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

Edizione di martedì 31 gennaio 2023

Comunione – Condominio - Locazione

È ammissibile il mantenimento di costruzioni poste a distanza inferiore a quella legale in presenza di usucapione della servitù

di **Saverio Luppino, Avvocato**

Impugnazioni

Sui residui accertamenti permessi al giudice a seguito del rinvio c.d. prosecutorio

di **Marco Russo, Avvocato**

Esecuzione forzata

Estinzione tipica e atipica del processo esecutivo: l'errore nella scelta del mezzo d'impugnazione è fatale

di **Stefania Volonterio, Avvocato**

Obbligazioni e contratti

Il mutuo fondiario non può essere riqualificato in mutuo ordinario

di **Paolo Cagliari, Avvocato**

Proprietà e diritti reali

Abuso edilizio del conduttore e ordine di demolizione non ottemperato: conseguenze a carico del proprietario

di **Ilaria Ottolina, Avvocato**

Diritto successorio e donazioni

Il coerede che apporta miglioramenti al bene ereditario ha solo diritto al rimborso delle spese

di **Corrado De Rosa, Notaio**

Diritto e reati societari

È revocabile ex art. 2901 c.c. il patto di famiglia mediante il quale debitore cede la totalità delle proprie quote sociali in danno al creditore

di **Francesca Scanavino, Dottoressa in legge e Assistente didattico presso l'Università degli Studi di Bologna**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Le misure protettive e cautelari quale bilanciamento tra gli interessi del ceto creditorio e la redditualità dell'impresa in crisi

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

Diritto Bancario

La Delibera CICR 9 febbraio 2000: art. 6 (trasparenza contrattuale)

di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

Diritto del Lavoro

L'eccezione di prescrizione presuntiva del credito sollevata dal curatore fallimentare e la deferibilità a quest'ultimo del giuramento decisorio in fase di opposizione ex art. 98 L. Fall.

di **Elisa Pirrotta, Avvocato**

Comunione – Condominio - Locazione

È ammissibile il mantenimento di costruzioni poste a distanza inferiore a quella legale in presenza di usucapione della servitù

di **Saverio Luppino, Avvocato**

Suprema Corte di Cassazione, Sez. II, Civile, Sentenza n. 3939 del 8 febbraio 2022, Presidente Dott. Manna Felice, Relatore Dott. Abete Luigi.

"In materia di violazione delle distanze legali tra proprietà confinanti, deve ritenersi ammissibile l'acquisto per usucapione di una servitù avente ad oggetto il mantenimento di una costruzione a distanza inferiore a quella fissata dalle norme del codice civile o da quelle dei regolamenti e degli strumenti urbanistici locali"

FATTO

Caio, proprietario di un immobile, citava in giudizio dinnanzi al Tribunale di Savona Tizia e Sempronia in quanto proprietarie di un immobile confinante.

L'attore, tra le varie richieste, domandava che il Tribunale accertasse la violazione delle disposizioni in materia di distanze legali e condannasse le convenute: all'arretramento del muro di contenimento del giardino di pertinenza del loro immobile, costruito in prossimità del muro perimetrale dell'immobile di sua proprietà, fino al rispetto delle distanze legali stabilite dall'art.873 c.c.; alla rimozione della ringhiera posta sul margine del muro di contenimento e costituente veduta sul fondo i sua proprietà, in violazione delle distanze ex art.905 c.c.; ed infine al risarcimento del danno subito, da liquidarsi in via equitativa.

Le convenute si costituivano eccependo "*l'intervenuto acquisto per destinazione del padre di famiglia della servitù di mantenere il muro di contenimento nella sua posizione*". Di fatti, specificavano che "la (OMISSIS) s.p.a., proprietaria in origine di ambedue i fondi limitrofi, aveva costruito il muro di contenimento in epoca antecedente al loro acquisto ed all'acquisto della dante causa dell'attore" e, pertanto, instavano per il rigetto della domanda attorea.

Con la sentenza n.862/2012, il Tribunale ligure disponeva il rigetto della domanda finalizzata all'arretramento del muro ed al risarcimento del danno subito, accogliendo tuttavia la richiesta di eliminazione della veduta.

Caio, parzialmente soddisfatto nelle proprie pretese, proponeva appello alla Corte territoriale di Genova; resistevano Tizia e Sempronia, proponendo appello incidentale avverso alla condanna all'eliminazione della veduta.

La Corte d'Appello di Genova[1] rigettava sia l'appello principale che quello incidentale, compensando integralmente le spese del grado. Nel formulare la propria contrarietà alle tesi proposte dalle parti in causa, i giudici di gravame evidenziarono come "nulla ostava a che alla distanza ex articolo 873 c.c., di certo derogabile in virtu' di apposita convenzione, si derogasse altresì in virtu' di servitù acquistata per usucapione o per destinazione del padre di famiglia" e che, inoltre, solamente in comparsa conclusionale nel giudizio di primo grado, tardivamente, l'attore-appellante aveva allegato l'applicabilità nella specie del regolamento di igiene comunale, sicché il tribunale non era tenuto ad acquisire e ad applicare d'ufficio il regolamento, ancorché' contenente norme giuridiche.

Avverso tale giudizio, Caio proponeva ricorso, chiedendo la cassazione della sentenza sulla scorta di cinque motivi.

SOLUZIONE

La Suprema Corte accolse il terzo motivo di ricorso, cassando la sentenza della Corte d'Appello di Genova, in relazione e nei limiti del motivo accolto, e rinviando alla stessa in diversa composizione anche ai fini della regolamentazione delle spese del giudizio di legittimità.

QUESTIONI

Con il primo motivo Caio denunciò, ex art.360 c.p.c., comma I, n.3, la violazione dell'art.873 c.c., deducendo che la Corte d'Appello ligure avrebbe errato a reputare che le distanze prefissate dalla legge possano essere suscettibili di deroga in virtù dell'acquisizione di servitù per destinazione del padre di famiglia.

Il ricorrente dedusse in particolare come le distanze prefissate dall'art. 873 c.c. fossero dettate a tutela dei coincidenti **interessi generali e pubblici** posti a salvaguardia dei quali operano le inderogabili distanze, previste anche dai regolamenti locali, e che la lapidarietà delle disposizioni codicistiche risulterebbe rinvenibile nel divieto imposto agli enti di locali di stabilire distanze inferiori a quelle del codice civile.

Tale motivo di denuncia venne tuttavia respinto dalla Suprema Corte in quanto, per insegnamento consolidato e condiviso dalla giurisprudenza di legittimità, "in materia di violazione delle distanze legali tra proprietà confinanti, **deve ritenersi ammissibile l'acquisto per usucapione di una servitù avente ad oggetto il mantenimento di una costruzione a distanza**

inferiore a quella fissata dalle norme del codice civile o da quelle dei regolamenti e degli strumenti urbanistici locali"[2].

Tanto specificato, gli Ermellini ritennero inevitabile rilevare come ai fini della possibilità di acquisto per usucapione della servitù di mantenere una costruzione a distanza dal fondo limitrofo inferiore a quella prescritta, non distingue tra norme del codice civile e norme dei regolamenti e degli strumenti urbanistici locali, motivo per cui il ricorrente non avrebbe avuto motivo per prospettare ragioni di presunta contraddizione nell'elaborazione della stessa Suprema Corte. Inoltre, giusta precisazione ai fini del *quibus agitur*, non venne rilevato alcun motivo per distinguere la servitù acquistata per usucapione dalla servitù acquistata per destinazione del padre di famiglia, in quanto entrambe si acquisirebbero a titolo originario e sono accomunate dall'esser circoscritte alle sole servitù apparenti.

Con il secondo motivo, invece, il ricorrente denunciò, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma I, n.4, la nullità dell'impugnata pronuncia in relazione agli artt. 112,183 e 345 c.p.c., rimarcando in particolare come la corte di merito avrebbe errato nel ritenere preclusa l'allegazione del regolamento di igiene comunale, vigente all'epoca di costruzione del muro di contenimento e prefigurante la distanza di almeno un metro delle costruzioni da rilievi montuosi e terrapieni, in quanto tardiva. La paventata erroneità procedurale deriverebbe dalla circostanza che il regolamento in questione costituirebbe una vera e propria fonte normativa, altresì per sua natura inderogabile ed idonea in ogni caso ad impedire l'acquisto di una servitù per destinazione del padre di famiglia, di cui il giudice sarebbe stato tenuto a conoscere ex officio indipendentemente dalle allegazioni delle parti.

Anche in questo caso la Suprema Corte decise di respingere il motivo proposto in quanto, come venne dato conto nella motivazione di rigetto del primo, è stato reputato ammissibile l'acquisto per usucapione (e per destinazione del padre di famiglia) di una servitù avente ad oggetto il mantenimento di una costruzione a distanza inferiore sia rispetto a quella fissata dalle norme del codice civile sia rispetto a quelle fissate dei regolamenti e degli strumenti urbanistici locali. Tanto precisato, si ritenne necessario aggiungere come "seppure avesse reputato rituale l'allegazione del regolamento d'igiene del Comune di Albissola vigente all'epoca della costruzione del muro di contenimento, la corte di seconde cure avrebbe dovuto comunque opinare per la legittimità della deroga pur con riferimento alla distanza prefigurata dal medesimo regolamento".

In suddetti termini, non può applicarsi l'insegnamento della Corte **secondo cui le norme dei regolamenti comunali edilizi e i piani regolatori sono, per effetto del richiamo contenuto negli articoli 872 ed 873 c.c., integrative delle norme del codice civile in materia di distanze tra costruzioni, sicché' il giudice deve applicare le richiamate norme locali indipendentemente da ogni attività assertiva o probatoria delle parti, acquisendone conoscenza attraverso la sua scienza personale, la collaborazione delle parti o la richiesta di informazioni ai comuni**[3]. Per altro verso, venne ritenuto doveroso operare una correzione, nelle forme suindicate, " in parte qua del secondo *dictum* (cfr. Cass. (ord.) 6.9.2017, n. 20806, secondo cui, affinché' la Corte di cassazione possa procedere alla correzione della motivazione della sentenza

impugnata, ai sensi dell'articolo 384 c.p.c., u.c., è necessario che la sostituzione della motivazione sia solo in diritto e non comporti indagini o valutazioni di fatto, e che essa non importi violazione del principio dispositivo, ossia non pronunci su eccezioni non sollevate dalle parti e non rilevabili d'ufficio)".

Con il terzo motivo, Caio denunciò la violazione dell'articolo 2043 c.c., deducendo che la Corte territoriale avrebbe errato a disconoscere la natura *in re ipsa* del danno invocato a causa dell'illegittima imposizione della servitù di veduta e che il danno sussisterebbe per il solo fatto dell'asservimento ed è liquidabile in via equitativa .

La Corte giudicò il motivo **come fondato e meritevole di accoglimento**.

Di fatto, i giudici di Cassazione statuirono che fosse sufficiente il rinvio all'elaborazione della stessa giurisprudenza di legittimità a tenore della quale **la lesione del diritto di proprietà, conseguente all'esercizio abusivo di una servitù di veduta**, sarebbe di per se' **produttiva di un danno**, il cui accertamento non richiederebbe, pertanto, una specifica attività probatoria e per il risarcimento del quale il giudice dovrà unicamente procedere ai sensi dell'articolo 1226 c.c., adottando eventualmente, quale parametro di liquidazione equitativa, una percentuale del valore reddituale dell'immobile, la cui fruibilità sia stata temporaneamente ridotta[4].

Con gli ultimi due motivi presentati, entrambi rigettati, Caio dedusse la nullità della sentenza impugnata ai sensi dell'art. 132 c.p.cc., n.4, per l'apparenza della motivazione e nullità in relazione all'articolo 116 c.p.c., comma 1 e articolo 61 c.p.c..

In riferimento al quinto ed ultimo motivo, il ricorrente denunciò che la Corte ligure avrebbe errato a non tener conto della relazione di c.t.u. e del supplemento alla stessa svolta nel giudizio in precedenza instaurato nei confronti delle stesse controparti, documenti aventi dignità di vere e proprie prove ancorché' liberamente valutabili, nonché' a disattendere, senza motivazione alcuna, l'istanza del tecnico incaricato volta a dimostrare il pregiudizio e le cause del pregiudizio sofferto.

A tali deduzioni di parte ricorrente, gli Ermellini ritennero sufficiente sottolineare come l'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 5, riformulato dal D.Lgs. n. 83 del 2012, articolo 54, convertito in L. n. 134 del 2012, abbia introdotto nell'ordinamento un vizio specifico denunciabile per cassazione, relativo all'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo; pertanto, l'omesso esame di elementi istruttori non integra, di per se', il vizio di omesso esame di un fatto decisivo, qualora, come nel caso in esame, il fatto storico, rilevante in causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché' la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie[5]. Di fatti, in tema di ricorso per la cassazione della sentenza, la violazione dell'articolo 116 c.p.c., salva diversa previsione legale, è idonea ad integrare il vizio di cui all'articolo 360 c.p.c., n. 4[6], solo laddove il giudice di merito disattenda tale principio in assenza di una deroga normativamente prevista, ovvero, alternativamente, valuti secondo

prudente apprezzamento una prova o risultanza probatoria soggetta ad un diverso regime[7].

