile 2016; Trib. Milano, sez. II, 18 agosto 2016; Trib. Rimini 22 marzo 2018; Trib. Rimini 9 marzo 2019) da tempo evidenziano la problematica del libero accesso alle procedure per la gestione della crisi da sovraindebitamento ai soci illimitatamente responsabili di società di persone, con esiti diversi, in parte, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore della l 176/2020.

In primo luogo, vanno distinte le domande di richiesta di accesso alle procedure per la gestione della crisi da sovraindebitamento avvenute prima della novella natalizia del dicembre 2020, rispetto alle istanze successive, gestite dall'attuale normativa di riferimento.

Il dettato normativo – nella previgente disciplina – non chiariva se fossero effettivamente accessibili a favore dei soci illimitatamente responsabili delle società di persone, le procedure di sovraindebitamento, e di alcun aiuto risultava la dottrina, che al contrario escludeva tale categoria di soci dalla possibile richiesta di concordato preventivo (Trib. Mantova 28 aprile 2016, in *Unijuris.it* 4.10.2016*)*.

Contrariamente, si riteneva che a tale categoria di soci l'accesso fosse impedito in forza della loro possibile fallibilità in estensione ex art. 147 l.f. e che pertanto, a garanzia della loro responsabilità illimitata nei confronti dei creditori sociali, il patrimonio non dovesse in alcun modo essere depauperato a favore dei soli creditori personali.

Quanto alla categoria di soci illimitatamente responsabili di società "sotto soglia" (art. 1 comma 2 l.f.) e pertanto non fallibili, mentre da una parte la mancata sottoposizione al regio decreto 267 /42 lasciava aperta la possibilità di accesso a quelle che oggi definiremo "le

procedure minori", dall'altro limitava ulteriormente la domanda ai soli soggetti che fossero eccessivamente gravati da crediti di natura personale, diminuendo ancor più le possibili domande presentabili (Michelotto, *I soci illimitatamente responsabili e le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento,* in *Fall.* 2020, 319). L'individuazione della portata della definizione di consumatore, sino alla sentenza Cass. 1.2.2016, n. 1869 (Pasquariello, *La Cassazione delinea il profilo del consumatore sovraindebitato,* in *Fall.,* 2016, 6, 664), risultava stringere le maglie degli accessibili a pochissimi casi.

Scelta questa che rendeva ancor più paradossale il diverso trattamento esistente tra i soci falliti in estensione, che avrebbero avuto possibilità di accesso ex 142 l.f. all'esdebitazione dei debiti residui ed il socio di società non fallibile, che non avrebbe mai avuto modo di veder cancellati i debiti provenienti dall'attività di impresa e sul suo patrimonio gravanti, se non trovandosi nella condizione di essere un ex socio di società cancellata, per il quale però non sarebbe stata estendibile la nozione di consumatore per la natura dei debiti gravanti.

Sporadiche ed isolate quindi le decisioni di accoglimento delle domande di accesso alle procedure per la gestione della crisi da sovraindebitamento, limitate a quei Tribunali che ravvisavano nella singola fattispecie in esame, sussistere tutti i requisiti di accessibilità (in senso favorevole ante miniriforma Trib. Milano 18 agosto 2016; Trib. Prato 16 novembre 2016; Trib. Rimini 13 marzo 2018; Trib. Ancona 13 marzo 2018, Trib. Rimini 9 marzo 2019, Trib. Roma, 29 aprile 2019 e Trib. Verona 9 maggio 2018; post novella: Trib. Lecco, 5 gennaio 2021, Trib. Ravenna 29 aprile 2021, in *ilcaso.it*, 6 giugno 2021 nonché Trib. Milano 21 giugno 2021), anche sottoponendola alla condizione che in caso di eventuale fallimento della società, la procedura per la composizione della crisi da sovraindebitamento sarebbe stata revocata.

