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

# Edizione di martedì 13 settembre 2022

## Comunione – Condominio - Locazione

### Inflazione e legittimità del canone a scaletta nei contratti di locazione commerciale

di **Valerio Sangiovanni, Avvocato**

## Impugnazioni

### Decadenza dall'impugnazione e limiti alla rimessione in termini

di **Valentina Baroncini, Avvocato e Ricercatore di Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Verona**

## Esecuzione forzata

### Natura, funzione e scopo dell'ordine di liberazione ex art. 560 c.p.c.

di **Paolo Cagliari, Avvocato**

## Responsabilità civile

### Danni da cose in custodia: risarcimento per precipitazioni atmosferiche e caso fortuito

di **Alessandra Sorrentino, Avvocato**

## Comunione – Condominio - Locazione

### Risarcimento del danno e quantificazione del medesimo in ipotesi di mancata realizzazione/messa a disposizione della portineria condominiale da parte del costruttore

di **Saverio Luppino, Avvocato**

## Diritto successorio e donazioni

### Adulterio e revoca di donazione per ingratitudine

di **Matteo Ramponi, Avvocato**

## Diritto e reati societari

### S.r.l. fallita: l'azione di responsabilità proposta dal socio deve essere proseguita dal curatore, pena la sua improcedibilità

di **Virginie Lopes, Avvocato**

## Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

### Alcune riflessioni sul giuramento decisorio deferito al curatore fallimentare

di **Valentina Baroncini, Avvocato e Ricercatore di Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Verona**

## Diritto Bancario

### Fideiussione, contratto di leasing e mediazione ex art. 5 D.Lgs. n. 28/2010: opinioni a confronto

di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

## Soft Skills

### La comunicazione non si improvvisa!

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

**Comunione – Condominio - Locazione**

# *Inflazione e legittimità del canone a scaletta nei contratti di locazione commerciale*

di **Valerio Sangiovanni, Avvocato**

Corte di Cassazione, Sez. 3, n. 23145 del 25 luglio 2022, Pres. Frasca, Rel. Gorgoni

**Parole chiave**

Contratto di locazione – Locazione commerciale – Canone a scaletta – Legittimità

**Massima**: "*Nei contratti di locazione commerciale, le parti hanno il potere di determinare liberamente la misura del canone, anche prevedendo un canone differenziato e crescente per frazioni successive di tempo*".

**Disposizioni applicate**

Art. 79 L. n. 392/1978 (patti contrari alla legge), art. 32 L. n. 392/1978 (aggiornamento del canone)

**CASO**

Viene concluso fra le parti un **contratto di locazione commerciale**. Il testo del contratto prevede un determinato canone mensile, ma stabilisce altresì che detto canone venga aumentato di anno in anno, predeterminando *ex ante* l'ammontare esatto dell'incremento che dovrà avvenire di anno in anno. A un certo punto del rapporto, il conduttore si convince della illegittimità degli aumenti annuali del canone e chiede la restituzione delle cifre pagate in eccesso rispetto al canone base, cosicché sorge un contenzioso fra le parti. Sia il Tribunale di Napoli che la Corte di Appello di Napoli ritengono che l'incremento annuale del canone sia legittimo e rigettano dunque la domanda del conduttore volta a ottenere la restituzione dei canoni pagati in eccesso rispetto al canone base.

**SOLUZIONE**

La questione giunge all'attenzione della Corte di Cassazione, la quale conferma le sentenze di merito: **l'aumento del canone previsto, di anno in anno, nell'originario contratto è una legittimazione pattuizione** che può essere contenuta in un contratto di locazione commerciale.

**QUESTIONI**

La locazione "è il contratto col quale una parte si obbliga a far godere all'altra una cosa mobile o immobile per un dato tempo **verso un determinato corrispettivo**" (art. 1571 c.c.). La legge per il resto non spiega come e quando debba essere pagato il corrispettivo. Nell'ambito delle locazioni di immobili, tuttavia, è frequente la pattuizione di un canone che deve essere pagato con cadenza mensile.

Nella maggior parte dei casi, **il canone è una cifra mensile fissa**: se, ad esempio, viene pattuito per un esercizio commerciale un canone di € 2.000 al mese, detto canone dovrà essere pagato per sei anni ogni mese senza alcun incremento. La questione è se sia possibile prevedere, già nell'originario contratto di locazione, che il canone aumenti di anno in anno (oppure ogni due o tre anni). Si tratta della figura del canone c.d. "a scaletta". Istintivamente verrebbe da rispondere positivamente: per quale ragione non dovrebbe essere possibile, in un ordinamento basato sulla libera economia di mercato, pattuire *ab origine* che il canone aumenti a determinate scadenze?

In realtà, la questione non è così semplice, in quanto l'art. 79 comma 1 L. n. 392/1978 prevede **la inderogabilità di tutte le disposizioni** della medesima legge a danno del conduttore: "è nulla ogni pattuizione diretta a limitare la durata legale del contratto o ad attribuire al locatore un canone maggiore rispetto a quello previsto dagli articoli precedenti ovvero ad attribuirgli altro vantaggio in contrasto con le disposizioni delle presente legge". Si tratta della disposizione di chiusura della legge sull'equo canone che ne sancisce l'inderogabilità. Ma il problema si trasferisce allora sui contenuti della L. n. 392: esiste un qualche articolo della medesima legge che vieta di pattuire un canone a scaletta?

La L. n. 392/1978, per quanto paradossale possa apparire, disciplina pochissimo il tema del pagamento del canone. Si rinviene l'art. 5, il quale disciplina però la sola questione dell'inadempimento del conduttore. L'altra disposizione rilevante è l'art. 32 comma 1 sull'aggiornamento del canone, secondo cui "le parti possono convenire che il canone di locazione sia **aggiornato annualmente** su richiesta del locatore per eventuali variazioni del potere di acquisto della lira". Il tema dell'inflazione oggi è tornato, purtroppo, di attualità. L'art. 32 comma 2 chiarisce che "le variazioni in aumento del canone … non possono essere superiori al 75 per cento di quelle … dell'indice dei prezzi al consumo". La *ratio* della norma è quella di evitare che, sfruttando l'inflazione, il proprietario approfitti per alzare il canone in misura maggiore dell'inflazione. Addirittura, in un'ottica di tutela del conduttore, si prevede che solo una parte dell'inflazione (massimo il 75%) possa essere caricata al conduttore. Un filone giurisprudenziale, nel valutare il combinato disposto dell'art. 79 e dell'art. 32 L. n.

392/1978, ne ha tratto la conseguenza che l'unica modalità per prevedere aumenti del canone durante il rapporto sia ai sensi dell'art. 32, ovvero per la necessità di adeguare il canone all'inflazione. Altre variazioni sarebbero illegittime, in quanto vi osterebbe l'art. 79 che impedisce modifiche contrattuali a danno del conduttore.

In questo contesto si colloca l'ordinanza in commento n. 23145/2022. La Corte di Cassazione chiarisce che sussiste il potere delle parti, del contratto di locazione di immobile adibito ad uso diverso da quello di abitazione, di **determinare liberamente la misura del canone**. La Cassazione chiarisce che sussistono più opzioni: 1) la pattuizione di un canone fisso; 2) la pattuizione di un canone legato al fatturato dell'esercizio commerciale; 3) la pattuizione di un canone crescente nel corso del tempo. L'unico limite posto all'autonomia privata – aggiunge la Suprema Corte – è che la clausola persegua il solo scopo di neutralizzare gli effetti della svalutazione monetaria, perché essa – eludendo i limiti imposti dall'art. 32 L. n. 392/1978 – risulterebbe nulla *ex* art. 79 della medesima legge.

Va detto che il ragionamento della Corte di Cassazione si presta a **qualche rilievo critico**. Un aumento del canone è un fatto, di per sé, neutrale rispetto alle ragioni che lo determinano: se il canone, ad esempio, è di € 2.000 per i primi tre anni e di € 2.500 per i secondi tre anni di durata del rapporto, poco importa per quali ragioni (adeguamento all'inflazione o aumento in termini assoluti che prescindono dall'inflazione) sia prevista nel contratto originario una pattuizione di aumento del canone. Distinguere fra aumenti del canone dovuti all'adeguamento all'inflazione e aumenti del canone dovuti ad altri ragioni è un ragionamento formale. La Cassazione dovrebbe avere il coraggio di dire che il canone è liberamente pattuibile in misura crescente nel tempo, anche se ciò può implicare – di fatto – una sorta di abrogazione implicita dell'art. 32 L. n. 392/1978.

Si immagini che il canone sia previsto in contratto di € 2.000 per il primo anno e di € 2.500 per il secondo anno. **Se l'inflazione fosse del 10%, la misura massima dell'incremento potrebbe essere del 75% del 10%** (ossia di € 150). Ciò implicherebbe l'automatica nullità della clausola per violazione dell'art. 32 L. n. 392/1978, nell'esempio fatto, in quanto è previsto un aumento di € 500 (e non solo di € 150). Per evitare un risultato del genere – seguendo le indicazioni della Corte di cassazione – bisognerebbe specificare nel contratto che l'incremento del canone nel secondo anno non è legato all'aumento dell'inflazione: così sarebbe giustificato. Ma si tratta di un formalismo (una sorta di tuziorismo), che non cambia la sostanza del problema: il canone è aumentato. Le ragioni non interessano a nessuno.

**Impugnazioni**

# *Decadenza dall'impugnazione e limiti alla rimessione in termini*

di **Valentina Baroncini, Avvocato e Ricercatore di Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Verona**

Cass., sez. V, 7 luglio 2022, n. 21649, Pres. Crucitti – Est. Cortesi

**[1] Impugnazioni civili – Decadenza – Rimessione in termini – Art. 153, comma 2, c.p.c. – Decadenza dall'impugnazione – Causa non imputabile collegata alla violazione di obblighi informativi da parte del difensore – Rilevanza – Esclusione – Fondamento – Fattispecie** (art. 153 c.p.c.)

**Massima:** *"L'istituto della rimessione in termini ex art. 153, comma 2, c.p.c. non può trovare applicazione alla decadenza dall'impugnazione laddove la causa non imputabile dedotta a sostegno della relativa istanza sia collegata a violazioni commesse da parte del difensore, di obblighi informativi caratteristici del rapporto di mandato, trattandosi di profili attinenti ad una patologia di quest'ultimo, e come tali destinati ad assumere rilevanza esclusivamente nei relativi confini".*

**CASO**

[1] Due contribuenti proponevano ricorso alla Commissione Tributaria Provinciale di Ragusa avverso le cartelle di pagamento con le quali veniva loro irrogata, quali coobbligati in solido, la sanzione amministrativa di € 5.789,82 per carente versamento IRPEF relativo all'anno di imposta 2005.

La C.T.P. accoglieva il ricorso, annullando le cartelle impugnate, con sentenza che veniva però integralmente riformata dalla Commissione Tributaria Regionale di Palermo – sezione distaccata di Catania, adita con gravame dell'Agenzia delle entrate.