Tanto precisato, **la consulenza tecnica d'ufficio** deve essere qualificata **come mezzo istruttorio**, e non come vera e propria prova, sottratto alla disponibilità delle parti ed affidato al prudente apprezzamento del giudice di merito, rientrando nel potere discrezionale di quest'ultimo la valutazione di disporre la nomina dell'ausiliario giudiziario e la motivazione dell'eventuale diniego può anche essere implicitamente desumibile dal contesto generale delle argomentazioni svolte e dalla valutazione del quadro probatorio unitariamente considerato effettuata dal medesimo giudice del merito[8].

[1] Con sentenza n. 321/2016.

[2] Così risultante in motivazione Cass. 22.2.2010, n. 4240. Cfr. altresì Cass. 12.12.2012, n. 22824; Cass. 18.2.2013, n. 3979; Cass. (ord.) 19.1.2017, n. 1395.

[3]Cfr. Cass. 29.7.2009, n. 17692; Cass. 18.2.1987, n. 1755.

[4]Cfr. Cass. (ord.) 13.5.2019, n. 12630.

[5] Così Cass. (ord.) 29.10.2018, n. 27415.

[6] Ossia "per nullità della sentenza o del procedimento".

[7] Cfr. Cass. 10.6.2016, n. 11892.

[8] Cass. 5.7.2007, n. 15219; Cass. (ord.) 13.1.2020, n. 326.

Impugnazioni

Sui residui accertamenti permessi al giudice a seguito del rinvio c.d. prosecutorio

di **Marco Russo, Avvocato**

Cass., sez. III, 16 novembre 2022, n. 33735 *Pres.* Frasca, *Rel.* Dell'Utri

Procedimento civile – Cassazione – Giudizio di rinvio – Accertamento – Giudice – Prescrizione (C.c., art. 2909; c.p.c. artt. 360, 384, 392)

Massima: *"Qualora la Corte di Cassazione, nel cassare con rinvio la sentenza di merito dichiarativa della prescrizione, si limiti a vagliare tale questione (nel senso di escluderla) senza esprimere alcuna valutazione circa l'effettiva sussistenza dei presupposti della situazione giuridica dedotta in giudizio dalla parte, l'accertamento di questi ultimi resta pienamente devoluto al giudice del rinvio".*

CASO

Veniva proposta in primo grado una domanda di condanna della Presidenza del Consiglio dei ministri, del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, del Ministero dell'Economia e delle Finanze e del Ministero della Salute, al risarcimento del danno da tardiva trasposizione di direttiva comunitaria in relazione alla mancata remunerazione dell'attrice ricorrente in ragione dell'avvenuta frequentazione del corso di specializzazione universitaria in materia medica.

La complessa fattispecie sostanziale vedeva infine, con sentenza del 2018, la Corte d'appello di Roma – giudice del rinvio a seguito della Cassazione della sentenza di secondo grado, resa con sent. 21077/2012 che aveva escluso la prescrizione dei diritti azionati dall'originaria attrice – rigettare la domanda, evidenziando come il corso di specializzazione non fosse incluso negli elenchi previsti dalla disciplina comunitaria ai fini della remunerazione dei relativi frequentanti, non avendo la ricorrente fornito la prova del carattere comune di tale scuola di specializzazione a due o più Stati membri (condizione idonea a legittimare in ogni caso la remunerazione).

Ciò che rileva processualmente è che il giudice del rinvio, pur escludendo che fosse maturata la prescrizione, rigettava la domanda di risarcimento del danno da tardiva trasposizione della direttiva n. 82/76/Cee, relativa alla remunerazione dei medici specializzandi, in ragione della mancata inclusione del corso di specializzazione frequentato dalla ricorrente negli elenchi previsti dalla disciplina comunitaria.

Avverso la sentenza propone ricorso per cassazione l'originaria attrice in primo grado, lamentando per la parte che qui interessa l'errore processuale commesso dalla Corte d'appello in sede di rinvio, asseritamente integrante una "nullità della sentenza impugnata per violazione dell'art. 384 c.p.c., comma 2, dell'art. 2909 c.c., dell'art. 359 c.p.c., nonché dell'art. 112 c.p.c. (in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 4)", consistito nell'aver indebitamente "esteso la propria cognizione all'accertamento nel merito della sussistenza dei presupposti di fatto del diritto azionato in giudizio [...] (con particolare riguardo all'inclusione della scuola di specializzazione dalla stessa frequentata tra quelle dell'elenco comunitario o tra le c.d. specializzazioni analoghe: questione rimasta totalmente incontestata in tutto il corso del giudizio di merito), atteso che l'esame di tale questione doveva ritenersi ormai precluso a seguito della pronuncia di legittimità che aveva negato l'intervenuta prescrizione del diritto [...], residuando unicamente la pronuncia sulla determinazione del *quantum* risarcitorio".

SOLUZIONE

La Cassazione conferma la sentenza, osservando in motivazione che la sentenza rescindente già pronunciata a suo tempo dalla stessa Corte si era limitata ad affrontare la questione della prescrizione del diritto, risolta dai primi due giudici del merito nel senso dell'effettiva maturazione della prescrizione del diritto vantato dalla ricorrente, e differentemente valutata dalla Cassazione secondo cui, al contrario, il diritto non poteva dirsi prescritto (per ragioni sostanziali qui non rilevanti).

Nessuna valutazione era stata tuttavia offerta, nella sentenza che aveva disposto il rinvio, in ordine alla "effettiva sussistenza (o meno) dei presupposti di fatto e di diritto indispensabili ai fini del riconoscimento di tale diritto".

Per tale ragione correttamente il giudice del rinvio aveva ritenuto "integralmente aperto lo spazio di intervento per l'accertamento dei ridetti presupposti e, in primo luogo, per l'accertamento delle circostanze relative all'effettiva avvenuta frequentazione", da parte dell'attrice in primo grado, "di un corso di specializzazione previsto dalle direttive Europee o ad esso equipollente o previsto da due o più Stati membri", e dunque per la dichiarazione in ordine all'esistenza o meno del diritto vantato.

QUESTIONI

La sentenza in commento, nell'esprimere il principio di diritto sopra evidenziato, conferma la linea di tendenza giurisprudenziale che amplia gli spazi decisionali del giudice del rinvio e, per arrivare a ciò, sul piano interpretativo applica un'esegesi particolarmente restrittiva, e peraltro

pienamente conforme al dato letterale, dei limiti nei quali incorre il giudice del rinvio a seguito della decisione con cui la Cassazione opera il c.d. rinvio prosecutorio, ossia quello con cui la Corte, ritenendo di non poter decidere nel merito ex art. 384 c.p.c., comma 2 c.c., demanda "ad altro giudice" il compito di esprimere la (tendenziale) ultima parola sul processo.

La stessa norma, come si è anticipato, nulla dice che si ponga in contrasto con la predetta linea interpretativa che, sostanzialmente, apre al giudice del rinvio la possibilità di un esteso riesame della vicenda: il capoverso dell'art. 384 si limita infatti ad affermare che la Cassazione, a seguito dell'accoglimento del ricorso, si trova davanti all'alternativa tra "decide[re] la causa nel merito qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto" e "cassa[re] la sentenza rinviando la causa ad altro giudice, il quale deve uniformarsi al principio di diritto e comunque a quanto statuito dalla Corte".

L'unico vincolo per il giudice del rinvio, dunque, consiste nel rispetto del principio di diritto, il ché esclude (di nuovo, solo tendenzialmente) la possibilità di un corto circuito processuale per cui il giudice d'appello decide sulla base dell'interpretazione in diritto "A", non corrispondente alla giurisprudenza della Corte; il soccombente ricorre per Cassazione, e in quella sede ottiene l'annullamento della sentenza sfavorevole sulla base del consolidato orientamento "B"; e, all'esito del giudizio di rinvio, il giudice dell'appello decide nuovamente sulla base dell'interpretazione "A".

Fuori da questa ipotesi – che corrisponde ad una *patologia* del sistema, comunque rimediabile in virtù dalla ricorribilità per cassazione della sentenza che conclude il giudizio di rinvio, anche sulla base della violazione, censurabile con il motivo n. 3 dell'art. 360, dello stesso art. 384, comma 2 c.p.c. – *fisiologicamente* al giudice del rinvio è attribuito il potere- dovere di esaminare qualsiasi presupposto, in fatto e in diritto, posto dall'originario attore a fondamento della domanda, il cui interesse non sia ovviamente precluso, a monte, dal diverso percorso logico- giuridico adottato dal giudice di legittimità.

E' significativo che la giurisprudenza riconosca questa libertà di indagine in ogni giudizio civile di rinvio, a partire da quello, processualmente peculiare, originato dalla sentenza della Cassazione penale che, ai sensi dell'art. 622 c.p.p., "annull[i] solamente", all'interno della sentenza impugnata, "le disposizioni o i capi che riguardano l'azione civile ovvero se acco[lga] il ricorso della parte civile contro la sentenza di proscioglimento dell'imputato", e perciò "rinvi]i] quando occorre al giudice civile competente per valore in grado di appello": si pensi al caso, tra i più ricorrenti nell'applicazione dell'art. 622 c.p.p., in cui la Cassazione penale dichiari la prescrizione del reato già accertato dalla Corte d'appello nel secondo grado del giudizio penale, e, non potendo pronunciarsi sul risarcimento del danno richiesto dalla parte costituitasi parte civile, rinvia per tale decisione al "giudice civile competente per valore in grado di appello".

La complessa fattispecie origina un giudizio civile di rinvio, che la stessa giurisprudenza non esita a definire "sui generis" (Cass., 30 agosto 2022, n. 25541), in realtà non disciplinato espressamente da alcuna disposizione del codice di procedura civile e ciò comporta

l'applicabilità delle norme del giudizio civile di rinvio ex artt. 392 ss. c.p.c., ivi compresa quell'ampia libertà di accertamento che abbiamo visto essere tradizionalmente riconosciuta al giudice del rinvio. Secondo la Cassazione, infatti, quest'ultimo deve verificare "la ricorrenza, sul piano oggettivo e soggettivo, di tutti gli elementi dell'illecito civile", e ciò anche oltre i confini del reato: "anche ove, in ipotesi, il reato abbia rilevanza solo se doloso (dolo specifico), in sede civile occorre avere riguardo non all'intenzionalità del comportamento dell'asserito responsabile, bensì alla generica dolosità della condotta. Nel giudizio civile di rinvio ex articolo 622 del Cpp si determina, infatti, una piena *translatio* del giudizio sulla domanda civile, sicché la Corte di appello civile competente per valore, cui la Cassazione in sede penale abbia rimesso il procedimento ai soli effetti civili, ai fini della valutazione dell'elemento soggettivo e oggettivo dell'illecito ex articolo 2043 del Cc, applica i criteri di accertamento della responsabilità civile, i quali non sono sovrapponibili ai più rigorosi canoni di valutazione penalistici, funzionali all'esercizio della potestà punitiva statale, non essendo più in gioco la dimensione penale della condotta, bensì la condotta lesiva di un diritto altrui e le relative forme restitutorie e risarcitorie".

La medesima libertà è accordata nell'ambito del giudizio di rinvio "tipico", nel quale l'unico limite per il giudice è riscontrato – oltre, ovviamente, al principio di diritto – nelle "questioni che, anche se non esaminate nel giudizio di legittimità, costituiscono il presupposto medesimo dell'enunciazione, formando oggetto di giudicato implicito interno, stante che il riesame delle suddette questioni verrebbe a porre nel nulla o a limitare gli effetti della pronuncia in violazione del principio di intangibilità della sentenza" (Cass., 3 marzo 2022, n. 7091; App. Torino, 5 luglio 2022, n. 763).

Alla stessa linea va ascritta la sentenza in esame, che, come si è visto, esclude dalla cristallizzazione del giudicato interno la dichiarazione sull'esistenza del diritto, certo non discendente dall'accertamento, questo sì contenuto nella sentenza di Cassazione che aveva disposto il rinvio, dell'inesistenza dei presupposti per la dichiarazione della prescrizione.

