

LEAP

NEWSLETTER

NEWSLETTER DEL **19 luglio 2022**

GIURISPRUDENZA

Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo

3

Consiglio di Stato, Sez. III, 8 luglio 2022, n. 5746

TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 6 luglio 2022, n. 1150

Diritto civile e processuale civile

13

Cassazione Civile, Sez. I, 27 giugno 2022 n. 20602

Consiglio di Stato, Sez. III, 8 luglio 2022, n. 5746

Massima

L'obiettivo di semplificazione perseguito dal legislatore attraverso il silenzio-assenso - realizzato stabilendo che il potere (primario) di provvedere viene meno con il decorso del termine procedimentale, e residuando la sola possibilità di intervenire in autotutela sull'assetto di interessi formatosi silenziosamente - fa sì che l'istituto operi anche nei casi in cui l'attività oggetto del provvedimento di cui si chiede l'adozione non risulti conforme alle norme che ne disciplinano lo svolgimento. Conseguentemente, ove sussistano i requisiti di formazione del silenzio-assenso, il titolo abilitativo potrà legittimamente perfezionarsi rispetto ad una domanda non conforme a legge. Reputare, diversamente, che la fattispecie sia produttiva di effetti soltanto qualora corrispondente alla disciplina sostanziale, significherebbe sottrarre i titoli così formati alla disciplina della annullabilità e creare un trattamento differenziato sulla base del solo comportamento (attivo o inerte) della pubblica amministrazione.

Caso di specie

Nel dicembre 2011, la proprietaria di alcuni terreni presentava al comune un progetto volto ad ottenere il permesso a costruire per la "demolizione e ricostruzione" di un manufatto in legno, con richiesta di ampliamento ai sensi della legge della Regione Abruzzo n. 16 del 2009.;

L'Ente locale rigettava la richiesta adducendo la contrarietà dell'intervento proposto con gli articoli 2 e 6 della menzionata legge della Regione

Abruzzo, per esubero di superficie utile consentita e trattandosi di intervento già realizzato in assenza di titolo.

La ricorrente impugnava tale diniego lamentando: *(i)* la carenza di motivazione del provvedimento, non avendo il Comune tenuto conto che il manufatto realizzato era la fedele ricostruzione di quello costruito anteriormente al 1967, ristrutturato per esigenze abitative dopo il terremoto del 2009, e che l'esigenza di iniziare i lavori di demolizione e ricostruzione contestualmente prima della definizione della pratica per il rilascio del permesso di costruire era stata determinata dal ritardo del Comune medesimo; *(ii)* la violazione della Legge n. 106 del 2011, non ancora recepita dalla Regione Abruzzo, che ammetteva un aumento di superficie utile del 30%.

Con successivo ricorso del 2013, l'interessata impugnava l'ordinanza di demolizione delle opere deducendo vizi analoghi a quelli del precedente ricorso e puntualizzando, altresì, che l'esigenza di iniziare i lavori di demolizione e ricostruzione prima del permesso di costruire era stata determinata dal ritardo del Comune, il quale aveva assunto il provvedimento di diniego dopo la formazione del silenzio-assenso.

Il ricorso veniva respinto dal Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo.

Motivi della decisione

La ricorrente originaria promuoveva appello. Sosteneva, tra le altre cose, che il primo Giudice aveva ommesso di considerare l'avvenuta formazione del titolo edilizio grazie all'istituto del silenzio-assenso, perfezionatosi a seguito del mancato e tempestivo rigetto della richiesta da parte del Comune e in forza dell'art. 20, co. 8, del d.P.R. 380/2001.

Nel rigettare il motivo di censura (e, complessivamente, l'intera impugnazione), il Consiglio di Stato ha precisato alcuni aspetti relativi al funzionamento del silenzio-assenso. In particolare, il Giudice di appello ha rilevato come il meccanismo di "equivalenza" sotteso a tale istituto - per cui si presuppone l'esistenza di valutazione legale tipica che equipara l'inerzia al provvedimento di accoglimento - non significa altro che gli effetti promananti dalla fattispecie "silenziosa" sono sottoposti al medesimo regime dell'atto amministrativo. Conseguentemente, qualora sussistono i requisiti di formazione del silenzio-

assenso, il titolo abilitativo può perfezionarsi anche con riguardo ad una domanda non conforme a legge.