Avverso tale pronuncia, i contribuenti proponevano ricorso per cassazione, articolato in due motivi.

Per quanto di interesse ai fini del presente commento, occorre evidenziare che la sentenza d'appello veniva depositata il giorno 8 maggio 2014; il termine "lungo" per impugnarla – della durata di un anno, in quanto il giudizio di primo grado veniva instaurato nel 2008 – scadeva pertanto martedì 23 giugno 2015, considerata l'applicazione della sospensione feriale dei termini (all'epoca decorrente dal 1° agosto al 15 settembre).

Il ricorso per cassazione risultava però spedito per la notificazione a mezzo posta il giorno 24 giugno 2015. I ricorrenti formulavano pertanto istanza di rimessione in termini, assumendo di essersi rivolti, per l'assistenza nei giudizi di merito, a un difensore sprovvisto del patrocinio avanti le giurisdizioni superiori, cosicché – una volta resi edotti dell'esito sfavorevole del giudizio di appello – essi «non erano stati in grado di comprendere bene i termini di decadenza entro cui rivolgersi ad un nuovo professionista per incoare il giudizio di legittimità».

**SOLUZIONE**

[1] La Cassazione dichiara il ricorso inammissibile per tardività, non ritenendo di poter accogliere l'istanza di rimessione in termini avanzata dai contribuenti.

Secondo i giudici di legittimità, i ricorrenti avrebbero infatti invocato una fattispecie che non consente di ritenere che la decadenza sia dipesa da causa a loro non imputabile, in quanto cagionata da un fattore estraneo alla loro volontà.

In particolare, non avrebbero alcun rilievo, al fine sperato, eventuali violazioni, commesse da parte del precedente difensore dei ricorrenti, degli obblighi informativi caratteristici del rapporto di mandato, trattandosi di profili attinenti esclusivamente a una patologia di quest'ultimo, e come tali destinati ad assumere rilevanza esclusivamente nei relativi confini (in tal senso, il provvedimento richiama il precedente di cui a Cass. 24 aprile 2019, n. 11229).

**QUESTIONI**

[1] Il provvedimento in commento affronta il delicato tema dei requisiti per la concessione della rimessione in termini, oggi disciplinata dall'art. 153, 2°co., c.p.c.

Tale disposizione, come noto, accorda alla «parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile» la facoltà di chiedere al giudice di essere rimessa in termini.

Essa è frutto della riforma operata dalla l. n. 69/2009 la quale, in una con l'abrogazione dell'art. 184-*bis* c.p.c., ha generalizzato l'istituto della rimessione in termini, rendendolo applicabile a ogni decadenza verificatasi nel corso del processo, ossia a ogni ipotesi di perdita di un potere processuale per mancato esercizio nei limiti temporali previsti dalla legge: tra tali ipotesi, ovviamente, rientrano anche i termini di impugnazione, sia brevi sia lunghi (sul punto, S. Boccagna, *sub art. 153*, in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, I, Milano, 2018, 1760).

Condizione per ottenere la rimessione in termini è che il tempestivo esercizio del potere sia stato ostacolato da un impedimento di fatto derivante da causa non imputabile alla parte: si tratta, evidentemente, di un concetto elastico, la cui concretizzazione è rimessa all'opera della giurisprudenza. In via di principio, si può affermare che la garanzia costituzionale del contraddittorio imponga di attribuire un fondamento soggettivo all'autoresponsabilità processuale da decadenza, ricollegando effetti pregiudizievoli all'inattività della parte solo laddove questa sia riconducibile a sua colpa (ovvero a colpa del suo difensore: ancora, S. Boccagna, *op. cit.*, 1763 ss.). In altri termini, il concetto di causa non imputabile coinciderà con il criterio della diligenza o dell'assenza di colpa, identificandosi con quell'impedimento all'esercizio del potere processuale non evitabile mediante un comportamento diligente (in argomento, R. Caponi, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, 195 ss.).

I concetti espressi trovano rispondenza nella casistica giurisprudenziale rinvenibile in materia.

Infatti, è stata affermata l'esistenza della causa non imputabile (con conseguente rimessione in termini della parte), in un caso di omesso deposito in cancelleria, in un procedimento introdotto da ricorso, del fascicolo contenente il provvedimento di fissazione dell'udienza con l'indicazione del termine per la notifica alla controparte (Trib. Roma, 4 gennaio 2000). Viceversa, si è esclusa l'esistenza della causa non imputabile (con rigetto dell'istanza di rimessione in termini) in una fattispecie in cui la parte aveva omesso di proporre nei termini l'eccezione di prescrizione, per una scelta della parte medesima di attendere l'esito delle trattative in corso con la controparte (Cass., 25 marzo 2011, n. 7003).

Avvicinandoci alla questione decisa con il provvedimento in commento, è altrettanto pacifico che la parte costituita a mezzo di difensore risponda delle negligenze di quest'ultimo, che le sono imputate oggettivamente in virtù del rapporto di mandato. Di conseguenza, se la negligente attività del difensore ha causato una decadenza, non sarà possibile chiedere la rimessione in termini, ma solo agire per il risarcimento dei danni da responsabilità professionale (ancora, R. Caponi, *op. cit.*, 215 ss.).

La pronuncia in esame si situa, evidentemente, in piena continuità con tali principi: anche nel caso deciso, infatti, la decadenza (dal potere di proporre ricorso per cassazione) era addebitabile a una negligenza del difensore, il quale, cessato il mandato, ha omesso di informare le parti di quanto necessario per non pregiudicarne la difesa. Da qui, la correttezza del provvedimento della Cassazione, che ha ritenuto di negare la richiesta rimessione in termini ai ricorrenti, ai quali residuerà comunque la strada dell'azione per risarcimento dei danni da responsabilità professionale.

**Esecuzione forzata**

# *Natura, funzione e scopo dell'ordine di liberazione ex art. 560 c.p.c.*

di **Paolo Cagliari, Avvocato**

**Cass. civ., sez. III, 28 marzo 2022, n. 9877 – Pres. Vivaldi – Rel. De Stefano**

**Massima:** *"Il provvedimento ordinatorio con cui il giudice dell'esecuzione ordina la liberazione dell'immobile pignorato costituisce regola generale nelle espropriazioni immobiliari, stante l'esplicita disciplina dei casi e dei tempi nei quali è esclusa la sua emissione nei confronti del debitore e del suo nucleo familiare abitanti nel cespite staggito; l'ordine di liberazione è funzionale agli scopi del processo di espropriazione forzata e, in particolare, all'esigenza pubblicistica di garantire la gara per la liquidazione del bene pignorato alle migliori condizioni possibili, notoriamente connesse, sul mercato dei potenziali acquirenti, allo stato di immediata, piena e incondizionata disponibilità dell'immobile".*

**CASO**

Nell'ambito di un'espropriazione immobiliare radicata innanzi al Tribunale di Sulmona, il giudice dell'esecuzione, dopo avere nominato il custode giudiziario e prima dell'aggiudicazione, emetteva l'ordine di liberazione del bene pignorato, ravvisando, sulla base degli accertamenti peritali eseguiti, l'inopponibilità della locazione che lo riguardava ai sensi dell'art. 2923, comma 3, c.c., in quanto il canone veniva ritenuto vile, ossia inferiore di un terzo al giusto prezzo.

La conduttrice impugnava il provvedimento con opposizione agli atti esecutivi, che veniva respinta.

La sentenza di rigetto veniva gravata con ricorso per cassazione, nel quale la locataria perorava la tesi per cui solo l'aggiudicatario è legittimato a fare valere l'inopponibilità della locazione, sicché l'ordine di liberazione non poteva essere emesso prima che fosse intervenuta l'aggiudicazione.

**SOLUZIONE**

[1] La Corte di Cassazione, pur avendo accolto il ricorso e cassato la sentenza impugnata per un'assorbente questione di carattere processuale, ossia perché il giudizio di opposizione agli atti esecutivi non si era svolto a contraddittorio integro (non avendovi partecipato i due debitori esecutati, da considerarsi litisconsorti necessari al pari del creditore procedente e di quelli intervenuti), ha, nondimeno, colto l'occasione per svolgere un'accurata ricostruzione della natura dell'ordine di liberazione disciplinato dall'art. 560 c.p.c. e delle finalità a esso sottese.

**QUESTIONI**

[1] La sentenza che si annota suscita interesse perché vengono illustrate con chiarezza la natura, la struttura, lo scopo e le finalità dell'ordine di liberazione di cui all'art. 560 c.p.c., che ridondano sulla disciplina a esso applicabile.

A tale proposito, i giudici di legittimità hanno evidenziato come l'istituto in questione (elaborato inizialmente dalla giurisprudenza di merito, per essere poi recepito dal legislatore – che spesso e volentieri, nel riformare il processo esecutivo, attinge alle prassi adottate presso gli uffici giudiziari più virtuosi e sensibili al suo efficientamento – con la novella del 2005) sia funzionale al conseguimento delle migliori condizioni possibili di negoziabilità sul mercato del bene: è noto, infatti, che la sua immediata, piena e incondizionata disponibilità rappresenta uno degli elementi più incentivanti all'acquisto in sede di esecuzione forzata, dal momento che elimina il rischio che l'aggiudicatario, una volta divenuto proprietario per effetto dell'emissione del decreto di trasferimento, debba intraprendere un lungo e costoso percorso per liberare l'immobile da chi lo occupa senza titolo.

L'art. 560 c.p.c., peraltro, rappresenta una delle disposizioni più tormentate e più frequentemente modificate o ritoccate nel panorama processual civilistico, sintomo del fatto che la norma sottende interessi, ragioni di tutela e scelte di politica giudiziaria difficili da contemperare, soprattutto se vi fanno da sfondo vicende assurte agli onori della cronaca.

In particolare, le più recenti innovazioni sono state apportate per regolamentare specificamente i casi e i tempi nei quali l'ordine di liberazione può essere emesso quando nell'immobile pignorato abitino il debitore esecutato e il suo nucleo familiare; queste modifiche, nel contempo, hanno reso ancora più evidente come, proprio al fine di consentire un ordinato e proficuo sviluppo delle espropriazioni immobiliari, l'emissione anticipata (rispetto alla pronuncia del decreto di trasferimento) dell'ordine di liberazione sia ormai diventata la regola, soprattutto quando l'immobile sia occupato da terzi in forza di diritti non opponibili.

Il provvedimento in parola, come osservato dai giudici di legittimità, ha natura ordinatoria e si pone in perfetta linea di continuità rispetto agli scopi del processo esecutivo, che è per sua natura diretto a sottrarre giuridicamente e materialmente il bene (*rectius*, il diritto) pignorato

al patrimonio del debitore, onde addivenire alla sua liquidazione (ossia alla sua trasformazione in denaro) per il migliore soddisfacimento possibile delle ragioni dei creditori; un tanto nell'interesse dello stesso debitore, al quale, se dev'essere garantito il diritto di non subire abusi, dev'essere pure assicurata la possibilità di tacitare le pretese azionate nei suoi confronti nella maggiore misura possibile, onde evitare che il suo patrimonio formi oggetto di ulteriori azioni esecutive volte alla realizzazione di quanto non sia stato conseguito all'esito di quella già esperita.