E ancora maggiori sono i poteri del giudice del rinvio quando il rinvio stesso deriva dall'accoglimento del ricorso non per ragioni legate alla constatata violazione ovvero falsa applicazione di legge, come nel caso esaminato nella fattispecie decisa dalla Cassazione con la sentenza in epigrafe, ma da quelli che la giurisprudenza ancora recente, con dizione che richiama in realtà l'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c. previgente, chiama "vizi di motivazione": i limiti dei poteri attribuiti al giudice di rinvio, infatti, secondo la Cassazione sono diversi a seconda che la pronuncia di annullamento abbia accolto il ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, ovvero per vizi di motivazione in ordine a punti decisivi della controversia, ovvero per entrambe le ragioni e "nella prima ipotesi, il giudice deve soltanto uniformarsi, ex articolo 384, comma 1, del Cpc, al principio di diritto enunciato dalla sentenza di cassazione, senza possibilità di modificare l'accertamento e la valutazione dei fatti acquisiti al processo, mentre, nella seconda, non solo può valutare liberamente i fatti già accertati, ma anche indagare su altri fatti, ai fini di un apprezzamento complessivo in funzione della statuizione da rendere in sostituzione di quella cassata, ferme le preclusioni e decadenze già verificatesi. Nella terza, infine, la sua *potestas iudicandi*, oltre ad estrinsecarsi nell'applicazione

del principio di diritto, può comportare la valutazione ex novo dei fatti già acquisiti, nonché la valutazione di altri fatti, la cui acquisizione, nel rispetto delle preclusioni e decadenze pregresse, sia consentita in base alle direttive impartite dalla decisione di legittimità" (Cass., 24 febbraio 2022, n. 6097).

L'effetto di "riapertura" connesso alla pronuncia che dispone il rinvio non è d'altra parte sconosciuto all'ordinamento, che al terzo comma dell'art 394 prevede ben due possibili *res nova* nel giudizio introdotto dalla riassunzione: l'esperimento per la prima volta del giuramento decisorio, e, soprattutto, la formulabilità di "conclusioni diverse da quelle prese nel giudizio nel quale fu pronunciata la sentenza cassata" laddove "la necessità delle nuove conclusioni sorga dalla sentenza di cassazione". Ed è conosciuto anche alla giurisprudenza, che sulla base della pacifica inapplicabilità dell'art. 346 c.p.c. al giudizio di cassazione in tema di rinuncia implicita alle domande ed eccezioni non accolte nella sentenza impugnata, conclude che "sulle questioni esplicitamente o implicitamente dichiarate assorbite dal giudice di merito, e non riproposte in sede di legittimità all'esito di tale declaratoria, pertanto, non si forma il giudicato implicito, ben potendo le suddette questioni, in caso di accoglimento del ricorso, essere riproposte e decise nell'eventuale giudizio di rinvio" (Cass., 9 maggio 2022, n. 14541).

Una fattispecie ancora diversa – nella quale il giudice del rinvio è effettivamente libero di riesaminare in fatto e in diritto la vicenda ad esso sottoposta ma per particolari ragioni "cronologiche" – è quella esaminata dalla recente sent. Cass., 13 ottobre 2022, n. 30167), per cui l'obbligo di uniformarsi alla *regula iuris* enunciata dalla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 384 c.p.c. viene meno quando la norma da applicare in aderenza a tale principio sia stata dichiarata costituzionalmente illegittima successivamente alla pronuncia rescindente, "dovendo, in questo caso, farsi applicazione del diritto sopravvenuto (e, cioè, alla situazione normativa determinata dalla pronuncia di incostituzionalità), che travalica il principio di diritto enunciato dalla sentenza di rinvio".

Esecuzione forzata

Estinzione tipica e atipica del processo esecutivo: l'errore nella scelta del mezzo d'impugnazione è fatale

di **Stefania Volonterio, Avvocato**

Cassazione civile, Sez. III, sent. 23 gennaio 2023, n. 1991, Pres. De Stefano, Est. Tatangelo

Espropriazione immobiliare – pubblicazione dell'avviso di vendita – estinzione del processo esecutivo – reclamo – opposizione agli atti esecutivi (Cod. Proc. Civ. artt. 490, 617, 630, 631 bis)

***Massima**: "Il termine eventualmente assegnato dal giudice dell'esecuzione ai creditori per l'anticipazione delle spese di pubblicità (incluso il contributo per la pubblicazione sul portale delle vendite pubbliche previsto dall'art. 18 bis del D.P.R. n. 115 del 2002) ha carattere ordinatorio e non perentorio e il suo mancato rispetto, anche laddove ad esso consegua l'impossibilità di fissare la vendita, cioè di porre in essere l'atto indispensabile per la prosecuzione del processo esecutivo, non determina l'estinzione (c.d. tipica) di quest'ultimo ai sensi dell'art. 631 bis c.p.c. (da accertarsi e dichiararsi con provvedimento eventualmente impugnabile ai sensi dell'art. 630 c.p.c., sia in caso di sua emissione che in caso di mancata emissione) ma, al più, l'improseguibilità dello stesso (da accertarsi e dichiararsi con provvedimento di chiusura anticipata della procedura, spesso impropriamente definita anche come cd. "estinzione atipica", contestabile esclusivamente con l'opposizione gli atti esecutivi ai sensi dell'art. 617 c.p.c.*" (massima redazionale)

CASO

Nel corso di una procedura di espropriazione immobiliare, i debitori esecutati hanno proposto reclamo ex art. 630 c.p.c. avverso il provvedimento con il quale il giudice dell'esecuzione ha respinto la loro istanza di estinzione del processo, che i debitori esecutati hanno fondato sul mancato versamento da parte della creditrice procedente dei fondi necessari per pubblicizzare l'ordinanza di vendita dell'immobile staggito.

A motivo del reclamo i debitori esecutati hanno sostenuto che, il mancato rispetto del termine,

secondo loro perentorio, dato dal giudice per il versamento delle dette spese, ha comportato l'estinzione del processo esecutivo ai sensi dell'art. 631 *bis* c.p.c..

Il giudice dell'impugnazione ha respinto il reclamo e confermato la decisione del primo giudice, il quale, in sintesi, ha escluso l'applicabilità dell'art. 631 *bis* c.p.c. al caso di specie perché il creditore procedente, allorchè sollecitato, ha poi effettuato il pagamento dovuto, di fatto permettendo alla procedura di proseguire nei tempi inizialmente fissati dal giudice dell'esecuzione.

Il reclamo è stato respinto anche in ragione dell'impossibilità, a fronte dell'utilizzo, nel caso concreto, del mezzo di impugnazione di cui all'art. 630 c.p.c., di analizzare le altre doglianze spese dei debitori esecutati, quali l'omessa declaratoria di improcedibilità della esecuzione forzata per essere imputabile a grave negligenza del creditore il mancato (*rectius*, tardivo) versamento delle somme per la pubblicità della vendita.

I debitori esecutati hanno impugnato il provvedimento di rigetto del reclamo dinanzi alla Suprema Corte di Cassazione.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione chiarisce subito che la decisione impugnata è conforme ai principi consolidati enunciati in materia dalla Corte stessa, e secondo i quali "*il mancato rispetto del termine perentorio per la pubblicazione dell'avviso di vendita sul portale delle vendite pubbliche determina l'estinzione (tipica) dell'esecuzione forzata ex art. 631 bis c.p.c., mentre il mancato rispetto di quello ordinatorio per l'anticipazione delle spese di pubblicità (incluso il contributo per la pubblicazione sul portale delle vendite pubbliche prescritto dall'art. 18 bis del DPR n. 115 del 2002) comporta l'impossibilità per la parte di compiere l'atto indispensabile per la prosecuzione del processo esecutivo, e la conseguente pronuncia di improseguibilità dello stesso, in quanto l'estinzione ex art. 631 bis c.p.c. per omessa pubblicazione dell'avviso di vendita sul portale delle vendite pubbliche presuppone che il termine per la relativa pubblicazione – fissato dal giudice dell'esecuzione o dal professionista delegato, o implicitamente desunto dal riferimento dell'art. 490, comma 3, c.p.c., al periodo di 'almeno quarantacinque giorni prima del termine per la presentazione delle offerte' – sia spirato invano in conseguenza dell'inerzia (o dell'inadempimento) del creditore*".

In base a questi principi, prosegue la Corte, il termine assegnato al creditore procedente per anticipare le spese di pubblicità della vendita immobiliare, tra le quali vi è quella per la pubblicazione di cui si tratta nel caso *de quo*, è quindi un termine ordinatorio e non perentorio, sicché dal suo mancato rispetto non può conseguire l'estinzione del giudizio ex art. 631 bis c.p.c. ma, al più, una declaratoria di improcedibilità dell'esecuzione che determina la chiusura anticipata della procedura stessa.

Precisa poi la Suprema Corte che, nel caso di estinzione anticipata ex art. 631 *bis* c.p.c., che è una c.d. "estinzione tipica", la relativa pronuncia, come del resto reso esplicito dalla stessa citata norma, può essere oggetto di reclamo ex art. 630 c.p.c.. Di contro, in un caso di

improcedibilità, "*da accertarsi e dichiararsi con provvedimento di chiusura anticipata della procedura, spesso impropriamente definita come c.d.*"estinzione aticipa", questo provvedimento sarà impugnabile solo con l'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c., e non con il rimedio di cui all'art. 630 c.p.c.

Posta questa distinzione, la Corte conclude, nel rigettare il ricorso dei debitori esecutati, che l'avere questi ultimi esperito il rimedio di cui all'art. 630 c.p.c. (del quale non hanno peraltro richiesto al giudice una riqualificazione od una conversione in opposizione ex art. 617 c.p.c.) per fare valere non un motivo di estinzione del giudizio bensì una questione di improcedibilità, ha reso impossibile al giudice dell'impugnazione la valutazione di motivi, appunto, non proponibili con quel mezzo: "*l'eventuale sussistenza di una causa di improcedibilità dell'esecuzione non avrebbe in nessun caso potuta essere fatta valere con il reclamo al tribunale in composizione collegiale di cui all'art. 630 c.p.c., dovendo essere a tal fine proposta, se del caso, l'opposizione agli atti esecutivi ai sensi dell'art. 617 c.p.c.*".

QUESTIONI

La Corte di Cassazione affronta nuovamente la questione della c.d. estinzione tipica o atipica del processo esecutivo, distinzione che, come intuitivo, separa le ipotesi nella quali la procedura esecutiva subisce un prematuro arresto per casi previsti esplicitamente dalla legge (ad esempio dagli artt. 629, 630, 631 e 631 *bis* c.p.c.) dalle ipotesi nelle quali alla medesima conclusione prematura si giunge per motivi non codificati.

Ricordiamo che un caso di c.d. chiusura atipica è comunque considerato, ad esempio, anche quello, pur codificato, di cui all'art. 164 *bis* disp. att. c.p.c., a mente del quale "*quando risulta che non è più possibile conseguire un ragionevole soddisfacimento delle pretese dei creditori, anche tenuto conto dei costi necessari per la prosecuzione della procedura, delle probabilità di liquidazione del bene e del presumibile valore di realizzo, è disposta la chiusura anticipata del processo esecutivo*".

La distinzione tra "estinzione tipica" ed "estinzione atipica" (anche se, come rilevato dalla stessa Corte nella sentenza in commento, quest'ultima dovrebbe più propriamente definirsi "improcedibilità" o "chiusura anticipata" e non "estinzione") ha rilevantissime conseguenze, soprattutto in termini di impugnazione.

Anche la sentenza in commento, infatti, e in un solco ormai consolidato, da un lato ribadisce che un provvedimento di estinzione per causa "tipica" è impugnabile con il reclamo di cui all'art. 630 c.p.c. (che investe della questione il tribunale in composizione collegiale), mentre lo stesso rimedio non può essere esperito contro il provvedimento che chiude il procedimento per causa "atipica", contro il quale potrà essere proposta solo l'opposizione agli atti esecutivi.

Dall'atro lato, evidenzia chiaramente che l'errore nel mezzo di impugnazione è in questo caso irrimediabile, come già ad esempio chiarito da Cass. 6 aprile 2022 n. 11241: "*E' inammissibile il reclamo ex art. 630 c.p.c. per impugnare il provvedimento di chiusura anticipata (cd. "estinzione*

atipica") del processo esecutivo, il quale è assoggettato esclusivamente al rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c.; la predetta inammissibilità non è suscettibile di sanatoria, né il reclamo può essere riqualificato in opposizione agli atti esecutivi, sia per l'impossibilità di attribuire alla domanda una qualificazione diversa da quella espressamente voluta dalla parte, sia per la destinazione dell'atto al collegio (anziché al giudice dell'esecuzione), sia per la struttura necessariamente bifasica dell'opposizione ex art. 617 c.p.c.".