Reputare, invece, che la fattispecie sia produttiva di effetti soltanto se corrispondente alla disciplina sostanziale, significherebbe da un lato sottrarre i titoli così formati alla disciplina della annullabilità, dall'altro dare vita ad un trattamento differenziato - estraneo ad una scelta legislativa oggettiva - in dipendenza del solo comportamento attivo o inerte dell'amministrazione. La predetta tesi - che vede possibile la formazione del silenzio-assenso anche quando l'attività oggetto del provvedimento di cui si chiede l'adozione non risulterebbe conforme alle norme regolatrici - troverebbe conferma in puntuali indici normativi contenuti all'interno della L. n. 241/90, come ad esempio (i) l'espressa previsione della annullabilità d'ufficio anche nel caso in cui il "*provvedimento si sia formato ai sensi dell'art. 20*" presuppone che la violazione di legge non incide sul perfezionamento della fattispecie, rilevando unicamente in termini di legittimità (o meno) dell'atto; (ii) l'art. 2, comma 8 *bis*, nella parte in cui afferma "*Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, [...] sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni*" conferma che, decorso il termine, all'Amministrazione residua soltanto il potere di autotutela; (iii) il nuovo comma 2 *bis* dell'art. 2, riferendosi all'attestazione che deve essere rilasciata dall'amministrazione su richiesta del privato, stabilisce che detto certificato debba dare conto (unicamente) dell'inutile decorso dei termini del procedimento; (iv) l'abrogazione dell'art. 21, co. 2, che assoggettava a sanzione coloro che avessero dato corso all'attività secondo il modulo del silenzio-assenso "*in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente*"; (v) l'art. 21, co. 1, della legge n. 241 del 1990, che lascia desumere il perfezionamento del silenzio-assenso anche in caso di dichiarazioni non false, ma semplicemente incomplete.

Diverso, infine, è il caso di radicale "inconfigurabilità giuridica" dell'istanza per assenza dei presupposti normativi. In tale ipotesi - a differenza di quanto accade per i requisiti di validità, il cui difetto non pregiudica il

perfezionamento della fattispecie - il meccanismo di formazione silenziosa dell'atto non può trovare applicazione, trattandosi di fattispecie non aderente al "modello normativo astratto" prefigurato dal Legislatore.

Nel caso in esame l'intervento di demolizione e ricostruzione del manufatto della ricorrente risultava già attuato al momento della presentazione dell'istanza di permesso di costruire; per cui la relativa istanza era priva del necessario presupposto logico-normativo (ossia che l'intervento edilizio non fosse ancora stato realizzato).

TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 6 luglio 2022, n. 1150.

Massima

La sussistenza dell'obbligo normativo di acquisto di beni e servizi per le A.S.L. tramite adesione alla Convenzione CONSIP fa venire meno il dovere della medesima A.S.L. di riscontrare esplicitamente e di indicare le ragioni della mancata accettazione della proposta di Partenariato Pubblico Privato, mediante Project Financing *ex art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.*, posto che un siffatto obbligo motivazionale sarebbe richiesto, invece, nel caso di scelta della P.A. di procedere in via autonoma, senza l'utilizzo delle Convenzioni CONSIP.

Caso di specie

Il caso di specie trae origine dalla presunta inerzia serbata dall'Azienda Sanitaria Locale di Lecce (la "ASL" ovvero la "Azienda"), in ordine alla proposta di partenariato pubblico privato per l'affidamento "*in concessione del servizio integrato energia comprensivo della fornitura dei vettori energetici, oltre alla progettazione e realizzazione degli interventi di riqualificazione e adeguamento normativo degli impianti a servizio degli Ospedali di Lecce, Copertino, Galatina, Gallipoli, Scorrano, Casarano e il DSS di Campi Salentina della A.S.L. di Lecce mediante EPC*", presentata dal costituendo Raggruppamento Temporaneo d'Imprese capeggiato da Siram S.p.A., con mandante Società per Azioni Commercio Combustibili Industria Riscaldamento S.A.C.C.I.R. (il "RTI" ovvero il "Raggruppamento"), in data 4 agosto 2020, mediante *project financing ex art. 183, comma 15, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (il "Codice" ovvero il "D.lgs. n. 50/2016")*.