Questa esigenza, cui non rimangono estranei profili di rilievo pubblicistico, fonda la peculiare potestà ordinatoria del giudice dell'esecuzione, il quale, nel dirigere il processo esecutivo, è investito di ampi poteri, anche di carattere cognitivo e delibativo in merito a questioni di diritto, la soluzione delle quali risulti indispensabile per lo sviluppo ordinato e proficuo della procedura.

La finalizzazione di quest'ultima alla tutela (anche) dell'aggiudicatario, d'altro canto, giustifica l'anticipazione degli effetti per lui favorevoli previsti dall'ordinamento e destinati a consolidarsi definitivamente con l'emissione del decreto di trasferimento: in questo senso, l'ordine di liberazione rappresenta lo strumento tipico per conseguire tale risultato, anche in virtù del superamento della sua qualificazione in termini di titolo esecutivo, suscettibile – come tale – di trovare compiuta attuazione solo all'esito di un'ulteriore azione esecutiva appositamente avviata.

A seguito della riforma introdotta nel 2016, infatti, l'ordine di liberazione previsto dall'art. 560 c.p.c. costituisce un provvedimento autoattuativo, dal momento che il custode – unico soggetto legittimato ad avvalersene – non avrà bisogno di promuovere un'esecuzione per il rilascio dell'immobile, ma potrà darvi attuazione diretta, seguendo le prescrizioni impartite dallo stesso giudice dell'esecuzione all'atto della sua emissione.

Lo stesso è a dirsi, peraltro, pure nel caso in cui debba essere eseguito l'ordine di liberazione contenuto nel decreto di trasferimento *ex* art. 586 c.p.c., che costituisce titolo esecutivo per l'aggiudicatario, qualora intenda procedere autonomamente per conseguire la liberazione dell'immobile (dovendo, egli sì, promuovere un'ordinaria esecuzione per rilascio, ai sensi degli artt. 605 e seguenti c.p.c.); quando, invece, sia il custode ad attivarsi in forza di esso, potranno essere impiegate le forme semplificate previste dall'art. 560 c.p.c., in virtù di quanto espressamente stabilito dal comma 6 della disposizione.

L'ordine di liberazione emesso in via anticipata, in altre parole, non diventa autonomo titolo esecutivo, idoneo a fondare una separata esecuzione per rilascio, ma resta atto del processo di espropriazione forzata immobiliare, idoneo a dispiegare i suoi effetti nei confronti di coloro che in esso sono coinvolti – compreso il terzo destinatario dell'ordine medesimo – e che, per tutelare i propri interessi, potranno reagire esclusivamente nelle forme dell'opposizione agli atti esecutivi.

Avendo, quindi, l'ordine di liberazione lo scopo di fare conseguire subito alla procedura la

disponibilità del bene, anche in un tempo antecedente alla sua aggiudicazione, per rendere possibile la sua offerta in gara nelle migliori (ovvero più appetibili) condizioni possibili, ciò che risulterà inopponibile all'aggiudicatario (nel caso di specie, il contratto di locazione a canone vile) deve reputarsi tale anche nei confronti della procedura e dei creditori che vi hanno dato impulso, nel superiore interesse della salvaguardia del rituale sviluppo del processo esecutivo.

D'altra parte, considerando che l'art. 2919 c.c. stabilisce che gli atti inopponibili al creditore pignorante e ai creditori intervenuti lo sono anche nei riguardi dell'acquirente, si deduce che vi è piena corrispondenza e simmetria tra ciò che risulta opponibile al ceto creditorio e all'aggiudicatario: così, se la locazione sarà inopponibile all'aggiudicatario, dev'essere considerata tale, a tutti gli effetti, anche nei confronti della procedura.

Deve, quindi, concludersi che il giudice dell'esecuzione, nell'ambito della sua funzione di direzione del processo esecutivo, ha il potere di adottare l'ordine di liberazione, quale provvedimento tipicamente finalizzato a conseguire, per il tramite dell'attività materiale svolta dal custode, la disponibilità del bene pignorato, in presenza delle medesime situazioni di inopponibilità che potranno essere fatte valere dall'aggiudicatario e che possono essere conosciute già in sede espropriativa, sia pure in virtù di una sommaria delibazione che esplica effetti meramente endoprocedimentali.

Pertanto, vanno considerate pienamente legittime, da un lato, l'emanazione da parte del giudice dell'esecuzione e, dall'altro lato, la successiva attuazione diretta e deformalizzata da parte del custode (senza bisogno di munirsi preventivamente di un titolo esecutivo giudiziale) di un ordine di liberazione che si fondi sulla non opponibilità di un contratto di locazione a canone vile, prima che sia intervenuta l'aggiudicazione e in vista della messa in vendita dell'immobile pignorato.

Con un'altra recente sentenza (la n. 23508 del 27 luglio 2022), la Corte di cassazione ha affermato, altresì, che il giudizio di congruità del canone, per le finalità considerate dall'art. 2923, comma 3, c.c., può essere condotto utilizzando qualsiasi argomento di prova, ivi comprese le presunzioni, sicché ben può assumersi, quale punto di riferimento per l'individuazione del giusto prezzo, il contratto di sublocazione che il conduttore abbia eventualmente concluso con il terzo che occupa materialmente l'immobile pignorato, visto che la norma non impone affatto di svolgere la relativa valutazione comparativa avendo riguardo ad altri contratti con i quali sono stati concessi in locazione immobili diversi da quello pignorato.

**Responsabilità civile**

# *Danni da cose in custodia: risarcimento per precipitazioni atmosferiche e caso fortuito*

di **Alessandra Sorrentino, Avvocato**

Cass. civ., Sez. III, ord., 11.02.2022, n. 4588 – Pres. De Stefano – Rel. Iannello

**Danno da allagamento di immobili – Precipitazioni atmosferiche – Caso fortuito – Configurabilità – Condizioni – Diligenza del custode e funzionalità dei sistemi di deflusso – Rilevanza – Esclusione – Fattispecie**

(art. 2051 c.c.)

**Massima:** *"Le precipitazioni atmosferiche integrano l'ipotesi di caso fortuito, ai sensi dell'art. 2051 c.c. quando assumono i caratteri dell'imprevedibilità oggettiva e dell'eccezionalità, da accertarsi – sulla base delle prove offerte dalla parte onerata (cioè, il custode) – con indagine orientata essenzialmente da dati scientifici di tipo statistico (i cc.dd. dati pluviometrici) di lungo periodo, riferiti al contesto specifico di localizzazione della "res" oggetto di custodia, la quale va considerata nello stato in cui si presenta al momento dell'evento atmosferico, restando, invece, irrilevanti i profili relativi alla diligenza osservata dal custode in ordine alla realizzazione e manutenzione dei sistemi di deflusso delle acque piovane".*

**CASO**

A causa di un allagamento, che aveva danneggiato numerosi immobili posti a piano terra ed interrato, i titolari a vario titolo degli stessi convenivano in giudizio la Società realizzatrice del complesso, per averlo realizzato in zona notoriamente soggetta allo scorrimento delle acque e senza adeguate soluzioni costruttive, e l'amministrazione comunale, quale ente proprietario e gestore delle opere di urbanizzazione primaria e delle strade limitrofe, onde chiedere il risarcimento dei danni subìti dagli immobili medesimi.

Il complesso immobiliare era stato realizzato dalla Società convenuta, a seguito di apposita

convenzione con il Comune del luogo per l'attuazione e realizzazione di un progetto di localizzazione, che prevedeva la costruzione di strade e fognature da parte della Società, sotto la supervisione dell'Ufficio Tecnico del Comune.

In seguito, la Società cedeva al Comune le aree destinate ad opere di urbanizzazione.

Dopo le importanti e violente piogge verificatesi a settembre 2006, le acque meteoriche erano tracimate dai canali di scolo e sgrondo presenti nei terreni intorno al complesso immobiliare, raggiungendo, in aggiunta a quelle confluite sulla strada comunale e nelle campagne, il muro perimetrale del complesso, già danneggiato, determinandone il crollo, con conseguenti allagamenti.

Il Giudice di prime cure rigettò le domande, sostenendo, sulla scorta dei dati pluviometrici e "*in base al raffronto analitico delle precipitazioni registrate quotidianamente e quindi mese per mese in tale periodo di tempo*", "*il carattere assolutamente straordinario delle relative precipitazioni meteoriche*", considerando che il dato pluviometrico registrato era "*paria a circa il doppio del dato complessivo relativo alle precipitazioni dell'intera stagione autunnale dell'anno 2006*" e che l'eccezionalità dell'evento, confermata anche dal ctu, "*era in grado di assorbire totalmente il determinismo causale inerente ai danni lamentati*".

La Corte d'Appello, riformando la gravata sentenza, condannava in solido ex art. 2055 c.c. gli appellati al risarcimento del danno, posto in ogni caso il concorso colposo degli appellanti per non aver eseguito i necessari interventi su fogne ed opere di deflusso all'interno del complesso.

Avverso tale sentenza il Comune proponeva ricorso in Cassazione.

**SOLUZIONE**

Le precipitazioni atmosferiche integrano l'ipotesi di caso fortuito, ai sensi dell'art. 2051 c.c., allorquando assumano i caratteri dell'imprevedibilità oggettiva e dell'eccezionalità, da accertarsi con indagine orientata essenzialmente da dati scientifici di tipo statistico (i c.d. dati pluviometrici), riferiti al contesto specifico di localizzazione della *res* oggetto di custodia, la quale va considerata nello stato in cui si presenta al momento dell'evento atmosferico.

L'evento, per potersi apprezzare oggettivamente come eccezionale, e potersi dunque riverberare anche sulla sua (im)prevedibilità, oltre a doversi valutare esclusivamente su basi scientifiche (dati pluviometrici), deve anche avere "tempi di ritorno" molto elevati.

Deve cioè essere suscettibile di ripetersi dopo intervalli misurabili non in anni ma in molti decenni: accertamento, questo, che prescinde dalla considerazione isolata del singolo episodio e deve invece inquadrarlo in una rilevazione statistica di lungo periodo, la quale solo è idonea ad oggettivizzarne le caratteristiche.

**QUESTIONI**

Con il primo motivo di ricorso, il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 2051 c.c., oltreché dell'art. 1227 c.c., affermando di aver ampiamente fornito la prova del **caso fortuito** mediante i "dati pluviometrici", che, come confermato anche dal ctu, attestavano che le precipitazioni del 26 settembre 2006 avessero il carattere della vera e propria alluvione, e quindi carattere di **imprevedibilità oggettiva ed eccezionalità**.