L'operatore è quindi chiamato a prestare particolare attenzione al motivo per il quale si è giunti ad una prematura chiusura della procedura esecutiva, e ciò non solo per valutare quale sia il corretto rimedio esperibile, ma anche, ad esempio, per le importanti conseguenze che tale motivo di chiusura ha sull'effetto interruttivo della prescrizione, ai sensi dell'art. 2945, comma 2, c.c., determinato dalla notifica dell'atto di pignoramento. In questo caso, non viene infatti in rilievo solo la valutazione della tipicità o atipicità della causa della chiusura dell'esecuzione, ma anche l'imputabilità o meno al creditore procedente di tale chiusura: "*in tema di prescrizione, l'effetto interruttivo permanente dell'atto di pignoramento si protrae, agli effetti dell'art. 2945, comma 2, c.c., fino al momento in cui il processo esecutivo abbia fatto conseguire al creditore procedente, in tutto o in parte, l'attuazione coattiva del suo diritto ovvero, alternativamente, fino alla chiusura anticipata del procedimento determinata da una causa non ascrivibile al creditore medesimo, mentre, in caso contrario, all'interruzione deve riconoscersi effetto istantaneo, a norma dell'art. 2945, comma 3, c.c.*" (così Cass. 9 maggio 2019, n. 12239).

Obbligazioni e contratti

Il mutuo fondiario non può essere riqualificato in mutuo ordinario

di **Paolo Cagliari, Avvocato**

Cass. civ., sez. un., 16 novembre 2022, n. 33719 – Pres. Raimondi – Rel. Lamorgese

Parole chiave: Contratti bancari – Mutuo fondiario – Limite di finanziabilità – Norma imperativa – Esclusione – Conseguenze

[1] Massima: "*In tema di mutuo fondiario, il limite di finanziabilità di cui all'art. 38, comma 2, d.lgs. 385/1993 non è elemento essenziale del contratto, non trattandosi di norma determinativa del contenuto dello stesso o posta a presidio della sua validità, ma di un elemento meramente specificativo o integrativo dell'oggetto del contratto; non integra norma imperativa la disposizione – qual è quella con la quale il legislatore ha demandato all'autorità di vigilanza sul sistema bancario la fissazione del limite di finanziabilità nell'ambito della vigilanza prudenziale – la cui violazione, se posta a fondamento della nullità (e del travolgimento) del contratto (nella specie, del mutuo ormai erogato, cui dovrebbe conseguire anche il venire meno della connessa garanzia ipotecaria), potrebbe condurre al risultato di pregiudicare proprio l'interesse che la norma intendeva proteggere, che è quello alla stabilità patrimoniale della banca e al contenimento dei rischi nella concessione del credito*".

Disposizioni applicate: cod. civ., art. 1418; d.lgs. 385/1993, art. 38

Parole chiave: Contratti bancari – Mutuo fondiario – Superamento del limite di finanziabilità – Riqualificazione del contratto – Inammissibilità

[2] Massima: *Qualora i contraenti abbiano inteso stipulare un mutuo fondiario corrispondente al modello legale (finanziamento a medio o lungo termine concesso da una banca garantito da ipoteca di primo grado su immobili), essendo la loro volontà comune in tale senso incontestata (o, quando contestata, accertata dal giudice di merito), non è consentito al giudice riqualificare d'ufficio il contratto, al fine di neutralizzare gli effetti legali propri del tipo o sottotipo negoziale validamente prescelto dai contraenti per ricondurlo al tipo generale di appartenenza (mutuo ordinario) o a tipi contrattuali diversi, pure in presenza di una contestazione della validità sotto il*

profilo del superamento del limite di finanziabilità, la quale implicitamente postula la corretta qualificazione del contratto in termini di mutuo fondiario.

Disposizioni applicate: cod. civ., artt. 1362, 1418; d.lgs. 385/1993, art. 38

CASO

Un istituto di credito chiedeva che venisse ammesso al passivo il credito avente titolo in un contratto di mutuo fondiario garantito da ipoteca di primo grado.

Il giudice delegato disponeva l'ammissione del predetto credito in via chirografaria, ritenendo insussistente la natura fondiaria del mutuo (in quanto concesso per un importo eccedente il limite massimo finanziabile fissato dalla Banca d'Italia, in attuazione di quanto stabilito dall'art. 38, comma 2, d.lgs. 385/1993, nell'ottanta per cento del valore dell'immobile oggetto d'ipoteca) e, di conseguenza, il privilegio ipotecario.

L'opposizione proposta dalla banca avverso tale provvedimento veniva respinta, con sentenza riformata dalla Corte d'Appello di Venezia, secondo la quale la violazione dei limiti di finanziabilità del mutuo fondiario non comporta la nullità del contratto, sia perché l'art. 38, comma 2, d.lgs. 385/1993 non configura norma imperativa la cui violazione possa dare luogo a un'ipotesi di nullità virtuale, sia perché la medesima disposizione non sarebbe ricompresa nella previsione di cui all'art. 117, comma 8, d.lgs. 385/1993, che stabilisce la nullità dei contratti che abbiano un contenuto difforme da quello tipico determinato dalla Banca d'Italia.

La pronuncia di secondo grado veniva gravata con ricorso per cassazione, con il quale si lamentavano la violazione e la falsa applicazione dell'art. 38 d.lgs. 385/1993.

Poiché sulla questione relativa alle conseguenze del superamento del limite di finanziabilità del mutuo fondiario si erano formati, in seno alla giurisprudenza di legittimità, due orientamenti, la decisione del ricorso veniva rimessa alle Sezioni Unite della Corte di cassazione, chiamate a dirimere il contrasto.

SOLUZIONE

[1] [2] La Corte di Cassazione ha respinto il ricorso, affermando che dal superamento del limite di finanziabilità del mutuo fondiario non può derivare la nullità del contratto e la sua conversione in un mutuo ipotecario ordinario.

QUESTIONI

[1] Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono state chiamate a pronunciarsi sulla sorte del mutuo fondiario concesso per un importo che si riveli eccedente rispetto al limite di finanziabilità fissato – in rapporto al valore dei beni sui quali viene concessa ipoteca di primo grado a garanzia del rimborso o del costo delle opere da eseguire sugli stessi – dalla Banca

d'Italia in virtù di quanto previsto dall'art. 38, comma 2, d.lgs. 385/1993.

Con riferimento a tale questione, infatti, si erano formati due orientamenti.

Il primo e più risalente affermava che il superamento del limite di finanziabilità non comporta la nullità del contratto, giacché l'art. 38 d.lgs. 385/1993 non attribuisce alla Banca d'Italia un potere di carattere conformativo del contenuto tipico di un contratto, ma di mera specificazione di un elemento (il limite massimo di finanziabilità) di una clausola già tipizzata, sicché non rientra nell'ambito di previsione dell'art. 117, comma 8, d.lgs. 385/1993, che, a tutela del contraente debole, sanziona con la nullità l'inserimento di condizioni diverse da quelle imposte dalla Banca d'Italia, visto che il mutuatario ha tutto l'interesse a ottenere un finanziamento per un importo maggiore rispetto a quello consentito. La nullità del contratto sarebbe da escludersi, altresì, in ragione del fatto che la violazione dell'art. 38, comma 2, d.lgs. 385/1993 non investe il sinallagma contrattuale, ma esclusivamente il comportamento della banca.

Secondo l'orientamento affermatosi più di recente, invece, pur dovendosi escludere che la fattispecie di cui all'art. 38, comma 2, d.lgs. 385/1993 rientri tra quelle disciplinate dall'art. 117 d.lgs. 385/1993, la prescrizione del limite massimo di finanziabilità si inserisce comunque tra gli elementi essenziali del contratto di mutuo fondiario, venendo la sua violazione a incidere direttamente sull'oggetto del contratto, che assume una conformazione contrastante rispetto a quella delineata dal legislatore: poiché, in quest'ottica, la limitazione dell'importo del mutuo costituisce un limite inderogabile all'autonomia privata delle parti fissato nel superiore interesse della stabilità del sistema bancario, la sua inosservanza comporta la nullità del contratto.

Le Sezioni Unite dissentono da quest'ultima impostazione, sottoponendola a severa critica.

Essendo pacifico che la violazione dell'art. 38, comma 2, d.lgs. 385/1993 non può dare luogo a un'ipotesi di nullità testuale, in mancanza di un'espressa previsione normativa in tale senso, l'analisi dei giudici di legittimità si concentra sulla ravvisabilità di una fattispecie di nullità virtuale, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., ossia derivante dalla violazione di una norma avente carattere imperativo.

A questo proposito, le norme rilevanti sono quelle che si riferiscono alla struttura o al contenuto del regolamento negoziale delineato dalle parti, ovvero quelle inderogabili che attengono alla validità del contratto, con esclusione delle regole di comportamento. In altre parole, una norma è imperativa in quanto prescriva un contenuto, specifico e caratterizzante, inerente al sinallagma contrattuale e che debba ritenersi essenziale.

Non è questo il caso dell'art. 38, comma 2, d.lgs. 385/1993, che, assegnando alla Banca d'Italia il compito di determinare l'ammontare massimo dei finanziamenti concedibili, non introduce un ulteriore elemento costitutivo della fattispecie contrattuale, idoneo a modificarne la struttura, ma si riferisce più semplicemente alla specificazione di uno che è già presente e

rimane tale.

La natura non inderogabile e non imperativa della norma, secondo i giudici di legittimità, trova conferma, da un lato, nel fatto che il limite dell'ottanta per cento è superabile a fronte di garanzie integrative offerte dalla parte mutuataria e, dall'altro lato, nella mancanza di elementi testuali inequivocabilmente indicativi della volontà del legislatore di conformare il contenuto specifico del contratto (ivi compresa l'assenza di indicazioni sui criteri di stima del valore dell'immobile, cui è rapportato l'ammontare massimo del finanziamento). Inoltre, non rientrando nelle condizioni di carattere economico, l'indicazione del valore del bene offerto in garanzia o del costo delle opere non assurge al rango di requisito di forma prescritto *ad substantiam* (non essendone prescritta l'esplicitazione nel testo negoziale), costituendo ciò un ulteriore indice di esclusione della natura imperativa dell'art. 38, comma 2, d.lgs. 385/1993.

Alla medesima conclusione le Sezioni Unite pervengono anche rivolgendo l'attenzione all'interesse protetto, visto che la disposizione non ne tutela uno specifico del mutuatario, che non risente alcun pregiudizio a seguito della stipulazione di un contratto di mutuo eccedente il limite di finanziabilità (e il silenzio del legislatore risulta particolarmente significativo, soprattutto nell'ambito di un testo normativo che prevede svariate ipotesi di nullità di protezione ricollegate a specifiche violazioni della disciplina di settore); l'adeguatezza della garanzia reale, infatti, è circostanza che interessa esclusivamente il soggetto finanziatore, il quale, pertanto, potrà essere destinatario delle sanzioni irrogate dall'autorità di vigilanza per la violazione posta in essere concedendo un finanziamento non rispettoso dei limiti imposti, nonché delle pretese di carattere risarcitorio avanzate nei suoi confronti, qualora la sua condotta si sia rivelata dannosa per il soggetto finanziato o per i terzi.

In definitiva, tanto la struttura della norma, quanto le finalità che essa è diretta a perseguire, conducono a escluderne la natura imperativa.

Lo dimostra anche il fatto che, accedendo a una diversa lettura, si verificherebbe un'eterogenesi dei fini: se la fissazione del limite di finanziabilità è diretta a evitare la sovraesposizione del sistema bancario e ad assicurarne così la tenuta finanziaria, la nullità (e il conseguente travolgimento) del mutuo già erogato e il conseguente venire meno della garanzia ipotecaria andrebbe a pregiudicare proprio la stabilità patrimoniale dell'istituto mutuante; nel contempo, ne conseguirebbe, per il mutuatario, uno sproporzionato vantaggio (dal momento che, per il solo fatto di avere ricevuto una somma superiore a quella consentita, vedrebbe liberato il proprio immobile dalla garanzia reale), ma un altrettanto grave pregiudizio (visto che sarebbe obbligato a restituire immediatamente tutte le somme ricevute a prestito, perdendo così la possibilità di estinguere il mutuo secondo il piano di ammortamento previsto dal contratto).

I risultati paradossali ai quali conduce la tesi divisata ne dimostrano l'intrinseca fallacia.

[2] Per il caso in cui sia ravvisata la non conformità del mutuo fondiario al modello legale, le Sezioni Unite escludono la possibilità di riqualificare il contratto in termini di ordinario mutuo

ipotecario, con conseguente inapplicabilità della disciplina speciale di favore per l'istituto di credito.

Come evidenziato dai giudici di legittimità, una volta esclusa la nullità (totale o parziale) del finanziamento per superamento del limite di legge, non si può intervenire d'ufficio sugli effetti legali del contratto per neutralizzarli, facendo applicazione di un diverso modello negoziale – sebbene, al limite, appartenente allo stesso genere – non voluto dalle parti.