Diverso il percorso delineato dalla nuova L 3/12, che oggi annovera espressamente anche il socio illimitatamente responsabile nella nozione di consumatore, limitando la portata del debito definibile in sede di sovraindebitamento alla sola sfera personale (per soggetti annoverabili, ci si riferisce al socio di società in nome collettivo ed al socio accomandatario della società in accomandita semplice e per azioni, nonché al socio accomandante che sia risultato socio ingerente nell'amministrazione della società e, a parere di chi scrive, altresì il socio di fatto ed il socio occulto).

Superato il limite di natura soggettiva, resta vincolante la portata normativa in sede di procedura esperibile. Al consumatore è infatti limitato dall'art. 74 comma 1 CCI (per quanto già procrastinato al 2022) l'accesso al solo piano del consumatore e parimenti, al socio illimitatamente responsabile è consentito l'accesso per la sola gestione dei debiti di natura personale: in tal senso, ancor più difficile diviene il possibile accesso del socio alle procedure, che oggi potranno alternarsi tra il piano del consumatore e l'accordo del debitore opzionandosi in base alla natura dei debiti ed alla possibile presenza della società a risolvere complessivamente una situazione debitoria.

Oggi quindi, il socio illimitatamente responsabile (esclusivamente persona fisica dalla novella L 176/20) di società di persone anche sopra soglia, può accedere alle procedure per la

composizione della crisi da sovraindebitamento al fine di definire tutti i propri debiti esclusivamente di natura personale.

Ci si domanda in tal senso come possa essere gestita la posizione del socio illimitatamente responsabile di società di persone o di ditta individuale cessata, in carico al quale si evidenzino ancora debiti di attività d'impresa residui al momento della cancellazione o nei confronti dei quali quale la Pubblica Amministrazione stia già provvedendo al recupero (sia direttamente nei confronti dell'imprenditore individuale che nei confronti dei soci quali soggetti subentrati alla società estinta. Cfr. Cass., sez. VI, 9 ottobre 2015; Cass. sez. IV lavoro, 25 febbraio 2019 n. 5428).

I soci amministratori o liquidatori, potrebbero risultare infatti portatori di debiti di natura fiscale e tributaria sopravvenuti alla cancellazione della società dal Registro delle Imprese o, seppur preesistenti, solo successivamente recuperati dall'Erario. In questa seconda ipotesi, si precisa che l'art. 28, comma 4 del D.lgs 175/2014, ha introdotto un regime di favore per il creditore erariale, in virtù del quale la cancellazione della società (art. 2495 c.c.) non ha alcun effetto estintivo per un periodo di 5 anni dalla domanda di cancellazione, ai fini degli atti di accertamento, riscossione e contenzioso. E così similmente a seguito della cancellazione ex art. 2312 cc delle società di persone.

Si realizza a sfavore dei soci l'eterovestizione della responsabilità dell'impresa per le obbligazioni adempiute in sede di esercizio dell'attività ed evidenziate solo in un momento successivo la cancellazione. Ed è per tali fattispecie che si realizzano le numerose criticità che la strettoia imposta dalla norma crea, ammettendo alle procedure per la composizione della crisi da sovraindebitamento i soli "debiti estranei a quelli sociali", quando invece il legislatore da una parte sembrava voler aprire ad un numero maggiore di soggetti l'accesso all'esdebitazione e dall'altra alla soluzione unitaria con la società dello stato di crisi (art. 14ter, comma 7bis "*Il decreto di apertura della liquidazione della società produce i suoi effetti anche nei confronti dei soci illimitatamente responsabili*").

In questa prospettiva si pone la soluzione adottata dal Trib. Milano qui in esame, che da una parte ha svincolato il socio illimitatamente responsabile di s.a.s cancellata da oltre tre anni, e quindi non sottoposto ad altre procedure concorsuali e gravato di debiti esclusivamente di natura personale, dall'esclusiva presentazione del piano del consumatore, permettendogli di accedere alla procedura individuale (la società cancellata non vi partecipa) della liquidazione ex art. 14 ter del patrimonio del sovraindebitato; dall'altra ha aperto un varco nella definizione tout court intesa dei debiti dell'imprenditore cancellato, ogniqualvolta la situazione fiscale e tributaria perlopiù, sia cristallizzata e non possa trovare soluzione alternativa.