L'ordinanza in commento muove dall'art. 2051 c.c., norma alla quale – nel caso di specie – è riconducibile la responsabilità dell'amministrazione pubblica, quale ente custode del territorio comunale circostante, nonché delle opere di urbanizzazione primaria e dei sistemi di deflusso delle acque piovane all'esterno del complesso immobiliare.

A norma dell'art. 2051 c.c., "*ciascuno è responsabile delle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito*", delineandosi il custode della cosa, quale responsabile della stessa, indipendentemente dal dolo o la colpa nella vigilanza.

Quanto al caso fortuito, nell'ordinanza in commento, i Giudici di legittimità hanno richiamato il principio di diritto, secondo cui **le precipitazioni atmosferiche, dotate di un'efficacia di intensità tale da costituire la causa da sola sufficiente a determinare l'evento dannoso, integrano l'ipotesi di caso fortuito** di cui alla citata norma (e non solo) **laddove assumano i connotati della eccezionalità ed imprevedibilità** (Cass. civ., 17.12.20014, n. 26545, Cass. civ., 24.09.2015, n. 18877, Cass. civ., 24.03.2016, n. 5877, Cass. civ., 28.07.2017, n. 18856).

Nell'ambito di tale contesto d'indagine e di valutazione circa la sussistenza del "caso fortuito", è parimenti pacifico il principio di diritto per cui, al fine di poter ascrivere le precipitazioni atmosferiche nell'anzidetta ipotesi di esclusione della responsabilità ex art. 2051 c.c. , <<*la distinzione tra "forte temporale", "nubifragio" o "calamità naturale" non rientra nel novero delle nozioni di comune esperienza ma – in relazione alla intensità ed eccezionalità (in senso statistico) del fenomeno – presuppone un giudizio da formulare soltanto sulla base di elementi di prova concreti e specifici e con riguardo al luogo ove da tali eventi sia derivato un evento dannoso*>>.

In tale ottica, **l'accertamento del fortuito, rappresentato dall'evento naturale delle precipitazioni atmosferiche, deve essere essenzialmente orientato da dati scientifici di stampo statistico** (in particolare i c.d. dati pluviometrici) riferiti al contesto specifico di localizzazione della *res* oggetto di custodia, la quale va considerata nello stato in cui si presenta al momento dell'evento atmosferico (Cass. civ., SS.UU. 616/2019, Cass. civ., 5422/2021, Cass. civ., 15574/2021).

Tale principio si fonda sulle seguenti argomentazioni:

– in tema di responsabilità civile per danni da cose in custodia, l'art. 2051 c.c., nel qualificare responsabile chi ha in custodia la cosa per i danni da essa cagionati, individua un **criterio di imputazione della responsabilità che prescinde da qualunque connotato di colpa**, sicché

incombe al danneggiato allegare, dandone la prova, il rapporto causale tra la cosa e l'evento dannoso, indipendentemente dalla pericolosità o meno o dalle caratteristiche intrinseche della prima;

– il caso fortuito, rappresentato da fatto naturale o del terzo, è connotato da imprevedibilità ed inevitabilità, da intendersi però da un punto di vista oggettivo e della regolarità causale (o della causalità adeguata), **senza alcuna rilevanza della diligenza o meno del custode**.

– il caso fortuito, rappresentato dalla condotta del danneggiato, è connotato dall'esclusiva efficienza causale nella produzione dell'evento.

Con particolare riferimento poi all'ipotesi in cui l'eziologia dell'evento dannoso abbia origine da precipitazioni atmosferiche, la Corte di Cassazione in altra pronuncia (Cass. civ., 2482/2018) ha evidenziato quali criteri debbano presiedere alla valutazione dell'evento meteorico in termini di caso fortuito, e dunque come fatto idoneo ad assumere esclusiva efficienza causale nella determinazione del danno.

Sotto tale profilo, sulla scorta dei propri precedenti (in particolare Cass. civ., 25837/2017) ed in linea con i principi sopra ricordati, l'annotata ordinanza ha confermato che:

- **il caso fortuito di cui all'art. 2051 c.c. richiede il possesso dei caratteri dell'eccezionalità e della imprevedibilità**, mentre quello della inevitabilità rimane intrinseco al fatto di essere evento atmosferico;
- **per caso fortuito deve intendersi un avvenimento imprevedibile, che si inserisce improvvisamente nella serie causale come fattore che determina in modo autonomo l'evento; il carattere eccezionale di un fenomeno naturale**, nel senso di una sua ricorrenza saltuaria anche se non frequente, **non è di per sé sufficiente a configurare tale esimente**, in quanto non ne esclude la prevedibilità in base alla comune esperienza;
- al fine di poter ascrivere le precipitazioni atmosferiche nell'ipotesi di esclusione di responsabilità ai sensi dell'art. 2051 c.c., **la distinzione tra "forte temporale", "nubifragio" o "calamità naturale" non rientra nel novero delle nozioni di comune esperienza ma** – in relazione alla intensità ed eccezionalità (in senso statistico) del fenomeno – **presuppone un giudizio da formulare solo sulla base di elementi di prova concreti e specifici** e con riguardo al luogo ove da tali eventi sia derivato un evento dannoso (Cass. civ., 522/1987);
- in tale ottica, l'accertamento del "fortuito", costituito dall'evento naturale delle precipitazioni atmosferiche, **deve essere orientato da dati scientifici di stampo statistico** (in particolare i dati c.d. pluviometrici) **riferiti al contesto specifico di localizzazione della *res* oggetto di custodia;**
- **nell'ambito di tale indagine rimangono estranei i profili inerenti alla colpa del custode** nella predisposizione delle cautele (specifiche e/o generiche), volte a rendere la *res* idonea a non arrecare pregiudizio allo scopo.

L'ordinanza in commento ha cassato, con rinvio, la sentenza del giudice di secondo grado, il quale, nell'indagine volta a verificare la sussistenza oppure non del caso fortuito, non si era attenuto ai principi, sopra richiamati, dettati dalla Suprema Corte, ma al contrario aveva attribuito rilevanza ad elementi che avrebbero dovuto rimanere estranei alla propria indagine (la mancata prova da parte del custode della propria condotta diligente; l'inidoneità/inesistenza dei sistemi di deflusso).

**Oggetto dell'indagine avrebbe dovuto, invece, essere l'evento meteorologico**: avrebbe dovuto, cioè, la Corte di merito valutare se tale evento si dovesse considerare "eccezionale ed imprevedibile" sulla base di dati scientifici di stampo statistico (in particolare i c.d. dati pluviometrici), con riguardo al luogo di localizzazione della cosa custodita, al luogo cioè in cui da tali eventi sia derivato un evento dannoso. Dati obiettivi, quindi, "*ritualmente somministrati dalla parte onerata (cioè dal custode), riferiti ad un lasso temporale amplissimo – quanto meno di numerosi decenni – e non limitato all'angusto intervallo preso in considerazione*".

"*E ciò anche perché il discorso sulla prevedibilità maggiore o minore di una pioggia a carattere alluvionale certamente impone oggi, in considerazione dei noti dissesti idrogeologici che caratterizzano il nostro Paese, criteri di accertamento improntati ad un maggior rigore, poiché è chiaro che non si possono più considerare come eventi imprevedibili alcuni fenomeni atmosferici che stanno diventando sempre più frequenti e, purtroppo, drammaticamente prevedibili*".

**L'accertamento**, quindi, **deve prescindere dalla considerazione isolata del singolo episodio e deve invece inquadrarlo in una rilevazione statistica di lungo periodo**: in difetto di tale positivo accertamento, in base ai dati che la parte che invoca l'esimente dovrà sottoporre al giudicante, non potrà escludersi la responsabilità del custode ai sensi dell'art. 2051 c.c. .

**Comunione – Condominio - Locazione**

# *Risarcimento del danno e quantificazione del medesimo in ipotesi di mancata realizzazione/messa a disposizione della portineria condominiale da parte del costruttore*

di **Saverio Luppino, Avvocato**

Corte di Cassazione, Sez.II, Civile, ordinanza n.7520 dell'8 Marzo 2022, Pres. Dott.ssa Rosa Maria Di Virgilio, Relat. Dott. Luigi La Battaglia.

**Massima:** *"Il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale (e, in generale, da inadempimento di un'obbligazione, indipendentemente dalla fonte contrattuale di quest'ultima) non può che essere parametrato all'utilità che il creditore avrebbe conseguito nell'ipotesi in cui il contratto fosse stato correttamente adempiuto".*

**FATTO**

Il Condominio (OMISSIS), sito in Messina, conveniva in giudizio la società (OMISSIS) s.r.l., in quanto costruttrice del complesso edilizio nonché venditrice degli appartamenti nei quali era stato suddiviso il fabbricato, al fine di ottenerne la condanna all'esecuzione degli interventi necessari all'eliminazione dei vizi strutturali riscontrati nelle aree comuni dell'edificio e, in subordine, al risarcimento del corrispondente danno patrimoniale. Il Tribunale di Messina, tuttavia, dichiarava improcedibile la domanda a fronte della carenza di legittimazione attiva del Condominio posto che, ritenendo che l'azione avesse ad oggetto l'adempimento delle singole obbligazioni assunte dalla convenuta attraverso ciascun contratto di compravendita delle porzioni dell'edificio, i singoli condomini acquirenti avrebbero dovuto avanzare la domanda e non il Condominio.

Con il deposito dell'impugnazione da parte dell'amministratore del Condominio (OMISSIS), si costituiva la (OMISSIS) S.r.l. eccependo la nullità dell'appello promosso per errata identificazione del soggetto passivo nella *vocatio in ius*. Infatti, nell'atto di appello l'amministratore aveva notificato alla (OMISSIS) s.r.l. e non alla (OMISSIS) S.r.l., la quale, come era ben noto al condominio appellante data la specifica indicazione nell'atto introduttivo di

altro giudizio intentato contro la (OMISSIS) S.r.l., aveva incorporato la (OMISSIS) s.r.l. alcuni anni prima. Nel merito, veniva contestata la domanda del condominio in quanto i vizi da questi lamentati non sussistevano o risultavano esser stati eliminati.

La Corte d'Appello di Messina rigettava l'eccezione di nullità dell'appello, valutando corretta la notifica dell'atto al procuratore costituito della società originariamente convenuta in primo grado e successivamente incorporata, posto che non poteva affermarsi integrata la conoscenza legale dell'evento dell'incorporazione della società da parte dell'appellante, sulla base del contenuto degli atti di un altro processo non pendente tra le stesse parti.

Con riguardo al merito, i giudici della Corte distrettuale, in totale riforma della sentenza del tribunale, rilevata la legittimazione attiva dell'amministratore del condominio, accoglievano *in parte qua* la domanda condannando l'appellata al pagamento a favore del Condominio (OMISSIS) della complessiva somma di € 26.266,70 a titolo di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale.

Sulla base di tale decisione, la (OMISSIS) S.r.l. proponeva ricorso sulla base di un motivo, il condomino resisteva con controricorso.