È vero che il giudice può qualificare il contratto prescindendo dalle espressioni utilizzate dai contraenti, ma tale attività non può estendersi fino al punto di andare oltre la loro volontà, travisandola, a meno che, essendo fondatamente contestata la validità del negozio, non ricorrano le condizioni per la sua conversione (art. 1424 c.c.). La riqualificazione giuridica del contratto, infatti, è un'operazione che presuppone la fedele interpretazione della volontà negoziale, come desumibile dalle dichiarazioni dei contraenti, volta a consentirle di produrre gli effetti programmati, mediante l'inquadramento della fattispecie concreta nel pertinente paradigma normativo, con conseguente allineamento del diritto alla fattispecie negoziale concreta. Al contrario, l'operazione non può essere diretta a correggere o integrare il regolamento di interessi stabilito dai contraenti, onde modificarlo e adeguarlo d'imperio a un diverso tipo, non corrispondente alla loro volontà comune, visto che ciò si tradurrebbe in un'inammissibile invasione del territorio dell'autonomia privata.

Per tali ragioni, quand'anche venga accertato il superamento del limite di finanziabilità, il mutuo resterà fondiario e non potrà essere riqualificato in ordinario mutuo ipotecario, ferme restando le conseguenze di carattere sanzionatorio e risarcitorio a carico dell'istituto di credito per la violazione del limite di finanziabilità.

Proprietà e diritti reali

Abuso edilizio del conduttore e ordine di demolizione non ottemperato: conseguenze a carico del proprietario

di **Ilaria Ottolina, Avvocato**

Master di specializzazione
DIRITTO IMMOBILIARE E REAL ESTATE
Scopri di più >

T.A.R. Campania, Salerno, sezione II, sentenza 05/12/2022, n. 3292

Locazione – abuso edilizio del conduttore – ordine di demolizione dell'ente comunale – inerzia del locatore – acquisizione pubblica del bene immobile e dell'area di sedime – legittimità – sussiste – oneri a carico del proprietario per evitare la confisca dell'immobile – mancata attivazione del proprietario – legittimità della confisca – sussiste.

Riferimenti normativi: D.P.R. 06/06/2001, n. 380, art. 31.

***Massima**: "… non è sufficiente che il proprietario dell'immobile abusivo non sia, come ivi dedotto, il responsabile dell'abuso edilizio, a fini acquisitivi del manufatto abusivo e della relativa area di sedime al patrimonio comunale, giusta l'orientamento giurisprudenziale consolidato, espresso, da ultimo nelle massime seguenti: "L'ordinanza di demolizione va correttamente indirizzata al responsabile dell'abuso e al proprietario; quest'ultimo, anche se non autore materiale dell'opera, una volta avvenuto a conoscenza dell'attività illecita svolta da terzi, deve attivarsi contro il responsabile per obbligarlo a rimuovere l'opera abusiva, e se ha la disponibilità del manufatto e dell'area, deve provvedere in proprio all'eliminazione dell'intervento edilizio* sine titulo*; in mancanza di ciò, peraltro, subisce certamente le conseguenze dell'inottemperanza, tra cui l'acquisizione del bene alla proprietà dell'ente locale"…"*

CASO

La sentenza in commento esamina il caso in cui il conduttore di un immobile compie sul bene un grave abuso edilizio, tale da comportare, quale conseguenza giuridica, un ordine di demolizione, da parte dell'ente comunale.

Accade, poi, che tale misura sanzionatoria non viene spontaneamente ottemperata, sicché

l'amministrazione pubblica, con determina dirigenziale, provvede ad acquisire gratuitamente al proprio patrimonio l'immobile abusivo e la relativa area di sedime.

Il proprietario dell'immobile impugna pertanto l'atto amministrativo dinanzi al Tribunale amministrativo regionale, adducendo che detto provvedimento non può produrre effetti giuridici anche nei suoi confronti, non avendo egli la materiale disponibilità dell'area in questione; a ciò si aggiunga, quale ulteriore vizio dell'atto, che esso non è stato preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento amministrativo, sede in cui il ricorrente (e proprietario dell'immobile confiscato) avrebbe potuto segnalare le circostanze impeditive all'acquisizione del bene.

Il Comune non si costituisce in giudizio.

SOLUZIONE

Il T.A.R. respinge il ricorso.

QUESTIONI GIURIDICHE

La decisione in commento declina la giurisprudenza relativa dell'attività che il proprietario di un immobile deve effettuare per evitare che, per colpa dell'illecito altrui (del conduttore, nel caso di specie ma, come si vedrà, anche di altri soggetti terzi), subisca la confisca da parte della pubblica amministrazione.

La norma in questione è l'**art. 31 del T.U. Edilizia (D.P.R. n. 380/2001)**: va premesso che, come specifica il primo comma, vengono in rilievo *"... interventi eseguiti in totale difformità dal permesso di costruire"*, oltreché del tutto mancanti del permesso di costruire, *"... che **comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, plano-volumetriche o di utilizzazione da quello oggetto del permesso stesso, ovvero l'esecuzione di volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto e tali da costituire un organismo edilizio o parte di esso con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile***" (comma 1).

Il terzo comma dell'art. 31 sancisce che *"**Se il responsabile dell'abuso non provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione**, il bene e l'area di sedime, nonché quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive **sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune**. L'area acquisita non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita"*.

Ebbene, nel caso di specie l'abuso edilizio è stato posto in essere dal conduttore, sottoposto peraltro a procedimento penale.

Il ricorrente proprietario, quale soggetto interessato all'annullamento dell'atto amministrativo che dispone la confisca, prospetta la tesi difensiva secondo la quale il provvedimento non può

spiegare gli effetti giuridici anche nei suoi confronti, attesa l'indisponibilità materiale del bene.

Il Giudice amministrativo riepiloga quindi le condotte che il ricorrente/proprietario avrebbe dovuto tenere per poter evitare l'acquisizione gratuita dei beni immobili al patrimonio dell'ente.

In particolare, **non è sufficiente – ma è necessaria – la totale estraneità del proprietario rispetto alla materiale esecuzione dell'opera abusiva**; **occorre, inoltre, che il soggetto in parola si attivi per porre in essere, anche autonomamente, tutte le attività necessarie alla tempestiva rimozione dell'abuso, anche qualora non si trovi nella effettiva disponibilità del bene**.

Nel caso contrario di inerzia o di insufficiente collaborazione con l'ente pubblico, anche il proprietario non detentore viene ritenuto responsabile dell'abuso e non può evitare la conseguenza giuridica (automatica) della confisca del bene.

A titolo esemplificativo, il Giudice amministrativo ha ritenuto responsabile – e, per l'effetto, destinatario legittimo della confisca – il proprietario (e detentore) di immobile abusivo che si sia limitato alla mera richiesta di demolizione, rivolta nei confronti della **ditta incaricata della ristrutturazione** da parte del proprietario medesimo[1].

In un altro caso, **il proprietario non detentore è stato ritenuto responsabile, in solido con il titolare del contratto di locazione**, per essersi limitato a prospettare al proprio inquilino la risoluzione del contratto, senza tuttavia dare seguito alla dichiarata intenzione[2]. La Corte di Cassazione, del resto, ha avuto modo di precisare che **l'incombenza dei doveri di gestione dominicale non è esclusa dalla circostanza della stipulazione del contratto di locazione**, in quanto tale negozio, se comporta il trasferimento al conduttore della disponibilità materiale e del godimento dell'immobile, non fa venire meno in assoluto, in capo al proprietario, i poteri e doveri di controllo, cura e vigilanza spettanti al locatore, il quale conserva un effettivo potere fisico sull'immobile locato (si pensi alla manutenzione straordinaria), con conseguente obbligo, sotto tutti i profili, di vigilanza sull'immobile[3].

Nel caso della sentenza in commento, era risultato che il proprietario, non detentore dell'immobile, non aveva provato di avere posto in essere alcuna attività atta a dimostrare di avere intrapreso iniziative idonee a costringere il responsabile – vale a dire il conduttore – a ripristinare lo stato dei luoghi: a propria discolpa, invero, il ricorrente si era limitato a produrre l'avviso di conclusione delle indagini preliminari a carico dell'inquilino.

Sotto altro profilo, benché si tratti di aspetto squisitamente amministrativo, si riferisce che il Giudice amministrativo in commento ha rigettato anche il motivo di ricorso fondato sull'asserita mancata comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo (art. 7, Legge n. 241/1990) anche nei confronti del proprietario, sede nella quale – secondo l'assunto della difesa – quest'ultimo avrebbe potuto far valere le proprie ragioni.

In realtà – precisa la sentenza in commento – **gli atti di repressione di abusi edilizi, in particolare i provvedimenti di acquisizione, sono atti vincolati**, che si configurano come assolutamente dovuti e consequenziali rispetto al precedente ordine di demolizione, sicché **non sono ammessi apporti partecipativi del soggetto destinatario**[4].

[1] T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 27/06/2022, n. 2094, in cui si legge che *"… l'ordinanza di demolizione va correttamente indirizzata al responsabile dell'abuso e al proprietario; quest'ultimo – nella presente fattispecie anche detentore del bene – anche se non autore materiale dell'opera, una volta venuto a conoscenza dell'attività illecita svolta da terzi, deve attivarsi contro il responsabile per obbligarlo a rimuovere l'opera abusiva, e se ha la disponibilità del manufatto e dell'area – come nel caso di specie -, deve provvedere in proprio all'eliminazione dell'intervento edilizio* sine titulo*; in mancanza di ciò, peraltro, subisce certamente le conseguenze dell'inottemperanza, tra cui l'acquisizione del bene alla proprietà dell'ente locale (cfr., ex plurimis, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 13 ottobre 2020, n. 1889; id., 4 luglio 2019, n. 1528; id., 21 gennaio 2019, n. 112; id., 3 novembre 2016, n. 2014; id., 16 marzo 2015, n. 728)"*; ancora, in questo senso, Consiglio di Stato, sez. VI, 26/01/2021, n. 1648

[2] Così T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 03/02/2021, n. 1431: *"… Pertanto è stato ritenuto che il proprietario incolpevole di abuso edilizio commesso da altri, che voglia sfuggire all'effetto sanzionatorio di cui all'art. 31 del D.P.R. n. 380 del 2001, come effetto della inottemperanza all'ordine di demolizione,* ***deve provare la intrapresa di iniziative idonee a costringere il responsabile dell'attività illecita a ripristinare lo stato dei luoghi nei sensi e nei modi richiesti dall'autorità amministrativa, con "azioni idonee"****, in quanto* ***"Se, per ipotesi, la proprietà potesse dissociarsi soltanto con mere dichiarazioni o affermazioni di dissociazione o con manifestazioni di intenti, senza alcuna attività materiale o almeno giuridica di attivazione diretta ad eliminare l'abuso (risoluzione iniziata giudiziariamente per inadempimento contrattuale, diffide ad eliminare l'abuso, attività materiali), la tutela dagli abusi rimarrebbe inefficace nei casi di locazione"*** *E rispetto a tale necessaria attività di dissociazione non è ritenuto sufficiente prospettare la risoluzione del contratto di locazione de quo "(Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2211/2015, Tar Valle d'Aosta, n. 63/2012; Tar Campania, n. 4141/2013; TAR Marche 363/2015).*

[3] Cass. civ., sez. III, 27/07/2011, n. 16422.

[4] Si legge infatti nella sentenza in commento che *"****L'acquisizione gratuita costituisce una misura di carattere sanzionatorio, che consegue automaticamente all'inottemperanza all'ordine di demolizione****; … **La necessità della previa comunicazione di avvio del procedimento riguarda essenzialmente i procedimenti culminanti nell'emanazione di un provvedimento di natura discrezionale, in relazione ai quali l'apporto conoscitivo e partecipativo del destinatario assume valenza sostanziale**, ma non può essere riferibile anche ai procedimenti relativi ad atti vincolati quali sono, in generale, gli atti di repressione degli abusi edilizi ed in particolare, il provvedimento di acquisizione…".*

Master di specializzazione
DIRITTO IMMOBILIARE E REAL ESTATE
Scopri di più >

Diritto successorio e donazioni

Il coerede che apporta miglioramenti al bene ereditario ha solo diritto al rimborso delle spese

di **Corrado De Rosa, Notaio**

Cassazione civile sez. VI, 17/01/2023, n. 1207 – LOMBARDO – Presidente – TEDESCO – Relatore

(C.c. artt. 1110, 1150, 713, 720, 728)

Massima: *"Il coerede, il quale abbia apportato miglioramenti al bene ereditario da lui posseduto, non può invocare la disciplina dell'art. 1150 c.c. – la quale attribuisce al terzo possessore di buona fede una indennità pari all'aumento di valore della cosa per effetto dei miglioramenti – ma, quale mandatario o utile gestore degli altri compartecipi alla comunione ereditaria, ha unicamente il diritto di essere rimborsato delle spese fatte per la cosa comune, dal momento che lo stato di indivisione riconduce all'intera massa i miglioramenti apportati dal coerede; ne consegue che al momento dell'attribuzione delle quote l'apporto si ripartisce, insieme con le spese, tra i vari condividenti, secondo il principio nominalistico."*

CASO

Nella causa di scioglimento di comunione tra i fratelli A.L. e A.L., A.L. pretendeva il rimborso delle spese sostenute per la manutenzione di uno degli immobili comuni. La Corte di Appello di Trieste, confermando la decisione del giudice di primo grado, negava che A.L. potesse chiedere il rimborso di tali spese e ciò in base al rilievo che le spese stesse erano state sostenute per l'immobile già adibito ad abitazione del medesimo A.L., nella prospettiva dell'attribuzione del cespite a lui in sede di divisione, poi effettivamente realizzatasi, così non ricorrendo l'ipotesi delle spese sostenute nell'interesse comune.