La presunta inerzia dell'Azienda è derivata dalla scelta di quest'ultima di aderire alla convenzione

“Consip MIES 2”, stipulata tra Consip S.p.A. e Guerrato S.p.A. (la *“Convenzione CONSIP”*), formalizzata con la determinazione del Direttore della Struttura Area Gestione Tecnica dell'ASL n. 350 del 1° febbraio 2022, con cui è stata rilevata l'insussistenza delle condizioni che giustificherebbero il ricorso a forme diverse di approvvigionamento dei servizi in questione, in quanto il servizio offerto con la Convenzione CONSIP risulta soddisfacente dello specifico fabbisogno della pubblica amministrazione (il *“Provvedimento”* ovvero la *“Adesione”*).

Nella citata determina si legge, in particolare, che: *“per quanto disposto all'art. 1, comma 510 della L. 208/2015 non si configura l'ipotesi di deroga all'obbligo di ricorso alle Convenzioni Consip, in quanto l'inciso finale del comma 510 indicando le motivazioni poste a sorreggere la scelta di procedere in via autonoma, senza l'utilizzo delle Convenzioni, specifica che è onere dell'amministrazione rendere evidente l'assenza di “caratteristiche essenziali” tale da rendere inidoneo al soddisfacimento dei fabbisogni dell'Ente “il bene o il servizio oggetto di convenzione”.*

Con ricorso proposto dinanzi al Tar Lecce ai sensi degli artt. 31, commi 1 e 2, e 117 c.p.a., il RTI ha chiesto al Giudice investito della controversia di accertare il silenzio inadempimento dell'ASL e di condannare quest'ultima al risarcimento del danno da ritardo e, contestualmente, ha impugnato l'Adesione.

Successivamente, con atto di motivi aggiunti, il Raggruppamento ha impugnato altresì il provvedimento dell'11 marzo 2022, con il quale l'Azienda ha espressamente negato l'ostensione della documentazione richiesta da Siram S.p.A., mediante istanza di accesso agli atti del procedimento di adesione della ASL alla Convenzione CONSIP.

Si sono costituite in giudizio sia l'Agenzia sia Guerrato S.p.A., quale controinteressata, deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza degli atti avversari.

Motivi della decisione

Il TAR Lecce ha respinto integralmente sia il ricorso sia l'atto di motivi aggiunti presentati dal Raggruppamento.

Con la decisione in commento, il Giudice investito della controversia, tralasciando l'analisi delle censure di inammissibilità formulate dalle controparti processuali, ha innanzitutto rilevato l'infondatezza del ricorso introduttivo del giudizio, sul presupposto che la normativa vigente - ossia l'art. 1, comma 449, ultimo periodo, della Legge n. 27 dicembre 2006, n. 296, l'art. 15, comma 13, del D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito in L. 7 agosto 2012, n. 135, e l'art. 1, comma 548, della Legge 28 dicembre 2015, n. 208 - contempla uno specifico obbligo di acquisto di beni e servizi per le Aziende Sanitarie Locali tramite adesione alle Convenzioni CONSIP, salvo il caso in cui il bene o il servizio oggetto di convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali: ipotesi, questa, non ricorrente nel caso di specie.

Sulla base di tale assunto, il Tar Lecce ha quindi ritenuto che non vi era alcun obbligo della ASL "*di prendere in considerazione (esplicitamente)*" la proposta formulata dal Raggruppamento, laddove l'Azienda si era in ogni caso pronunciata implicitamente sull'istanza del RTI mediante la scelta di aderire alla Convenzione CONSIP, come si è detto formalizzata con il Provvedimento.