**SOLUZIONE**

La Suprema Corte rigettò il ricorso principale ed accolse quello incidentale, cassando la sentenza impugnata e rinviando alla Corte d'Appello di Messina, in diversa composizione, la quale provvederà altresì alla ripartizione delle spese di giudizio.

**QUESTIONI**

Con il motivo principale del ricorso, l'amministratore del condominio denunciò la violazione degli artt.163, 164 e 342 c.p.c. e degli artt. 2504 e 2504-bis c.c..

Alla base del motivo ci sarebbe il fatto che, alla stregua della disciplina precedente alle modifiche operate dal d.lgs. 6/2003 *ratione temporis* applicabile, la procedura di fusione tra le due società avrebbe comportato l'estinzione dell'incorporata (OMISSIS) s.r.l., comportando l'onere in capo all'appellante di notificare l'atto impugnazione della sentenza di primo grado all'incorporante (OMISSIS) S.r.l.; vizio di notifica che, a detta della ricorrente, non poteva comunque essere considerato sanato dalla costituzione in giudizio della (OMISSIS) S.r.l., avvenuta comunque quando il termine lungo ex art. 327 c.p.c. era già scaduto, in quanto nel caso di specie troverebbe applicazione quanto disposto dall'art.164 c.p.c. (nella sua formulazione pre riforma ad opera della l. 353/1990) che non prevede una sanatoria con efficacia *ex tunc*.

Con riferimento al profilo della conoscenza della fusione societaria, la parte ricorrente dedusse l'inapplicabilità dei criteri previsti dall'art. 300 c.p.c. in merito alla decorrenza del termine per la riassunzione del processo a favore del principio della conoscibilità secondo l'ordinaria

diligenza[1], ritenuto integrato dal ricorrente nel casi di specie data la conoscenza indiretta dell'evento societario da parte dell'appellato.

La Suprema Corte ritenne il motivo **infondato.**

A sostegno del rigetto delle ragioni della (OMISSIS) S.r.l., gli Ermellini motivarono indicando, innanzitutto, che, in base anche a quanto chiarito dalla stessa giurisprudenza di legittimità[2], l'impugnazione della decisione di primo grado che sia stata proposta nei confronti di un soggetto giuridico privo di legittimazione passiva non dovrà considerarsi nulla ai sensi diell'art.164 c.p.c., ma bensì inammissibile. Tale precisazione muove dal fatto che "la nullità (..) è contemplata dall'articolo 163 c.p.c., comma 3, n. 2[3] e articolo 164 c.p.c., comma 1[4], nel caso in cui la lettura di quell'atto evidenzi l'omissione o l'assoluta incertezza degli elementi che occorrono per la corretta identificazione delle parti", viceversa, nel caso di specie, "lungi dall'esservi incertezza sull'identità della parte, questa è ben chiara, ma accade che il giudizio sia stato promosso, oppure che in esso sia stata evocata, una parte (la società estinta) diversa da quella (..) che quel giudizio avrebbero potuto promuovere, o che avrebbero dovuto esservi evocati".

Con riferimento alla conoscenza della fusione tra le due società, tenendo conto che l'evento si verificò prima dell'entrata in vigore dell'art. 2504-bis c.c.[5], con la sentenza n. 19509/2010, le Sezioni Unite affermarono che l'atto di citazione in appello è validamente notificato al procuratore costituito di una società che, successivamente alla chiusura della discussione o alla scadenza del termine di deposito delle memorie di replica, si sia estinta per incorporazione, allorquando l'impugnante non abbia avuto notizia dell'evento modificatore della capacità giuridica mediante la notificazione di esso. Tanto considerato, è dunque opinione condivisa dalla giurisprudenza di legittimità che occorra indagare se nel caso di specie l'evento dell'incorporazione sia stato comunicato alla parte utilizzando Un "atto idoneo a portarlo nella sfera di conoscibilità del destinatario in maniera adeguata a garantirne la certezza e la dimostrazione documentale"[6]. Attraverso la suddetta verifica, nel caso in esame non risultò riscontrabile alcuna evidenza di una qualsivoglia forma di comunicazione ufficiale dell'evento nei confronti dell'amministratore del condominio, dovendosi pertanto desumere che la consapevolezza di quest'ultimo, ai fini di cui si discute, non potesse desumersi dal mero fatto che vi si fosse fatto riferimento nell'atto di citazione introduttivo di un diverso processo tra il condominio e un'altra società. Pertanto, coerentemente con l'orientamento delineato, è necessario ricollegare l'idoneità della comunicazione avvenuta in alto processo ad assurgere a fonte di conoscenza legale dell'evento interruttivo alla medesime parti dei due processi[7].

Analizzando in seguito l'unico motivo di ricorso incidentale, il Condominio denunciò la violazione degli artt. 1321, 1362, 1372 e 1223 c.c., censurando la sentenza della Corte d'Appello di Messina nella parte in cui, dopo aver riconosciuto l'inadempimento della società costruttrice all'obbligo (contrattualmente assunto nei confronti del condominio) di adibire un'unità immobiliare di circa 50 mq. ad alloggio del portiere, ha quantificato il danno derivante dalla messa a diposizione di un semplice gabbiotto di 11 mq., prendendo come riferimento il canone medio relativo a un immobile di 40 mq. (individuato in Euro 500,00) per

un periodo di sei mesi[8]. Secondo il ricorrente incidentale, tale quantificazione trascura in maniera arbitraria la previsione contrattuale in base a cui, nel caso in cui avesse preteso indietro il locale, la società avrebbe dovuto mettere a disposizione gratuitamente un altro locale per l'alloggio del custode.

A fronte delle motivazioni di parte, la Corte Suprema ritenne il motivo fondato sottolineando che, al pari di qualsiasi inadempimento di un'obbligazione, indipendentemente dalla fonte contrattuale di quella del caso di specie, **il risarcimento da inadempimento contrattuale non può che essere parametrato all'utilità che il creditore avrebbe conseguito nell'ipotesi in cui il contratto fosse stato correttamente adempiuto.** Pertanto, partendo dal presupposto che il costruttore si era obbligato a consentire l'uso gratuito, da parte del condominio, di una porzione immobiliare nella quale il custode potesse dimorare stabilmente con la propria famiglia (quella specificamente indicata dalle parti ovvero, su richiesta di restituzione, un'altra), la limitazione dell'arco temporale di riferimento al solo periodo di sei mesi si dimostrò non coerente con l'entità del pregiudizio al quale ragguagliare la liquidazione equitativa.

La sentenza impugnata venne dunque cassata con rinvio, rimettendo al giudice *ad quem* l'onere di rivalutare l'entità del danno in discorso in ragione dell'inadempimento contrattuale e di liquidare il risarcimento corretto.

[1] Cass., S.U., Sentenza n. 15783/2005.

[2] Cass., S.U., n. 6070/2013.

[3] L'atto di citazione deve contenere "il nome, il cognome, la residenza e il codice fiscale dell'attore, il nome, il cognome, il codice fiscale, la residenza o il domicilio o la dimora del convenuto e delle persone che rispettivamente li rappresentano o li assistono . Se attore o convenuto è una persona giuridica , un'associazione non riconosciuta o un comitato , la citazione deve contenere la denominazione o la ditta, con l'indicazione dell'organo o ufficio che ne ha la rappresentanza in giudizio".

[4] "La citazione è nulla se è omesso o risulta assolutamente incerto alcuno dei requisiti stabiliti nei numeri 1) e 2) dell'articolo 163, se manca l'indicazione della data dell'udienza di comparizione, se è stato assegnato un termine a comparire inferiore a quello stabilito dalla legge ovvero se manca l'avvertimento previsto dal numero 7) dell'articolo 163".

[5] Con riferimento alla nuova disciplina si rimanda a Cass., S.U., n. 21970/2021.

[6] Così Cass. n. 28664/2013.

[7]*Ex multis* Cass., n. 20744/2012; Cass., n. 13900/2017.

[8] Parametrato al preavviso con il quale, sempre ai termini del menzionato accordo, la società

costruttrice avrebbe potuto reclamare la restituzione dell'immobile.

# *Adulterio e revoca di donazione per ingratitudine*

di **Matteo Ramponi, Avvocato**

**Cassazione Civile, Sezione 3, ordinanza n. 19816 del 20 giugno 2022**

*Donazione – Revoca per ingratitudine – Ingiuria grave – Sussistenza dei requisiti – Adulterio – In genere – Adulterio maturato all'interno del rapporto famigliare*

***Massima:*** *"Non basta ad integrare un'ingiuria grave tale da legittimare la domanda di revocazione di una donazione, una mera relazione extraconiugale. Tuttavia, la circostanza che l'adulterio sia maturato all'interno del nucleo familiare ristretto dei due coniugi ed il fatto che esso si sia sviluppato nella cornice di un comune ambiente lavorativo possono connotare in termini di gravità l'offesa all'onore patita dal coniuge e ad evidenziare, nell'altro, un atteggiamento di noncuranza e di assenza di rispetto nei confronti della dignità della coniuge predetto"*.*

*Massima redazionale

**Disposizioni applicate**

Articolo 801 cod. civ.

**[1]** Tizia conveniva in giudizio il proprio marito Caio, al fine di ottenere la revoca – per ingratitudine – di alcune donazioni dalla stessa effettuate a favore del coniuge.

Ella, in particolare, riteneva che il comportamento di Caio, che aveva intrattenuto una relazione extraconiugale con la cognata Mevia (moglie di Tizio, fratello di Tizia), rientrasse nel concetto di ingiuria grave di cui all'art. 801 cod. civ. e ciò anche in ragione della circostanza che il rapporto adulterino si era sviluppato all'interno dell'azienda della famiglia di Tizia, ove tutti i soggetti coinvolti lavoravano.

Il giudice di primo grado accoglieva la domanda di Tizia, ritenendo provata l'ingiuria grave commessa nei confronti della donante.

Caio proponeva appello, ma vedeva confermata la sentenza a lui sfavorevole.

La Corte d'Appello affermava, sul punto oggetto della presente disanima, che, premesso che l'elemento dell'ingiuria grave non può essere ravvisato *sic et simpliciter* nell'adulterio, nella specie erano le modalità con cui esso era stato consumato a determinare la gravità dell'ingiuria. Nello specifico, la gravità conseguiva al fatto che la relazione extraconiugale era stata intrattenuta con la moglie del fratello della donante (in un contesto che andava a "*minare, oltre alla stabilità del rapporto coniugale (…) anche quella familiare*", essendo evidente come "*le conseguenze della scoperta del tradimento abbiano avuto ripercussioni estese a tutto il tessuto familiare di Tizia, non limitandosi al mero ambito matrimoniale*") e alla circostanza che l'adulterio si era sviluppato all'interno dell'azienda di famiglia, cosicché "*la scoperta del tradimento è (…) inevitabilmente divenuta nota anche tra gli altri dipendenti e colleghi, riverberando l'infedeltà dell'appellante nell'ambito lavorativo, con evidente e innegabile ulteriore pregiudizio per la dignità della moglie*".