A.L. propone ricorso denunciando che le ragioni indicate dalla Corte di Appello lasciavano fermo il fatto giustificativo del rimborso e cioè che il singolo compartecipe avesse sostenuto la spesa di manutenzione durante lo stato di indivisione e che pertanto avesse diritto al rimborso di tali spese.

A.L. resiste con controricorso.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione ritiene il motivo fondato.

In primo luogo rileva che nel caso di specie non possa trovare applicazione la disciplina dell'art. 1150 c.c. la quale riserva al coerede, il quale abbia apportato miglioramenti al bene ereditario da lui posseduto, quale terzo possessore di buona fede, un'indennità pari all'aumento del valore della cosa per effetto dei miglioramenti, ma viceversa che debba trovare applicazione il principio per cui il comunista, quale mandatario o utile gestore degli altri compartecipi alla comunione ereditaria, ha unicamente il diritto di essere rimborsato delle spese fatte per la cosa comune, dal momento che lo stato di indivisione riconduce all'intera massa i miglioramenti apportati dal coerede. Da ciò ne consegue che al momento dell'attribuzione delle quote l'apporto si ripartisce, insieme con le spese, tra i vari condividenti, secondo il principio nominalistico.

In secondo luogo la Corte rileva che, nel giudizio di divisione ereditaria di un bene riscontrato non divisibile, le migliorie apportate da uno dei condividenti vengono a far parte dello stesso per il principio dell'accessione, con la conseguenza che di esse deve tenersi conto non solo ai fini della stima del bene medesimo, ma anche della determinazione delle quote e della liquidazione dei conguagli.

La Corte ritiene inoltre infondato il timore, espresso dalla Corte di Appello, per cui, qualora il rimborso fosse stato frutto di un accordo, l'altro condividente sarebbe penalizzato a favore dell'altro se risultasse assegnatario di un bene in stato di manutenzione peggiore. Tale timore non avrebbe ragion di esistere in virtù del fatto che il valore dell'attribuzione del bene è pur sempre quello effettivo, derivante dai miglioramenti o dallo stato deteriore di esso, il che esclude in radice la possibilità di ingiusti arricchimenti o depauperamenti.

Indifferente per la Corte anche che le spese siano state sostenute per un bene in possesso esclusivo o di uno dei coeredi o per un bene oggetto di compossesso.

Per tutte queste ragioni la Corte di Cassazione accoglie il ricorso e cassa l'ordinanza impugnata.

QUESTIONI

La Corte di legittimità, con l'ordinanza in esame, torna a pronunciarsi sul tema del rimborso spese sostenute dal compartecipe alla comunione ereditaria, di fatto non allontanandosi dal suo orientamento precedente e ribadendo gli enunciati principi di diritto.

Il nostro Legislatore da una parte prevede che il partecipante alla comunione che, per trascuranza degli altri partecipanti o dell'amministratore, ha sostenuto spese necessarie per la

conservazione della cosa comune, abbia diritto al rimborso delle stesse (art. 1110 c.c.), dall'altra parte prevede che il possessore del bene abbia diritto al rimborso delle spese fatte per le riparazioni straordinarie, nonché al diritto di indennità per i miglioramenti recati alla cosa, purchè sussistano al tempo della restituzione (1150 c.c.). In più si prevede che, per il possessore di buona fede, come di fatto è il compartecipe alla comunione, l'indennità debba essere corrisposta nella misura dell'aumento di valore conseguito dalla cosa per effetto dei miglioramenti.

Partendo dalla normativa civilistica in materia e dalla stessa definizione di migliorie come opere che, con trasformazioni o sistemazioni diverse, apportano al bene un aumento di valore, accrescendone il godimento, la produttività e la redditività, senza presentare una propria individualità rispetto alla cosa in cui vanno ad incorporarsi e potenziando la stessa *res* qualitativamente (cass. 21223/2014), la dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla sorte dei miglioramenti e sul conseguente diritto al rimborso integrale o pro quota.

Quanto alla sorte dei miglioramenti apportati alla cosa comune non divisibile da parte di uno dei condividenti la dottrina e la giurisprudenza sembrano unanimi nel riconoscere che tali miglioramenti vengono a far parte dello stesso bene per il principio dell'accessione. La stessa corte di legittimità, con sentenza a sezioni unite, sul punto ha ribadito che anche nel caso di "*costruzione eseguita dal comproprietario sul suolo comune*" la stessa "*diviene, per accessione, ai sensi dell'art. 934 c.c., di proprietà comune agli altri comproprietari*", i quali "*sono tenuti a rimborsare al comproprietario costruttore, in proporzione delle rispettive quote di proprietà, le spese sostenute per l'edificazione dell'opera*" (cass., ss. uu., n. 3873/2018).

Se, come affermato dalla Suprema Corte, i miglioramenti diventano parte del bene da dividere allora si dovrà procedere alla divisione tenendo conto di tali miglioramenti non solo ai fini della stima del bene, ma anche della determinazione delle quote e della liquidazione dei conguagli (cass. n. 12345/1991). Non si escluderebbe però, come sostenuto dalla dottrina minoritaria, che la divisione possa aver luogo in base al valore che il bene aveva prima dei miglioramenti, restituendo i miglioramenti separatamente.

Risolta tale questione e indipendentemente dalla modalità di divisione accolta, la dottrina si è interrogata sulle modalità di restituzione dei miglioramenti. Richiamando Cass. SS. UU. n. 3873/2018 e Cass. n. 21223/2014 sembra evidente che, anche in base al principio per cui i miglioramenti non presenterebbero una propria individualità rispetto alla "res" in cui vanno ad incorporarsi, l'eventuale restituzione dei miglioramenti non possa essere integrale ma solo pro quota. Colui che ha effettuato il miglioramento riceverà, in altri termini, solo le quote degli altri condividenti, non potendo chiedere il rimborso dell'intero valore, ma solo, proporzionalmente, delle quote altrui.

Altra questione, a cui la sentenza in esame ha dato risposta ribadendo i precedenti orientamenti, è se il rimborso del miglioramento – anche se pro quota – abbia ad oggetto la spesa sostenuta per eseguire il miglioramento oppure l'incremento di valore del bene dopo il miglioramento. Il principio di diritto più volte affermato è che il coerede che sul bene comune

da lui posseduto abbia eseguito delle migliorie può pretendere, in sede di divisione, non l'applicazione dell'articolo 1150 c.c. – secondo cui è dovuta un'indennità pari all'aumento di valore della cosa in conseguenza dei miglioramenti – ma, quale mandatario o utile gestore degli altri eredi partecipanti alla comunione ereditaria, il rimborso delle spese sostenute per la cosa comune, esclusa la rivalutazione monetaria, trattandosi di debito di valuta e non di debito di valore. (cfr. Cass. n. 6982/2009, Cass. n. 16206/2013, Cass. 5135/2019).

La Corte di legittimità risolve perciò la questione nel senso di escludere l'applicazione dell'art. 1150 c.c., escludendo quindi il diritto a chiedere un'indennità pari all'aumento del valore della cosa in conseguenza dei miglioramenti: ciò sul presupposto che il coerede, compartecipe alla comunione, svolgerebbe le funzioni di semplice mandatario o gestore della comunione, avendo unicamente il diritto di chiedere il rimborso spese. Sarebbe perciò indifferente che le spese siano state sostenute per un bene in possesso esclusivo di uno dei coeredi o per un bene oggetto di compossesso.

Quanto detto porta a concludere che non vi sia necessaria coincidenza tra l'ammontare delle somme che possono essere richieste a titolo di rimborso e gli effetti delle migliorie eseguite sulla stima del bene che (conforme Cass. 6982/2009).

Diritto e reati societari

È revocabile ex art. 2901 c.c. il patto di famiglia mediante il quale debitore cede la totalità delle proprie quote sociali in danno al creditore

di **Francesca Scanavino, Dottoressa in legge e Assistente didattico presso l'Università degli Studi di Bologna**

Cassazione Civile, Sezione III, Sentenza n. 1228 del 17 gennaio 2023

Parole chiave: patto di famiglia – revocatoria – cessione di quota – titolo esecutivo – s.n.c. – scioglimento – liquidazione – esecuzione – conservazione –

Massima: *"Il creditore, che abbia ottenuta la dichiarazione di inefficacia nei suoi confronti dell'atto di cessione della quota di società in nome collettivo compiuto dal suo debitore, può promuovere nei confronti del cessionario le azioni esecutive, se munito titolo esecutivo, o conservative aventi ad oggetto il credito risultante dalla liquidazione della quota".*

Disposizioni applicate: articoli 768-*bis* c.c., art. 2901 c.c. e art. 2902 c.c.

Alfa, esponendo di vantare un credito per l'importo di Euro 900.000,00 nei confronti Tizio, ha convenuto in giudizio Tizio, Caio e Sempronio, proponendo azione revocatoria rispetto ad un patto di famiglia *ex* art. 768-*bis* c.c. mediante il quale Tizio aveva trasferito a titolo gratuito, in favore di Caio e Sempronio, le quote rappresentanti il 51% del capitale sociale di una S.n.c..

Il Tribunale adito ha dichiarato inammissibile la domanda per la non assoggettabilità ad azioni esecutive della quota della società in nome collettivo.

Alfa ha impugnato detta sentenza innanzi alla Corte d'appello di Venezia, la quale ha accolto l'appello, dichiarando che il patto di famiglia era da considerarsi inefficace nei confronti dell'appellante. Al riguardo, la Corte d'appello ha affermato che ***(i)*** benché le partecipazioni sociali non siano suscettibili di esecuzione forzata fino alla scadenza della società (o alla sua liquidazione, ove antecedente alla scadenza), tale limitazione consiste unicamente in una

sospensione della possibilità di agire in *executivis*, fermo restando la reviviscenza del diritto stesso al verificarsi alla scadenza o alla liquidazione della società e che ***(ii)*** la soddisfazione del creditore Alfa poteva trovare immediata tutela con riferimento agli utili del socio ed alla sua stessa quota nel caso di alienazione a terzi.

Tizio, Caio e Sempronio hanno proposto ricorso innanzi alla Corte di Cassazione, la quale, pur rigettando il ricorso, ha corretto in parte la motivazione della sentenza impugnata, per il resto conforme a diritto.

La Suprema Corte ha infatti affermato che:

A) è indubbio il fatto che la quota della società in nome collettivo del socio debitore è inespropriabile prima dello scioglimento della società, ma che, d'altra parte, la stessa quota diventa espropriabile quando sia stato deliberato lo scioglimento della società e compiuta la liquidazione o, comunque, una volta che sia stata liquidata la quota del socio debitore (per lo scioglimento del rapporto sociale limitatamente a costui);

B) l'azione revocatoria, il cui effetto è la possibilità di promuovere nei confronti del cessionario le azioni esecutive o conservative sul bene oggetto dell'atto impugnato (art. 2902 c.c.), è funzionale al compimento degli atti esecutivi una volta che la quota sia diventata espropriabile per effetto della liquidazione;

C) il creditore del socio che abbia ceduto la propria quota, una volta che abbia ottenuto la dichiarazione di inefficacia nei suoi confronti dell'atto di disposizione ai sensi dell'art. 2901 c.c., ove risulti perfezionata la liquidazione della quota può compiere le azioni esecutive (se munito di titolo esecutivo) o conservative aventi ad oggetto il credito corrispondente alla somma di denaro rappresentante il valore della quota. La conservazione della garanzia patrimoniale si realizza qui come reintegrazione del valore del bene uscito dal patrimonio del debitore; e

D) infine, diversamente da quanto affermato dalla Corte d'Appello, il creditore di un socio che abbia ceduto la propria quota non può far valere i suoi diritti sugli utili spettanti al debitore finché dura la società né può compiere gli atti conservativi sulla quota spettante nella liquidazione, perché trattasi di facoltà estranea agli effetti dell'azione revocatoria previsti dall'art. 2902 c.c..