A tale statuizione il Tar Lecce ha aggiunto che, in ogni caso, il *project financing* riguarda essenzialmente la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità e comunque la materia delle concessioni, mentre, nel particolare caso di specie, si verte in tema di acquisto mediante "*Centrale di Committenza*" di un multiservizio tecnologico integrato con fornitura di energia per gli edifici in uso, a qualsiasi titolo, alle pubbliche amministrazioni sanitarie (e non di una concessione di lavori o di servizi).

Relativamente all'atto di motivi aggiunti proposto dal Raggruppamento, il Giudice ha invece motivato la propria decisione di rigetto degli stessi, sul presupposto che l'acclarata manifesta infondatezza del ricorso introduttivo del giudizio, determinata sia dall'obbligo normativo di acquisto di beni e servizi per le ASL tramite adesione alla Convenzione CONSIP, sia dall'insussistenza di alcun obbligo dell'Azienda di riscontrare esplicitamente e di indicare le ragioni della mancata accettazione della proposta di partenariato pubblico privato, renderebbe *inutiliter data* la richiesta, dal momento che la documentazione richiesta dal RTI con l'istanza di accesso risulta del tutto irrilevante ai fini di causa.

*

Spunti di riflessione

Al netto dei profili di inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti proposti dal Raggruppamento, peraltro assorbiti dalle statuizioni rese dal Tar Lecce in punto di merito, la sentenza in commento risulta sostanzialmente condivisibile.

È condivisibile, in particolare, nella misura in cui viene data evidenza dell'obbligo delle ASL di aderire alle Convenzioni Consip, con l'effetto che, stante l'Adesione, anche nell'ipotesi in cui fosse stato accertato il dovere dell'Azienda di provvedere, la sentenza sarebbe stata *inutiliter data*.

È pienamente condivisibile, altresì, quanto rilevato dal Tar in ordine alla circostanza che il *project financing* riguarda essenzialmente la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità e comunque la materia delle concessioni, mentre il caso di specie concerne l'acquisto mediante "*Centrale di Committenza*" di un multiservizio tecnologico integrato con fornitura di energia.

Residuano dubbi, invece, in ordine alle statuizioni concernenti l'insussistenza dell'obbligo dell'Azienda di provvedere sulla proposta di partenariato formulata dal Raggruppamento, motivata sia sul presupposto dovere di adesione delle ASL alle Convenzioni CONSIP sia sul fatto che la stessa ASL aveva comunque rigettato, seppur implicitamente, l'istanza del RTI.

I dubbi sorgono, in primo luogo, in ragione del fatto che tale pronuncia implicita - peraltro evidentemente generica e in nessun caso chiaramente riferibile alla proposta formulata dal RTI - è avvenuta oltre un anno e mezzo dopo la presentazione della proposta di partenariato, rispetto alla quale, a mente dell'art. 183, comma 15, del Codice, "*l'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta*".

In secondo luogo, in quanto, se è senz'altro vero che sussiste uno specifico obbligo per le ASL di aderire alle Convenzioni CONSIP, sussiste allo stesso tempo la possibilità, seppur remota, che la Convenzione CONSIP non sia aderente all'esigenze di fabbisogno dell'amministrazione. E, a parere di chi scrive, tale possibilità rende sufficiente a instaurare l'obbligo delle amministrazioni di provvedere sull'istanza di parte ai sensi dell'art. 2 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, secondo cui

“ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un’istanza” - come avviene nelle ipotesi di project financing a iniziativa privata - *“ovvero debba essere iniziato d’ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l’adozione di un provvedimento espresso”*. Peraltro, in tema di *project financing*, certamente non sussiste l’obbligo dell’amministrazione di portare ad approvazione la proposta *“né, anche a seguito dell’eventuale approvazione, di porre in essere il successivo iter procedimentale per l’individuazione dell’aggiudicatario”* (Tar Lazio, Sez. II, 30 luglio 2021, n. 9098), ma nessuna norma consente all’amministrazione stessa di non dar seguito all’istanza formulata dall’interessato, mentre, come anticipato, l’art. 183, comma 15, del Codice, ne impone la valutazione entro un termine perentorio.