**[2]** Caio proponeva ricorso per cassazione, fondandolo su due motivi, dei quali è il primo a rilevare in questa sede.

Caio censurava la sentenza d'appello per avere ritenuto integrata una "ingiuria grave", tale da giustificare la revocazione delle donazioni. Egli assumeva come il rapporto tra i due coniugi fosse già entrato in una crisi non più reversibile (sì che l'adulterio non era stato la causa della crisi, ma la sua conseguenza) e che la relazione extraconiugale era stata intessuta con modalità tali da essere mantenuta segreta. Ciò assunto, Caio rilevava che "*si ha ingiuria grave quando si (è) tenuto pubblicamente un comportamento di disistima, avversione e irriconoscenza*" nei confronti del donante e affermava come fosse "*lampante l'errore commesso dal giudicante del secondo grado per non aver letto e ben valutato tutti gli atti, prove e testimonianze svoltesi durante i vari procedimenti*" (compreso quello di separazione dei coniugi); deduceva, indi, che tale errore rileva sia sotto il profilo della violazione di legge – denunciabile "per violazione dell'articolo 116 c.p.c., (non in sé e per sé considerato) allorquando la "valutazione imprudente" della prova sia grave risolvendosi in una interpretazione logicamente insostenibile, ed abbia determinato una errata ricostruzione del fatto e quindi una erronea applicazione della norma di diritto, l'articolo 801 c.c." – sia sotto il profilo della nullità della sentenza ex articolo 132 c.p.c., comma 2, n. 4), (per irriducibile contraddittorietà e illogicità manifesta della motivazione), sia – infine – per omessa valutazione di fatti storici decisivi.

**[3]** Per quanto qui di interesse, si evidenzia come La Suprema Corte abbia ritenuto inammissibile tale motivo. A parere degli Ermellini, invero, "*la sentenza ha correttamente rilevato come non basti ad integrare tale ingiuria la mera relazione extraconiugale, ma ha ritenuto – con valutazione non manifestamente implausibile che non si presta a essere sindacata in sede di legittimità – che la circostanza che l'adulterio fosse maturato all'interno del nucleo familiare ristretto dei due coniugi e il fatto che si fosse sviluppato nella cornice di un comune ambiente lavorativo valessero a connotare in termini di gravità l'offesa all'onore patita da Tizia e ad evidenziare, in Caio, un atteggiamento di noncuranza e di assenza di rispetto nei confronti della dignità della moglie*".

**[4]** La pronuncia in commento permette di formulare alcune riflessioni in merito alla revocazione delle donazioni.

La possibilità di revocare un contratto che ha già interamente spiegato i suoi effetti e, per di più, in base alla volontà di solo una delle parti contrattuali, costituisce eccezione al generale principio di irrevocabilità dei negozi giuridici vigente nel nostro ordinamento.

Nell'ambito degli atti liberali, a norma dell'art. 800 c.c., una donazione può essere revocata per due soli motivi: ingratitudine o sopravvenienza di figli.

La giustificazione della deroga operata dal legislatore viene individuata nella necessità di tutelare interessi superiori, di ordine morale (nelle ipotesi di ingratitudine) o famigliare (nel caso di sopravvenienza di figli), che legittimano una rivalutazione da parte del donante circa l'opportunità della liberalità effettuata. La superiorità degli interessi tutelati viene confermata dall'art. 806 c.c. che, prevedendo la nullità di ogni rinunzia preventiva alla facoltà di revoca, implicitamente riconosce alla normativa in esame il rango di norme di ordine pubblico.

Limitando l'analisi all'ipotesi dell'ingratitudine, l'art. 801 c.c. dispone che la domanda di revocazione possa essere proposta solo in determinate ipotesi, con elencazione da ritenersi tassativa.

Opportuno preliminarmente precisare come, in realtà, l'espressione "revocazione per ingratitudine" appaia frutto di un retaggio storico. Il concetto di gratitudine, infatti, è connotato di una forte componente morale e non può assurgere ad un dovere giuridico: il donatario non ha alcun dovere giuridico positivo di gratitudine verso il donante.

Non potrà, quindi, revocarsi una donazione in ragione di un qualsivoglia atto o comportamento che dimostri irriconoscenza del donatario, ma solo al ricorrere di specifici presupposti. Il legislatore, infatti, per contemperare gli opposti interessi in gioco (da un lato quello del donante di eliminare gli effetti di un negozio a seguito di circostanze successive al negozio stesso; dall'altro l'esigenza di certezza delle relazioni giuridiche) ha limitato l'operare dell'istituto in esame ai soli casi più gravi. Si tratta, innanzitutto, di quei fatti che il codificatore ha preso in considerazione per le ipotesi di indegnità a succedere (espressamente richiamati dalla norma in esame) e sostanziantesi in comportamenti diretti contro l'integrità fisica o morale del donante o dei suoi congiunti più stretti. Viene poi prevista un'ulteriore ipotesi, genericamente indicata come "*ingiuria grave verso il donante*".

La non specificità del riferimento, ha rimesso a dottrina e giurisprudenza il compito di circoscrivere l'ambito di tale nozione.[1]

Ed è proprio il richiamo generico alla gravità dell'ingiuria che ha più occupato gli interpreti. Può oggi dirsi consolidato l'orientamento che non ritiene sufficiente un qualsivoglia tipo di "offesa" al donante, ma postula la necessità di provare l'esistenza di un comportamento del donante che manifesti "***un durevole sentimento di disistima*** *delle qualità morali e di irrispettosità*

*della dignità del donante*".[2] La Suprema Corte ha avuto modo di affermare che l'ingiuria grave consiste in *"un comportamento con il qual si rechi all'onore ed al decoro del donante un'offesa suscettibile di ledere gravemente il patrimonio morale della persona, sì da rilevare un sentimento di avversione che manifesti tale ingratitudine verso colui che ha beneficato l'agente, che ripugna alla coscienza comune"*.**[3]** Anche in epoca meno recente, la giurisprudenza di legittimità aveva ritenuto che ricorresse ingiuria grave solo quando la lesione del patrimonio morale del donante fosse "*avvenuta per effetto dell'animosità ed avversione nutrite dal donatario verso il donante*"[4] e che il comportamento del donatario dovesse rivestire "*manifestazioni e connotazioni di gravità e di potenzialità offensiva non soltanto oggettive, ma (soprattutto) disvelanti un reale e perdurante sentimento di avversione, espressione di una ingratitudine verso il beneficiario tale da ripugnare alla coscienza comune*".[5]

Sembra, dunque, evincersi che **per aversi la gravità richiesta dal legislatore sia necessario rinvenire, nel donatario, un sentimento di profonda avversione verso il donante,** ossia che vi sia dolo del donatario stesso nel compimento, volontario e consapevole, di atti o fatti, diretti nei confronti del donante, al solo o precipuo fine di ledere il patrimonio morale di questi.

Ed è, probabilmente, questo l'aspetto in merito al quale la sentenza in commento assume maggiore rilevanza. L'attenzione della giurisprudenza prevalente, infatti, sembrava indirizzata alla necessità di rinvenire, ai fine della revocatoria, quel durevole sentimento di disistima e avversione del donatario nei confronti del donante ritenuto presupposto indefettibile che "*non può essere desunto da singoli accadimenti che, pur risultando di per sé censurabili, per il contesto in cui si sono verificati e per una situazione oggettiva di aspri contrasti esistenti tra le parti, non possono essere ricondotti ad espressione di quella profonda e radicata avversione verso il donante che costituisce il fondamento della revocazione della donazione per ingratitudine.*"[6]

Non era sufficiente, seppur necessario, che il donante si fosse sentito offeso dal comportamento del donatario, essendo altresì indispensabile individuare anche un ulteriore elemento che potesse far ritenere, oggettivamente, che quanto compiuto dal donatario trovasse fondamento nel risentimento che quest'ultimo provava nei confronti del donante.

Proprio in forza di tali argomentazioni si addiveniva alla generale esclusione dell'adulterio quale causa sufficiente a giustificare la revocazione di un atto liberale: non sempre una relazione extraconiugale è manifestazione oggettiva di risentimento nei confronti del donante.[7]

Tuttavia, come già precisato in diversi precedenti dalla giurisprudenza di legittimità, l'emersione di tale sentimento di disistima ben può desumersi da comportamenti del donatario "*contrastanti con il senso di riconoscenza che, secondo la coscienza comune, dovrebbero invece improntarne l'atteggiamento, e costituisce, peraltro, formula aperta ai mutamenti dei costumi sociali.*"[8]

Tale affermazione sembra in realtà sconfessare il punto di partenza del ragionamento di dottrina e giurisprudenza, ossia che non vi sia spazio per valutazioni prettamente morali e che

dal punto di vista giuridico non possa rinvenirsi alcun dovere di gratitudine. Diversamente ragionando ben potrebbe assumersi che l'adulterio sia sempre una mancanza di riconoscenza verso chi ha effettuato una liberalità; ma la giurisprudenza stessa, come detto, non è di tale avviso riscontrando i presupposti per la revocazione solo allorché al tradimento si accompagni un ulteriore atteggiamento del fedifrago, tale da configurare un vero sentimento di disistima.[9]

Come può facilmente evincersi dall'esame, forzatamente sintetico, dei precedenti giurisprudenziali il campo è dominato da mutevolezza ed incertezza, venendo troppo spesso in rilievo valutazioni di tipo morale che non possono che lasciare dubbi all'interprete.

[1] Giova precisare come, sebbene il sostantivo utilizzato dal legislatore rimandi istintivamente alle figure dell'ingiuria e diffamazione di cui alle norme in materia penale, da queste si distingua nettamente, già solo per la necessità in ambito civilistico di una valutazione della gravità della lesione, del tutto estranea al campo penale. Il parallelo con la disciplina penalistica si rivela utile al solo fine dell'individuazione del bene leso, che consiste "nell'onore o nel decoro della persona".

[2] Cass. Civ., Sez. 2, n. 17188 del 24/06/2008

[3] Cass. Civ., Sez. 2, n. 13632 del 05/11/2001

[4] Cass. Civ., Sez. 2, n. 5310 del 29/05/1998

[5] Così Cass. Civ., sez. 2, n. 8165 del 28/08/1997

[6] Così Cass. Civ., n. 17188/2008 cit.

[7] Non fuori luogo il parallelo con l'ambito delle separazioni, ove al tradimento non consegue automaticamente l'addebito.

[8] Così Cass. Civ., Sez. 2, Sentenza n. 22013 del 31/10/2016. Si veda, nello stesso senso, Cass. Civ., Sez. 2, Ordinanza n. 20722 del 13/08/2018

[9] Si veda la citata Cass. 22013/2016, ove la Suprema Corte ha confermato la decisione impugnata che aveva ravvisato la ragione dell'ingratitudine non nella relazione extraconiugale in sé intrattenuta dal coniuge donatario, bensì nella circostanza che tale relazione era stata ostentata, anche fra le mura della casa coniugale, in presenza di una pluralità di estranei e, talvolta, anche del marito.