Alla luce di tali considerazioni, la Corte di Cassazione ha quindi enunciato il seguente principio di diritto: "*il creditore, che abbia ottenuta la dichiarazione di inefficacia nei suoi confronti dell'atto di cessione della quota di società in nome collettivo compiuto dal suo debitore, può promuovere nei confronti del cessionario le azioni esecutive, se munito titolo esecutivo, o conservative aventi ad oggetto il credito risultante dalla liquidazione della quota*".

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

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Le misure protettive e cautelari quale bilanciamento tra gli interessi del ceto creditorio e la redditualità dell'impresa in crisi

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

Tribunale di Roma, 21 novembre 2022

Parole chiave: Misure protettive e cautelari – Requisiti – Funzionalità – Composizione negoziale della crisi – Prospettiva di risanamento

Massima: *"Le misure di protezione di cui all'art. 18 hanno la funzione di evitare che l'iniziativa di un singolo creditore possa pregiudicare lo svolgimento delle trattative e provocare la dispersione delle potenzialità economiche dell'impresa anche per il tramite e con l'apporto di finanza esterna.*

Il Tribunale nel confermare le misure protettive previste dall'art. 18 del C.C.I. deve bilanciare gli interessi del ceto creditorio e di quelli ordinamentali alla conservazione del valore e delle potenzialità reddituali dell'impresa in crisi e che il sistema disegnato dal nuovo codice della crisi d'impresa, peraltro, consente non solo di valutare dinamicamente la meritevolezza e funzionalità delle misure di protezione ma anche di intervenire tempestivamente sulla loro rimozione o rimodulazione qualora come previsto dall'art. 19, comma 6 esse non soddisfanpo l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o appaiono sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori istanti".

Disposizioni applicate: artt. 18 – 19 D.lgs 14/2019 – art. 23 D.lgs 14/2019

Torna il Tribunale di Roma ad esaminare funzionalità ed impatto delle misure protettive all'interno di un percorso di composizione negoziata della crisi e lo fa, nella fattispecie che qui interessa, contemperando l'equilibrio tra tutela del ceto creditorio e fiducia alla prosecuzione dell'attività dell'impresa in crisi.

Nel caso qui in esame, la richiesta tempestivamente presentata nel pieno rispetto dei dettami normativi, chiede la conferma di tali misure a copertura da una parte della definizione degli

ultimi accordi con i creditori, così come previsto dall'art. 23 C.C.I. e dall'altra a protezione della continuità aziendale, perpetrata non solo attraverso l'effettivo esercizio dell'attività d'impresa, ma altresì dal necessario trasferimento della sede operativa altrove. Solo la continuità aziendale infatti, può garantire l'effettiva soddisfazione dei creditori all'interno della prospettazione di risanamento e, parallelamente, solo l'effettiva individuazione di un nuovo locale ove proseguire l'attività d'impresa con conseguente effettivo recupero della capacità reddituale dell'impresa possono consentirne la riorganizzazione.

CASO E SOLUZIONE

Con istanza depositata nel settembre 2022, Alfa srl chiedeva l'accesso alla composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa ai sensi dell'art. 12 e ss C.C.I.

Nominato il professionista, provvedeva nel rispetto dei termini del giorno successivo alla pubblicazione nel registro delle imprese dell'istanza di applicazione delle misure ex art. 19 co. 1 C.C.I. e dell'accettazione dell'esperto, a depositare ricorso avanti il tribunale competente, affinchè venissero concesse le misure volte a vietare ai creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio e sui beni e diritti di Alfa s.r.l. attraverso i quali veniva esercitata l'attività d'impresa; vietare ai creditori di acquisire diritti di prelazione salvo fossero concordati con l'imprenditore; vietare alle controparti di risolvere i contratti in essere in quanto funzionali alla continuità d'impresa.

Depositava inoltre le allegazioni richieste, ivi comprese memoria e pareri in previsione dell'udienza fissata dal Tribunale al fine della conferma delle misure.

Esaminato il parere del professionista esperto, valutati i prospetti di perdita ed il piano di ristrutturazione diretto a soddisfare mediante continuità aziendale e finanza esterna, l'integrale soddisfazione di tutti i creditori; valutato che l'effettiva concessione della misura protettiva richiesta sarebbe concretamente funzionale alla verifica dell'effettiva continuità aziendale e temporalmente necessaria al fine di definire gli accordi con il creditore finanziario AGE; valutata la concreta attività di risanamento medio tempore effettuata da Alfa s.r.l. e consapevole del delicato compito valutativo gravante sul Tribunale – conteso tra l'immediata prospettiva liquidatoria e la prospettata alternativa negoziale – nel rispetto pieno dell'obbligo di un miglior soddisfacimento del ceto creditorio e con accurata attenzione al bilanciamento degli interessi contrapposti, concedeva le misure inibitorie di cui all'art. 19 C.C.I. ivi comprese quelle esecutive mobiliari sui beni mobili funzionali all'esercizio dell'impresa.

QUESTIONI APPLICATE NELLA PRATICA

Numerose ed in crescita le pronunce di merito in ambito di misure protettive e cautelari in un crescere di valutazione del grado di affidabilità del debitore nella scala dell'effettivo risanamento dell'impresa e correlate alla necessaria tutela di un ceto creditorio, già gravato dall'effettiva crisi del debitore.

In merito alla funzionalità delle misure protettive e cautelari

Le misure protettive e cautelari risultano uno strumento temporaneo a favore dell'imprenditore, volto ad evitare la dispersione dei valori dell'impresa necessari al percorso di ristrutturazione.

In particolare, le misure protettive richieste ai sensi dell'art. 18 C.C.I. permettono all'imprenditore che ne ottiene la concessione, di tutelarsi dalle azioni individuali preferibilmente od esclusivamente di natura esecutiva nei confronti di beni mobili ed immobili necessarie alla concretizzazione della prospettiva di ristruttirazione, quand'anche la stessa fosse riferibile ad una prosecuzione di attività aziendale, cautelandolo dall'iniziativa dei propri creditori in quella fase iniziale o per quell'aspetto particolare funzionale alla chiusura del proprio prospetto di ristrutturazione.

La portata normativa per garantire il rispetto della procedura, determinata e decadenziale nei contenuti e nei tempi di richiesta, impone al creditore, al fine di vedersi riconosciuti tali benefici, di dar prova dell'effettiva prospettazione di ristrutturazione attraverso la corretta allegazione indicata.

Se sino all'ottobre 2022 (Tribunale di Roma, 10 ottobre 2022 est. La Malfa) requisito per l'accoglimento della richiesta doveva essere la fattibilità del piano di risanamento, l'evolversi del merito di un solo mese, ha portato ad una più severa lettura del dettato normativo, dato dalla richiesta, come rivela la presente decisione, non solo della fattibilità prospettica del risanamento, ma altresì dell'effettiva concretizzazione del percorso, confermato dal compiersi di passi verso l'obiettivo indicato.

Tale più severa lettura sembrerebbe voler ridurre l'iniziativa perpetrata da alcuni imprenditori incerti, attraverso domande infondate volte ad acquisire tempo talvolta non esclusivamente necessario alla ristrutturazione.

In particolare, la valutazione offerta dal Tribunale di Roma è nella prospettiva di analizzare ogni singola inibitoria rapportandola all'effettiva concretizzazione dello step di risanamento.

L'esame svolto a favore di Alfa s.r.l. ha dato conferma che le operazioni numericamente enunciate nel piano di ristrutturazione, se rivalutate attraverso la disponibilità economica garantita dalla concessione delle misure protettive, permettono il raggiungimento dell'obiettivo prefissato nel piano. E così parimenti l'analisi in termini di durata della concessione dell'inibitoria, trova corrispondenza nella valutazione che la tempistica indicata come necessaria all'individuazione di un nuovo immobile ove proseguire l'attività d'impresa e alla conclusione degli ultimi accordi con i creditori, effettivamente corrispondono a tempi e termini di mercato.

In merito alla concreta attibilità del piano di risanamento

Che la composizione negoziata della crisi sia uno strumento normativo capace di favorire la ristrutturazione dell'impresa dell'imprenditore accorto che tempestivamente ne ravvisi i requisiti e le criticità è definizione nota. Che il percorso di ristrutturazione necessiti di essere definito e compiuto in sede di richiesta della concessione delle misure protettive invece è requisito introdotto con il consolidamento della giurisprudenza di merito (contrariis Tribunale di Verona 4 ottobre 2022, est, Rizzuto).

Le prime pronunce infatti, consideravano satisfattiva della richiesta di effettiva ristrutturazione, la prospettazione indicata nel piano ed ancora non del tutto iniziata. La declaratoria di intenti di cui al progetto di recupero aziendale poteva ritenersi satisfattiva, se corredata dei documenti a sostegno delle proprie dichiarazioni, delle pretese di ristrutturazione necessarie ai fini della concessione delle misure protettive e cautelari.

Non si deve dimenticare che la domanda di concessione delle misure protettive e cautelari può anche non risultare necessaria e quindi non accompagnare l'istanza di accesso alla composizione negoziata. Quando invece viene presentata, l'automatic stay che ne consegue con conseguente compressione dei diritti del ceto creditorio, deve trovare adeguato e corrispondente contemperamento nell'effettivo percorso di risanamento dell'impresa.

Poiché al tribunale investito della conferma della concessione di tali misure spetta la tutela del ceto creditorio, così come parimenti il sostegno alla prosecuzione dell'attività d'impresa, ove questa possa portare al risanamento dell'imprenditore, la certezza del percorso di recupero deve essere effettiva.

L'effettività oggi sembrerebbe garantita non solo dal progetto economico – finanziario capace di confermare l'adeguatezza alla continuità d'impresa e la possibilità di riuscita, ma altresì dal comportamento dell'imprenditore, il quale in attesa della conferma di inibitoria già provveda a porre in essere tutti quegli atti (conclusione di accordi con i creditori, valutazioni numeriche, ricerca delle sedi aziendali) capaci di dimostrare la concretizzazione del percorso di risanamento; nonché dall'analisi del tribunale medesimo, che deve nel confronto tra sacrificio del ceto creditorio e quindi compressione del diritto e beneficio a favore del debitore trovare equilibrio e corrispondenza.

Concludendo

È nell'applicazione della regola dell'equilibrio che il tribunale deve concedere le misure protettive e cautelari a sostegno dell'opera di risanamento dell'imprenditore. Nota la compressione imposta al ceto creditorio e consapevole – per averne concretamente valutato gli effetti positivi – che la concessione potrà effettivamente portare ad una soluzione di ristrutturazione capace di qualificarsi come migliorativa rispetto alla prospettiva liquidatoria e sicuramente di più immediata applicazione. La prospettiva di integrale soddisfazione di tutti i creditori inoltre comporta l'automatica individuazione di quell'equilibrio tra diritto inibito e concessione garantita.

Seminari di specializzazione
RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI ERARIALI NEL "NUOVO" DIRITTO DELLA CRISI D'IMPRESA
Scopri di più >

Diritto Bancario

La Delibera CICR 9 febbraio 2000: art. 6 (trasparenza contrattuale)

di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

L'art. 6 della Delibera CICR 9.2.2000 stabilisce che i contratti relativi alle operazioni di raccolta del risparmio e di esercizio del credito stipulati dopo la sua entrata in vigore devono indicare la periodicità di capitalizzazione degli interessi e il tasso di interesse applicato (TAN); nei casi in cui sia prevista una capitalizzazione infrannuale, deve essere inoltre indicato il valore del tasso, rapportato su base annua, tenendo conto degli effetti della capitalizzazione (TAE).

Il rispetto della previsione normativa è assicurato verificando se la capitalizzazione degli interessi creditori e debitori sia avvenuta secondo le medesime modalità, e quindi se il TAE creditore è maggiore del TAN creditore, come sempre avviene nel TAE debitore rispetto al TAN degli interessi passivi (Trib. Roma 16.11.2016; Trib. Agrigento 18.10.2016; Trib. Grosseto 2.7.2006 n. 1431; Trib. Reggio Emilia, 7.1.2019 n. 7603).

La predetta disposizione, che riguarda i contratti stipulati dal 22 aprile 2000, non è stata reiterata dalla attuale Delibera CICR 3.8.2016 (avendo la stessa eliminato le capitalizzazioni infrannuali).

Nei contratti di conto corrente stipulati dopo l'entrata in vigore della Delibera CICR 9.2.2000 tre sono, in definitiva, i requisiti di legittimità della pattuizione: *1*) pari periodicità nella liquidazione degli interessi debitori e creditori; *2*) indicazione, oltre che del tasso nominale, anche del tasso effettivo su base annua, in relazione agli effetti della capitalizzazione infrannuale; *3*) specifica approvazione per iscritto da parte del cliente della clausola (in arg. Cass. n. 17634/2021).