In questo senso dovrebbe essere letto il provvedimento meneghino, nella possibilità di utilizzare in sede di liquidazione l'unico patrimonio attivo del socio illimitatamente responsabile, garante in via sussidiaria dell'adempimento dei debiti sociali che oggi, a seguito della cancellazione della società e della concomitante mancanza di azioni pendenti per il recupero di imposte dovute dalla società e dalla medesima non pagate, non potranno trovare

alcuna strada risolutiva residua. La stabilizzazione del passivo societario della società cancellata, segna il limite normativo nei confronti dei soggetti illimitatamente responsabili di società di persona, escludendo dalla possibile gestione in sede esdebitativa eventuali crediti non personali che invece proprio in tale sede – se sussistenti i requisiti – potrebbero trovare, anche se parziale ed in concorrenza con i debiti personali del socio – corretta collocazione.

Concludendo, quanto alla facoltà del socio illimitatamente responsabile di presentare la richiesta di apertura della procedura di liquidazione del patrimonio, il Tribunale risolve ritenendo che anche il socio illimitatamente responsabile abbia la possibilità di chiedere la liquidazione del proprio patrimonio per risolvere un sovraindebitamento anche di natura personale.

Diritto Bancario

Cartolarizzazione dei crediti: appunti sulla legittimazione attiva della società cessionaria

di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

Nell'ambito delle operazioni di cartolarizzazione, non è infrequente che il debitore ceduto contesti che la società cessionaria (di regola SPV) non sia legittimata attiva, o comunque che non sia titolare del credito.

In caso di contestazione, spetta al cessionario fornire la prova documentale che il credito controverso sia compreso tra quelli compravenduti nell'ambito dell'operazione di cessione in blocco, giacché in ogni fattispecie di cessione di crediti il fondamento sostanziale della legittimazione attiva è legato, per il cessionario, alla prova dell'oggetto della cessione, a meno che il resistente non l'abbia esplicitamente o implicitamente riconosciuta: dunque la società cessionaria di crediti in blocco, di fronte alla contestazione della controparte, ha l'onere di produrre i documenti idonei a dimostrare l'inclusione del credito oggetto di causa nell'operazione di cessione in blocco *ex* art. 58 TUB dovendo fornire la prova documentale della propria legittimazione (Cass. n. 9768/2016, Cass. n. 4116/2016 e Cass. n. 10518/2016; Cass. n. 22151/2019; Cass. n. 24798/2020; Cass. 12739/2021).

Per dimostrare i contenuti dell'avvenuta cessione dei crediti, la giurisprudenza di merito ha talora ritenuto proficuamente utilizzabile anche un estratto autentico delle scritture contabili della banca recante la circostanziata indicazione delle posizioni oggetto di cessione (ad es., crediti 'in sofferenza' ad una certa data) (Trib. Ferrara 9.4.2019); non sempre è stato ritenuto ammissibile (come invece preferibile) il rinvio ad un sito internet cui collegarsi per attingere i dati identificativi dei crediti ceduti: la prova, è sostenuto, deve essere direttamente percepibile dai documenti prodotti in giudizio (l'art. 7.1, comma 6, L. n. 130/1999 prevede tale possibilità, ossia il rinvio a un sito internet, riguardo ai crediti ceduti non individuati in blocco). Contrari al rinvio a un sito internet sono Trib. Napoli 24.5.2019 e Trib. Forlì 28.10.2019 n. 923; favorevoli Trib. Ferrara 29.4.2020 e Trib. Sondrio 5.10.2020 e 28.4.2021.