Master di specializzazione
DIRITTO SUCCESSORIO
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

**Diritto e reati societari**

# *S.r.l. fallita: l'azione di responsabilità proposta dal socio deve essere proseguita dal curatore, pena la sua improcedibilità*

di **Virginie Lopes, Avvocato**

Cass. Civ., Sez. I, ordinanza, 22 giugno 2022, n. 20180

**Parole chiave**: Azione di responsabilità dei soci –– Legittimazione – Sopravvenuto fallimento della società – Sopravvenuto difetto di legittimazione attiva del socio – Unico soggetto legittimato alla prosecuzione – Prosecuzione dell'azione da parte del curatore – Conseguenze

**Massima**: "*In caso di fallimento di S.r.l., è il curatore, ai sensi dell'art. 146, comma 2, lett. a), L. fall., l'unico soggetto legittimato a proseguire l'azione di responsabilità sociale già promossa dal socio, nella qualità di sostituto processuale della società, ai sensi dell'art. 2476, comma 3, c.c.. Ne consegue, che ove il curatore manifesti l'intento di non proseguire l'azione originariamente promossa, la domanda va dichiarata improcedibile per il sopravvenuto difetto di legittimazione attiva dei soci*".

**Disposizioni applicate**: art. 2476 c.c.

Nel caso di specie, il socio di una società a responsabilità limitata aveva introdotto un'azione di responsabilità *ex* art. 2476, comma 3, c.c..; tuttavia, nelle more del procedimento, era intervenuta la dichiarazione di fallimento della società, con la conseguenza che la suddetta azione sociale era stata respinta.

Nell'ambito del procedimento in cassazione, la Suprema Corte ha ritenuto che **il fallimento della società a responsabilità limitata privi i soci della legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità *ex* art. 2476, comma 3, c.c.**, indicando che la stessa, dopo il fallimento, può essere promossa soltanto dal curatore fallimentare.

Così facendo, la Corte di legittimità ha riaffermato principi già enunciati in sue precedenti pronunce[1].

In particolare, ha confermato che la legittimazione attribuita al socio della società a responsabilità limitata, indipendentemente dalla consistenza della sua partecipazione sociale, è una legittimazione straordinaria nell'interesse della società ad esercitare un'azione di responsabilità contro amministratori o liquidatori per i danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società.

Gli ermellini hanno tuttavia rammentato che **tale legittimazione straordinaria viene meno qualora sopravvenga il fallimento della società**, spettando allora in via esclusiva la legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità al curatore fallimentare, a norma dell'art. 46, comma 2, lett. a), L. Fall..

Infatti, va ricordato che, secondo un orientamento (dottrinale e giurisprudenziale) maggioritario, la natura giuridica dell'azione sociale esercitata dal socio è la medesima dell'azione di cui è titolare la società e mediante la quale può far valere la responsabilità degli amministratori o liquidatori nei confronti della società medesima.

L'azione del socio e quella della società rappresentano pertanto le due facce di una stessa medaglia, stante il fatto che la legittimazione processuale straordinaria che permette al socio di proporre l'azione di responsabilità è riconducibile alla sostituzione processuale eccezionalmente consentita dall'art. 81 c.p.c..

Tale facoltà viene infatti concessa al socio proprio in virtù del fatto che il suo interesse a vedere preservato il valore della sua partecipazione sociale è ritenuto giuridicamente apprezzabile: in queste condizioni, tuttavia, il socio può unicamente far valere il diritto al risarcimento del danno derivante da atti di *mala gestio*, quanto precede entro i limiti ed alle stesse condizioni di quanto avrebbe potuto fare la società.

Con il fallimento della società, tuttavia, cambia tutto e l'unico soggetto legittimato (in via esclusiva) all'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori e liquidatori della società fallita è il curatore e viene meno la legittimazione ad agire del socio, venendo a mancare il titolo che gli consentiva di agire in sostituzione della società.

In queste circostanze, laddove l'azione sociale sia stata esperita dal socio e sia poi intervenuto il fallimento della società, la relativa causa è colpita da improcedibilità a meno che il curatore non decida di proseguire l'azione.

Orbene, nel caso in esame, le parti in causa avevano contezza dell'intervenuto fallimento della società ed il curatore aveva omesso di attivarsi per la prosecuzione della causa; pertanto **la causa è stata dichiarata improcedibile per sopravvenuto difetto di legittimazione attiva del socio**.

[1] Cass. 25 luglio 2018, n. 19745; Cass. 4 luglio 2018, n. 17493; Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2017, n. 1641; Cass. 31 maggio 2016, n. 11264; Cass. 26 maggio 2015, n. 10936.

Master di specializzazione
DIRITTO E CONTENZIOSO SOCIETARIO PER PROFESSIONISTI
Scopri di più >

**Procedure concorsuali e Diritto fallimentare**

# *Alcune riflessioni sul giuramento decisorio deferito al curatore fallimentare*

di **Valentina Baroncini, Avvocato e Ricercatore di Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Verona**

Cass., sez. I, 27 giugno 2022, n. 20602, Pres. Cristiano – Est. Di Marzio

**[1] Prescrizione presuntiva – Eccezione del curatore – Giuramento – Mancata conoscenza – Effetti.**

**Massima:** *"A fronte dell'insinuazione al passivo fallimentare di un credito maturato in forza di un rapporto riconducibile alla previsione dell'articolo 2956, n. 2, c.c., eccepita dal curatore fallimentare la prescrizione presuntiva e deferitogli dal preteso creditore il giuramento decisorio, la dichiarazione del curatore di non essere a conoscenza se il pagamento sia avvenuto o meno, costituisce mancato giuramento".*

**CASO**

[1] Il provvedimento in commento ha deciso un ricorso per cassazione proposto nei confronti di un decreto del Tribunale di Lucca, di rigetto dell'opposizione allo stato passivo proposta avverso il diniego all'ammissione allo stato passivo di un credito per prestazione d'opera professionale.

Nel dettaglio, tale credito era stato disconosciuto dal curatore fallimentare, che si era avvalso a tal fine dell'eccezione di prescrizione presuntiva.

A fronte di tale eccezione, il Tribunale ammetteva il giuramento decisorio del preteso creditore nei confronti del curatore fallimentare; quest'ultimo, rispondeva al giuramento dichiarando di non poter giurare, non essendo a conoscenza se il pagamento fosse avvenuto o meno. In merito a tale condotta, il Tribunale osservava quanto segue: «Il Collegio, rivaluta l'ordinanza ammissiva sulla scorta del condiviso insegnamento di Cass. Sez. 1 n. 15570 del

24/07/2015 … e considerato che, venuto meno l'esito del deferito giuramento, non vi è prova alcuna del fatto contrario alla presunzione fatta valere dalla curatela, concludere nel senso che l'opposizione deve essere respinta».

Avverso tale decisione, il preteso curatore articolava due motivi di ricorso.

Con il primo mezzo denunciava violazione e falsa applicazione degli artt. 2960, 2956 e 2939 c.c., censurando il decreto impugnato per aver misconosciuto il ragionamento svolto da Cass., 24 luglio 2015, n. 15570, la quale aveva posto in evidenza la necessaria correlazione tra l'eccezione di prescrizione presuntiva e la conseguente facoltà di deferire il giuramento decisorio.

Con il secondo mezzo denunciava omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, lamentando che il Tribunale non si fosse avveduto che il curatore non aveva giurato, rimanendo così travolta l'eccezione di prescrizione presuntiva in precedenza formulata.

**SOLUZIONE**

[1] La Cassazione giudica fondato il ricorso proposto, accogliendo il primo motivo, con assorbimento del secondo.

Riconosciuto il potere di formulare l'eccezione di prescrizione presuntiva in capo al curatore, e la correlativa possibilità di deferirgli il giuramento *de scientia*, la Cassazione ammette che la dichiarazione di ignorare resa dal curatore produce nei suoi confronti gli stessi effetti che la medesima dichiarazione ha in caso di giuramento *de veritate*, ossia il rifiuto di giurare.

Da qui, l'errore commesso dal Tribunale di Lucca nell'affermare che «non vi è prova alcuna del fatto contrario alla presunzione fatta valere dalla curatela», e cioè nel ritenere che la presunzione operasse e che ad essa fosse indifferente la dichiarazione del curatore di non essere a conoscenza dei fatti.

Il decreto impugnato viene così cassato con rinvio della causa al Tribunale di Lucca, in diversa composizione, il quale dovrà attenersi al principio di diritto espresso nella massima in epigrafe.

**QUESTIONI**

[1] Le questioni affrontate dal provvedimento in commento sono sostanzialmente due: la prima, riguardante la possibilità di deferire al curatore fallimentare il giuramento decisorio (quale reazione all'eccezione di prescrizione presuntiva dallo stesso sollevata in sede di accertamento dello stato passivo); la seconda, riguardante l'efficacia da riconoscere alla dichiarazione di ignorare resa dal curatore medesimo in sede di prestazione del giuramento decisorio.

Nella costruzione del suo impianto argomentativo, la Cassazione richiama – allo scopo di discostarsene – un precedente intervenuto sul tema del potere del curatore fallimentare di avvalersi dell'eccezione di prescrizione presuntiva e della correlata deferibilità al medesimo curatore del giuramento decisorio, ossia Cass., 3 agosto 2017, n. 19418; tale pronuncia, in particolare, ha affermato essere "orientamento ormai consolidato di questa Corte che al curatore non possa essere deferito il giuramento decisorio, perché lo stesso – in quanto terzo – non ha la disponibilità del diritto controverso; così come, del resto, al curatore non è dato rendere confessioni, ammissioni o riconoscimenti … La detta circostanza – rileva altresì il Collegio – non potrebbe peraltro valere a rendere inapplicabile l'istituto della prescrizione presuntiva nell'ambito del procedimento di ammissione al passivo fallimentare. Ché ciò significherebbe – si osserva a questo proposito – mettere il curatore fallimentare in una posizione deteriore rispetto a quella dei comuni debitori".

Tale orientamento, secondo la pronuncia in epigrafe, provoca però evidenti criticità: il preteso creditore, infatti, a fronte dell'eccezione di prescrizione presuntiva sollevata dal curatore, risulterebbe sostanzialmente disarmato.

La decisione in commento, dunque, nell'esigenza di garantire la dovuta osservanza al principio della parità delle armi in relazione alla correlazione tra l'eccezione di prescrizione presuntiva e la conseguente facoltà di deferire giuramento decisorio, sceglie di seguire altro indirizzo interpretativo, espresso da Cass., 24 luglio 2015, n. 15570, la quale ammette la possibilità di deferire al curatore fallimentare non già il giuramento *de veritate*, bensì quello *de scientia*.