La Cassazione (Cass. n. 4321/2022) ha chiarito che la previsione, nel contratto di conto corrente stipulato nella vigenza della delibera CICR 9 febbraio 2000, di un tasso di interesse creditore annuo nominale (TAN) coincidente con quello effettivo (TAE) non dà ragione della capitalizzazione infrannuale dell'interesse creditore, che è richiesta dall'art. 2 della delibera, e

non soddisfa, inoltre, la condizione posta dall'art. 6 della delibera stessa, secondo cui, nei casi in cui è prevista una tale capitalizzazione infrannuale, deve essere indicato il valore del tasso, rapportato su base annua, tenendo conto degli effetti della capitalizzazione (con tassi minimali la capitalizzazione è percepibile soltanto dopo alcuni decimali: hanno ritenuto rispettata la previsione normativa, artt. 2 e 6 Delibera CICR 9.2.2000, per essere la capitalizzazione percepibile (TAE) dopo molti decimali Trib. Benevento 10.1.2019 n. 48 e 17.5.2019 n. 857; Trib. Torino 5.10.2021 n. 4473).

In riferimento ai contratti di mutuo non è previsto da alcuna norma primaria o secondaria l'obbligo di indicare in contratto il TAE. Il predetto art. 6 Delibera CICR 9.2.2000 prevede infatti la necessità di indicare in contratto « il valore del tasso, rapportato su base annua, tenendo conto degli effetti della capitalizzazione » nei casi in cui sia stata prevista una capitalizzazione infrannuale; tale disposizione è ritenuta dalla prevalente giurisprudenza non applicabile ai contratti di mutuo, sul presupposto che non ricorre una operazione di capitalizzazione degli interessi (come avviene nei conti correnti), ma solo un frazionamento dell'obbligazione restitutoria con periodicità infrannuale (Trib. Milano 16.10.2018; App. Torino 5.5.2020; App. Venezia 1.6.2022 n. 1369; Trib. Ferrara 9.1.2023; ABF Bologna n. 3879/2022; v. anche ABF Bologna n. 25502/2021; ABF Bari n. 142/2019; ABF Roma n. 18299/2019).

Diritto del Lavoro

L'eccezione di prescrizione presuntiva del credito sollevata dal curatore fallimentare e la deferibilità a quest'ultimo del giuramento decisorio in fase di opposizione ex art. 98 L. Fall.

di **Elisa Pirrotta, Avvocato**

Master di specializzazione
RAPPORTI DI LAVORO SUBORDINATO NEL CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA E DELL'INSOLVENZA
Scopri di più >

Cassazione civile sez. I, ordinanza interlocutoria 11 novembre 2022, n. 33400

Istanza di ammissione al passivo – eccezione di prescrizione presuntiva ex *art. 2956, n. 2, c.c. – opposizione allo stato passivo* ex *art. 98 L. Fall. – deferibilità al curatore del giuramento decisorio – deferibilità del solo giuramento* de scientia *o* de notitia *– conseguenze della dichiarazione di non essere a conoscenza dell'avvenuta estinzione del debito fatta dal curatore fallimentare*

CASO

Con ordinanza interlocutoria dell'11 novembre 2022, la sezione prima della Corte di Cassazione ha trasmesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione della causa alle Sezioni Unite in ordine alle seguenti articolate questioni di massima di particolare importanza, concernenti: **a)** la legittimazione del curatore fallimentare a sollevare, nell'ambito del giudizio di accertamento del passivo fallimentare, l'eccezione di prescrizione presuntiva (*ex* art. 2956, n. 2, c.c.) in quanto parte processuale *ex* art. 95, co. 1, L. Fall., o, in alternativa, la legittimazione del curatore fallimentare di proporre tale eccezione quale "terzo interessato" *ex* art. 2939 c.c.; **b)** se il creditore fallimentare, in conseguenza dell'eccezione sollevata, possa deferire giuramento *ex* art. 2960, co. 1, c.c., o se l'art. 2739 c.c. e l'art. 2737 c.c. (che per la capacità di deferire o riferire il giuramento rinvia all'art. 2731 c.c. in tema di confessione) ostano alla prestazione del giuramento decisorio da parte del curatore fallimentare in quanto terzo privo della capacità di disporre del diritto; **c)** se, ove si escluda la deferibilità del giuramento su fatto non "proprio" (c.d. giuramento *de veritate*), al curatore fallimentare possa essere comunque deferito il giuramento sulla conoscenza che egli abbia avuto dei fatti in considerazione delle interlocuzioni tra curatore e fallito imposte dagli artt. 16, comma 1, n. 3), e 49 L. Fall., la cui inosservanza è penalmente sanzionata (art. 220 L. Fall.), e se, in tal caso, si tratti del c.d. giuramento *de scientia*, *ex* art. 2739, co. 2, c.c., o piuttosto del c.d. giuramento *de*

notitia, *ex* art. 2960, co. 2, c.c., norma in tesi applicabile analogicamente; **d)** se, una volta ammesso il giuramento *de scientia* o *de notitia*, la dichiarazione del curatore di non essere a conoscenza dell'avvenuta estinzione del debito equivalga a prestazione favorevole al giurante, lasciando in vita la presunzione di pagamento, o assuma invece gli effetti del rifiuto del giuramento, favorevole al creditore come avviene nel giuramento *de veritate*.

La causa sottoposta all'esame della Corte prende le mosse dall'opposizione promossa contro il parziale rigetto della domanda di ammissione al passivo dei crediti per le prestazioni professionali rese dall'avvocato opponente in favore della società *in bonis*, rigetto fondato sull'accoglimento, da parte del giudice delegato, dell'eccezione di prescrizione presuntiva triennale sollevata dal curatore ai sensi dell'art. 2956 c.c.

Il Giudice dell'opposizione aveva poi, da un lato, dato rilievo al mancato deferimento del giuramento decisorio del curatore indicandolo come "l'unico strumento processuale" idoneo a vincere l'eccezione di prescrizione presuntiva, e dall'altro, aveva negato l'ammissione dell'interpello formale del curatore in quanto "privo della conoscenza diretta" del fatto estintivo e "privo del potere di disporre del diritto".

QUESTIONI

Le questioni sollevate dalla prima sezione della Corte di Cassazione e gli orientamenti giurisprudenziali delle diverse sezioni succedutisi nel tempo

Le quattro questioni sollevate dalla prima sezione della Corte di Cassazione possono essere esaminate congiuntamente in quanto l'indagine sottesa al loro esame attiene alla necessità di coniugare in chiave sistematica gli indirizzi giurisprudenziali formatisi nel tempo con la valenza generale dell'istituto della prescrizione presuntiva cui a sua volta è correlato l'altrettanto generale istituto del giuramento decisorio, indirizzi recentemente rovesciati dalla sentenza della prima sezione della Corte di Cassazione del 27 giugno 2022, n. 20602, sentenza da cui muove, infatti, la sezione rimettente ritenendo, appunto, necessario l'intervento delle Sezioni Unite sul punto.

L'attribuzione al curatore fallimentare della legittimazione a proporre l'eccezione di prescrizione presuntiva del credito a titolo di "parte processuale" o di "terzo interessato" ha inevitabilmente riflessi sulla deferibilità o meno al curatore del giuramento decisorio e dunque sugli effetti che possono derivare dall'eventuale dichiarazione di questo, nell'ambito del giudizio di opposizione, di "non essere a conoscenza dell'estinzione del credito".

La questione è stata nel tempo variamente affrontata dalla Corte di Cassazione che di volta in volta ha affrontato singolarmente gli aspetti dell'articolata fattispecie.

Quanto alla legittimazione del curatore a sollevare l'eccezione in commento, una parte più cospicua della giurisprudenza ha sempre ritenuto applicabile l'art. 2960, co. 2, c.c., che in caso di decesso del debitore (fattispecie spesso assimilata al fallimento) ammette la delazione del

giuramento al coniuge superstite e agli eredi (c.d. giuramento *de notitia*) con la conseguenza che <<*la dichiarazione di ignorare i fatti non importa rifiuto di giurare, bensì giuramento in senso negativo, per cui la lite va decisa in senso favorevole al giurante*>>, ossia tale dichiarazione <<*non comporta il rigetto dell'eccezione di prescrizione presuntiva*>> (*ex plurimis*, Cass. 23 marzo 2010, n. 6940, Cass. 22 giugno 2020, n. 12044).

Con sentenza del 27 giugno 2022, n. 20602, la prima sezione della Corte di Cassazione ha parzialmente ribaltato l'orientamento appena citato in quanto ha ritenuto, sì, non deferibile al curatore fallimentare il giuramento decisorio ma solo quello *de scientia*, ricollegando però alle dichiarazioni rese nell'ambito del giuramento *de scientia* gli effetti propri del giuramento decisorio: <<*A fronte dell'insinuazione al passivo fallimentare di un credito maturato in forza di un rapporto riconducibile alla previsione dell'art. 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*>> e ancora <<*la dichiarazione del curatore di non sapere se il pagamento sia avvenuto o meno costituisce mancato giuramento, dovendo egli subire le conseguenze dell'affermazione dell'estinzione del debito implicita nella sollevata eccezione di prescrizione presuntiva*>> (Cass. 27 giugno 2022, n. 20602).

Più coerente sembrerebbe – dal punto di vista formale – la giurisprudenza precedente (e sopra richiamata) secondo cui, posta l'applicabilità analogica dell'art. 2960, co. 2, c.c. anche al curatore fallimentare sulla scorta dell'assunto secondo il quale l'elencazione dei soggetti contemplati è <<*meramente esemplificativa (..) volendo il legislatore fare riferimento alla più ampia categoria dei soggetti che possono avere avuto notizia dell'estinzione del diritto di credito*>>, e tale è il curatore in forza degli obblighi informativi imposti al fallito, <<*il giuramento* de notitia *è prova per propria natura soggetta al prudente apprezzamento del giudice ai sensi della norma dell'art. 116 cod. proc. civ.*>> e dunque dalle dichiarazioni rese dal curatore non possono discendere effetti propri del giuramento decisorio (Cass. 28 maggio 2018, n. 13298). Tuttavia – dal punto di vista pratico – la tesi appena detta ha inevitabili effetti "disarmanti" per il preteso creditore che, dinanzi all'eccezione di prescrizione presuntiva non può far ricorso al giuramento decisorio, giuramento che la legge prevede come strumento specifico per vincere la presunzione in commento (tanto che la dottrina lo ha talora definito come "necessario").

CONCLUSIONI

In attesa della decisione delle Sezioni Unite, è possibile fare alcune valutazioni sistematiche. Innanzitutto per la soluzione alla questione in esame è utile evidenziare che la prescrizione presuntiva opera diversamente da quella estintiva, nel senso che nella prima si presume essere avvenuto il pagamento che dunque estingue il diritto, mentre nella seconda è il decorso del tempo che determina l'estinzione del diritto. Ne deriva pertanto che chi eccepisce la prescrizione presuntiva afferma implicitamente, ma ineluttabilmente, di aver pagato.

Nel disegno del legislatore si dà in altri termini intrinsecamente per presupposto che tanto la prova del credito, quanto, soprattutto, la prova del pagamento non possano essere offerte per

iscritto. Perciò al debitore è data tale peculiare presunzione, mentre al creditore – in forza di un congegno forse anacronistico – è dato soltanto (o quantomeno principalmente) deferire il giuramento decisorio. E per tale ragione non sarebbe, forse, conforme al sistema ammettere che il debitore possa eccepire la prescrizione presuntiva e che il creditore non possa utilmente avvalersi del giuramento decisorio.

Vero è che il curatore acquista contezza dell'esposizione debitoria del fallito dalle carte che acquisisce, carte tra le quali non è necessariamente da attendersi che egli rinvenga la quietanza di pagamento del credito fatto oggetto di eccezione di prescrizione presuntiva. Pertanto, riconoscere alla dichiarazione del curatore "di non sapere se il pagamento è stato o no effettuato" il valore di giuramento prestato in senso favorevole al giurante, significherebbe – forse, ma questo lo decideranno le Sezioni Unite – vanificare l'effettività dello strumento attribuito al creditore a fronte dell'eccezione di prescrizione presuntiva.

Ad avviso di chi scrive, pertanto, una volta riconosciuto il potere di formulare l'eccezione di prescrizione presuntiva in capo al curatore fallimentare, e riconosciuta la correlativa possibilità del preteso creditore di deferire il giuramento *de scientia*, occorre ammettere che la "dichiarazione di ignorare" produca nei confronti del curatore gli stessi effetti che la medesima dichiarazione avrebbe in caso di giuramento *de veritate*, non essendo coerente che il medesimo soggetto affermi – implicitamente mediante l'eccezione di prescrizione presuntiva – che il debito è stato pagato, quando – in realtà – lo stesso non è a conoscenza della circostanza eccepita (Cass. 24 luglio 2015, n. 15570 e Cass. 27 giugno 2022, n. 20602).