È altresì discusso se una dichiarazione scritta e dettagliata firmata dalla società cedente, nella

quale si dia atto della cartolarizzazione di quella specifica posizione debitoria, possa essere idonea a fornire la prova dell'avvenuta cessione (e dei contenuti della stessa) (possibilità esclusa da Trib. Avezzano 3.7.2020, 29.10.2020 e 20.4.2021; App. Cagliari 17.3.2016. *Contra* Trib. Verona 14.11.2020). L'Ufficio dell'esecuzioni immobiliari del Tribunale di Firenze ha emesso in data 23 gennaio 2020 una circolare con cui prevede la possibilità che la società cessionaria del credito possa produrre in giudizio una «dichiarazione liberatoria dell'istituto di credito cedente, proveniente da organo legittimato (con allegazione delle relative procure)». Anche la Cassazione ha valorizzato la possibilità che la dichiarazione del cedente comunicata dal cessionario al debitore ceduto mediante la produzione in giudizio sia, al pari della disponibilità del titolo esecutivo, un elemento documentale importante, potenzialmente decisivo. Quanto precede anche sul presupposto che la prova della cessione può avvenire con documentazione successiva alla pubblicazione dell'Avviso di cessione in Gazzetta Ufficiale (Cass. n. 10200/2021).

In altre circostanze, rilevata l'impossibilità di individuare senza incertezze – per mezzo della pubblicazione nella G.U. – gli specifici rapporti oggetto della cessione e, dunque, l'effettiva titolarità del credito, è stato richiesto all'attore in senso sostanziale (cessionario) di fornire la prova della titolarità dello specifico credito, nonché della determinabilità dell'oggetto dell'intervenuta cessione in blocco e, quindi, di produrre in giudizio anche copia completa del contratto di cessione da cui evincere con chiarezza che il credito in contestazione è ricompreso nella cessione in blocco (Trib. Forlì 15.10.2020; Trib. Avezzano 29.10.2020; Trib. Treviso 2812.2020; Trib. Catanzaro 22.11.2020; Trib. Foggia 18.1.2021; Trib. Lecce 19.2.2021; Trib. Lucca 26.3.2021; Trib. Prato 29.3.2021; Trib. Ancona 5.5.2021 n. 603).

La dimostrazione della legittimazione attiva della società cessionaria (per la quale è richiesto un riscontro probatorio) può dirsi comunque raggiunta ove controparte l'abbia esplicitamente o implicitamente riconosciuta (ad es. pagamenti alla cessionaria o sua chiamata in giudizio, mancata contestazione *ex* art. 115 c.p.c.). Quanto precede sul presupposto che la prova della cessione può essere fornita con ogni mezzo e quindi anche mediante testimonianze o presunzioni, non essendo, come evidenziato dalla Cassazione, il contratto di cessione di crediti soggetto a forme sacramentali o comunque particolari ai fini della sua validità (così Cass. n. 5617/2020).

Processo civile telematico

Questioni particolari legate alla presenza o all'assenza della firma digitale

di **Giuseppe Vitrani**

Di tanto in tanto è interessante occuparsi di questioni relative alla formazione e gestione del documento informatico al fine di approfondire aspetti e problematiche che possono porsi soprattutto laddove si abbia a che fare con documenti muniti o privi di firma digitale.

Naturalmente, il punto di partenza in tali casi non può che essere la previsione dell'art. 20, comma 1 bis, del Codice ai sensi del quale *"il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità. La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida*".

Il Legislatore, dunque, identifica le modalità affinché al documento informatico possa essere conferita dignità probatoria pari allo scritto nonché efficacia probatoria sino a querela di falso; dette modalità, secondo il nostro legislatore, consistono fondamentalmente: nell'apposizione di una firma elettronica:

- nell'apposizione di una firma digitale;
- nell'apposizione di una firma elettronica avanzata
- nella formazione del documento secondo il processo di identificazione stabilito dall'AgID, che attualmente, a seguito delle linee guida emanate nel mese di aprile 2020, corrisponde alla firma elettronica apposta mediante l'utilizzo di SPID.

Occorre però prestare attenzione perché per talune categorie di atti il Legislatore non è stato così liberale e ha ristretto la possibilità di utilizzo delle firme elettroniche alla sola firma digitale.

CONTINUA A LEGGERE