Prima di procedere nell'analisi del provvedimento, è senz'altro utile richiamare i principali indirizzi dottrinali intervenuti sul tema. L'opinione che appare preferibile, invero, appare essere quella favorevole a riconoscere al curatore fallimentare la legittimazione a prestare il giuramento decisorio in ragione di un più alto e generale dovere di verità gravante in capo alla parte attorno all'accadimento di fatti, rilevanti per il giudizio, ai quali la stessa abbia assistito, e relativamente al cui accertamento giudiziale, dunque, la stessa possa effettivamente e utilmente concorrere (in tal senso, M. Montanari, sub *art. 2737 c.c.*, in E. Gabrielli (diretto da), *Commentario del codice civile*, Torino, 2016, 760; ma in senso contrario alla possibilità per il curatore di essere chiamato a giurare, R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974, 880 ss.).

Una volta ammessa la legittimazione del curatore a rendere il giuramento decisorio, deferitogli dal creditore che si sia visto eccepire l'eccezione di prescrizione presuntiva, la questione centrale risolta dalla pronuncia in esame si sposta sull'esame delle conseguenze da riconoscere alla "dichiarazione di ignorare" formulata dal curatore fallimentare di fronte al giuramento *de scientia* deferitogli.

Sul punto, la pronuncia giunge a conclusioni diverse rispetto a quelle espresse dall'orientamento tradizionale che, come noto, ritengono che la dichiarazione di non essere a conoscenza dei fatti, nel caso di giuramento *de scientia*, equivalga a giuramento prestato in senso favorevole al giurante (Cass., 4 maggio 1993, n. 5163; Corte Cost., 21 novembre 1973, n.

162): tale giurisprudenza, però, non si è espressa sull'ipotesi specifica involgente la disciplina di cui all'art. 2960 c.c., con particolare riguardo all'ipotesi in cui chiamato a giurare sia il curatore.

Su tale questione, la Cassazione in commento dapprima afferma che non possa "giudicarsi conforme a diritto che il curatore da un lato formuli l'eccezione di prescrizione presuntiva, la quale sta a significare che il credito è stato estinto mediante pagamento, e dall'altro affermi, contraddicendo se stesso, di non essere a conoscenza, come avvenuto nel caso in esame, se il pagamento sia avvenuto o meno". Di talché, conclude nel senso per cui tale dichiarazione di ignorare debba produrre nei confronti del curatore gli stessi effetti che la medesima dichiarazione ha in caso di giuramento *de veritate*.

Tale conclusione, ci pare, finisce in fondo a significare che il curatore sia investito, in realtà, di un giuramento *de veritate*, in quanto l'avvenuta estinzione del debito, prima eccepita poi fatta oggetto di giuramento, riguarda un fatto cui il curatore ha assistito in corso di procedura, di cui non può non avere conoscenza e che, quindi, gli è in un certo senso *proprio*.

La Cassazione pare aver operato, insomma, una forzatura del sistema, nel momento in cui, dapprima – condizionata dal rilievo attribuito alla posizione di terzietà rivestita dal curatore in sede di accertamento dello stato passivo – ha qualificato il giuramento deferito al curatore a fronte della previa eccezione di prescrizione presuntiva come giuramento *de scientia* o *de notitia*, per poi applicare allo stesso il regime giuridico proprio del giuramento *de veritate*.

Tale forzatura probabilmente potrebbe essere evitata aderendo all'indirizzo interpretativo poco sopra richiamato, che direttamente ricollega la legittimazione del curatore a prestare il giuramento decisorio al dovere di verità sullo stesso gravante in ordine ai fatti di cui lo stesso possa essere a conoscenza: tale fondamento, a ben vedere, privando di rilevanza la posizione di terzietà rivestita dal curatore all'interno del giudizio di ammissione allo stato passivo, consente direttamente di qualificare il giuramento allo stesso deferito nei termini di giuramento *de veritate*, potendo così applicare, senza operare forzature di alcun tipo, il regime giuridico per esso previsto.

**Diritto Bancario**

# *Fideiussione, contratto di leasing e mediazione ex art. 5 D.Lgs. n. 28/2010: opinioni a confronto*

di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

La mediazione (D.Lgs. n. 28/2010) è l'attività svolta da un professionista con requisiti di terzietà, finalizzata alla ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della lite.

La mediazione, rispetto ad alcune materie elencate nell'art. 5 del D.Lgs. n. 28/ 2010, si pone come condizione di procedibilità per l'avvio dell'azione giudiziale (la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 97 del 18 aprile 2019, ha dichiarato la legittimità costituzionale del D.L. n. 69/2013 con cui il legislatore ha previsto l'obbligatorietà del tentativo di mediazione).

Tra le materie rispetto alle quali deve essere preliminarmente esperito, con l'assistenza dell'avvocato, il procedimento di mediazione, ci sono i « contratti assicurativi, bancari e finanziari ».

La Cass. n. 15200/2018 ha chiarito che nella relazione illustrativa al D.Lgs. n. 28/2010 si legge che la volontà del legislatore è quella di riferirsi ai « rapporti bancari » ovvero ai « contratti di servizi » quali quelli finanziari. È quindi sufficientemente chiaro il richiamo alla disciplina dei contratti bancari contenuta nel codice civile e nel TUB, nonché alla contrattualistica involgente gli strumenti finanziari di cui al TUF (conf. Cass. n. 30520/2019).

È dibattuto se il fideiussore (parte di un contratto di garanzia inerente a un contratto bancario) debba attivare il tentativo obbligatorio di mediazione. Secondo alcuni Tribunali la risposta è negativa: la controversia dedotta in giudizio (validità fideiussione) verte su un rapporto di garanzia e, quindi, su materia non riconducibile nell'alveo della obbligatorietà della disciplina dettata dal D.Lgs. n. 28/2010 (Trib. Milano 13.1.2016); la fideiussione non rientra tra i «contratti bancari» previsti dall'art. 5 D.Lgs. n. 28/2010, essendo un contratto di garanzia (Trib. Palermo 18.1.2018); la fideiussione c.d. attiva, cioè quella rilasciata ad una banca da un soggetto terzo, persona fisica o giuridica o ente, non è qualificabile come 'contratto bancario',

atteso che il fideiussore è individuato dalla giurisprudenza quale soggetto terzo rispetto al rapporto di credito (cfr. Cass. n. 5833/2019), non essendo cliente della banca e trattandosi di soggetto diverso da quello che fruisce del credito concesso dalla banca stessa (correntista, mutuatario, etc.) (Trib. Verona 22.10.2020); v. anche Trib. Napoli 26.5.2021 e 14.6.2022.

Di diverso tenore sono le conclusioni di altra parte (minoritaria) della giurisprudenza: l'art. 5 D.Lgs. n. 28 del 2010 fa generico riferimento ai "contratti bancari" sicché sembra che la norma trovi applicazione sia nell'ipotesi in cui sia il debitore a proporre opposizione sia nel caso in cui il giudizio sia promosso dal fideiussore, soprattutto considerato che la fideiussione – se è vero che non è un contratto bancario – è una garanzia accessoria rispetto all'obbligazione principale, rispetto alla quale sarebbe sperequato applicare una diversa regola processuale, in omaggio al principio generale in base al quale "*ubi lex voluit dixit*" (Trib. Nocera Inferiore 28.3.2019); l'oggetto del contendere, trattandosi di fideiussione inerente contratti bancari, rientra tra le materie indicate dall'art. 5 del D.Lgs. n. 28/2010 (Trib. Roma 2.10.2019).

Parimenti incerto è se i contratti di leasing siano anch'essi soggetti all'obbligo di mediazione. Anche nella fattispecie si fronteggiano due orientamenti: secondo alcuni, nel senso di ricomprendere la locazione finanziaria tra i contratti finanziari depongono tanto la prevalente funzione di finanziamento del contratto, riconosciuta anche prima della tipizzazione dello stesso con legge n. 124/2017 quanto la natura "professionale" della parte concedente (Banche o Intermediari finanziari); va altresì rilevato che tale interpretazione appare conforme anche alla volontà del legislatore, come evidenziata nella Relazione al D.Lgs., ove si precisa che con l'espressione « contratti assicurativi, bancari e finanziari » lo stesso ha inteso riferirsi a controversie riguardanti « tipologie contrattuali che conoscono una diffusione di massa » e « alla base di una parte non irrilevante del contenzioso », quali sono certamente quelle relative ai contratti di leasing (Trib. Milano 10.5.2018). *Contra* Trib. Milano 3.11.2016: il contratto di leasing, dotato di tipicità sociale e normativa (*ex* art. 72 *quater* l. fall.) non è espressamente ricompreso nell'ambito dei contratti le cui controversie sono da sottoporre a mediazione c.d. obbligatoria, né appare riducibile a un contratto di finanziamento, non venendo semplicisticamente in rilievo la dazione di un capitale e un conseguente obbligo di rimborso.

La già richiamata Cass. n 15200/2018 ha escluso che il leasing immobiliare rientri tra le ipotesi per cui è necessario esperire il tentativo di mediazione *ex* art. 5 d.lgs. n. 28/2010: nella relazione illustrativa al d.lgs. n. 28/2010 si legge che la volontà del legislatore è quella di riferirsi ai "rapporti bancari" ovvero ai "contratti di servizi" quali quelli finanziari. È quindi sufficientemente chiaro il richiamo, non altrimenti alterabile, alla disciplina dei contratti bancari contenuta nel codice civile e nel TUB, nonché alla contrattualistica involgente gli strumenti finanziari di cui al TUF (d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 e succ. mod., v. in specie all'art. 1). In questa cornice normativa, non è possibile estendere l'area della condizione di procedibilità alla diversa ipotesi di leasing immobiliare anche se, nelle varie forme, allo stesso sono coessenziali finalità di finanziamento specificatamente funzionali, però, all'acquisto ovvero all'utilizzazione di quello specifico bene coinvolto (nei termini Cass. n. 15200/2018; conf. Cass. n. 30520/2019 e Cass. n. 12883/2021).

Seminari di specializzazione
INTERESSI, ANATOCISMO, USURA, TAEG/ISC, CLAUSOLA FLOOR: CRITICITÀ RICORRENTI
Scopri di più >

**Soft Skills**

# *La comunicazione non si improvvisa!*

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

Comunicatori non si nasce, ma ci si diventa con un percorso di studi ed esperienza pluriennale.

E per poter fare in modo che i piani di comunicazione immaginati, possano trovare la giusta "messa a terra" ed essere realizzati nel modo più corretto ed efficace possibile, è opportuno, anzi, è necessario affidarsi a professionisti qualificati ed esperti.

Ora questo mio discorso, potrebbe apparire un tantino di parte, visto che il mio lavoro è proprio quello di assistere i professionisti e guidarli nella comunicazione, ma in realtà non è così, perché la mia è una considerazione in generale e che vuole rendere merito a tutti gli esperti di comunicazione del mondo professionale.

**La scelta**

Ora il primo passo da compiere per uno studio professionale che si vuole affacciare al mondo della comunicazione è quello di dotarsi di un esperto/a.

CONTINUA A LEGGERE