Valga altresì rilevare, ai fini della presente analisi, quanto disposto dal Consiglio di Stato in una recente pronuncia in tema di silenzio inadempimento. Secondo i Giudici del Supremo Consesso, in particolare, *“affinché possa configurarsi il silenzio inadempimento contestabile ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 L. n. 241 del 1990, 31 c.p.a. e 117 c.p.a., occorre infatti che sussista un obbligo di provvedere e che, decorso il termine di conclusione del procedimento, non sia stato assunto alcun provvedimento espresso, avendo tenuto l’Amministrazione procedente una condotta inerte.*

Ogniquale volta la realizzazione della pretesa sostanziale vantata dal privato dipenda dall’intermediazione del pubblico potere, l’Amministrazione, in particolare, è tenuta ad assumere una decisione espressa, anche qualora si faccia questione di procedimenti ad istanza di parte e l’organo procedente ravvisi ragioni ostative alla valutazione, nel merito, della relativa domanda: l’attuale formulazione dell’art. 2, comma 1, L. n. 241 del 1990, pure in caso di *“manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità ... della domanda”*, impone l’adozione di un provvedimento espresso, consentendosi in tali ipotesi soltanto una sua redazione in forma semplificata, ma non giustificandosi una condotta meramente inerte.

Il silenzio inadempimento non può, invece, configurarsi in presenza di posizioni giuridiche di diritto soggettivo, aventi ad oggetto un’utilità giuridico economica attribuita direttamente dal dato positivo, non necessitante dell’intermediazione

amministrativa per la sua acquisizione al patrimonio giuridico individuale della parte ricorrente. In particolare, l'azione avverso il silenzio "presuppone la sussistenza di posizioni di interesse legittimo (da tutelare dall'inerzia dell'amministrazione) e non già di diritto soggettivo. In definitiva, l'azione avverso il silenzio assume una natura giuridica mista, tendendo ad ottenere sia l'accertamento dell'obbligo di definire il procedimento nel termine prescritto dalla disciplina di riferimento, sia la condanna della stessa Amministrazione inadempiente all'adozione di un provvedimento esplicito (con possibilità, altresì, di formulare in sede giurisdizionale un giudizio di spettanza del bene della vita agognato dal ricorrente, qualora si controverta in tema di azione vincolata ed emerga la fondatezza sostanziale della pretesa azionata in giudizio). Qualora le contestazioni del ricorrente non si riferiscano al mancato esercizio di un pubblico potere, ma a comportamenti inerti dell'Amministrazione, ostativi alla realizzazione di un interesse qualificato e differenziato direttamente riconosciuto direttamente dal dato positivo - senza la necessaria intermediazione amministrativa -, l'azione ex artt. 31 e 117 c.p.a. non può, invece, essere esercitata, non potendosi accertare l'inottemperanza ad un obbligo (di conclusione del procedimento) inesistente, né potendosi disporre la condanna ad un facere provvedimentale, non rientrante tra le attribuzioni dell'Amministrazione intimata" (Cons. Stato, Sez. VI, 1° aprile 2022, n. 2420).

Nel caso di specie, il RTI non vanta un interesse differenziato e qualificato che prescinde dall'intermediazione amministrativa; il Raggruppamento è titolare, al contrario, di un interesse legittimo a ottenere quanto meno un riscontro da parte della pubblica amministrazione, la cui opera è necessaria ai fini dell'eventuale approvazione della proposta di project financing, peraltro nei termini previsti dalla normativa di riferimento.

Di qui, dunque, la sussistenza di seri dubbi in ordine alla portata eccessivamente ampia - e probabilmente, generica - della sentenza in commento, quanto meno con riferimento alla insussistenza dell'obbligo dell'ASL di provvedere sull'istanza formulata dal RTI.

Cassazione Civile, Sez. I, 27 giugno 2022 n. 20602

Massima

In tema di accertamento del passivo, nell'ipotesi in cui venga deferito il giuramento decisorio al curatore fallimentare e quest'ultimo dichiari di ignorare se il pagamento sia avvenuto o meno, ciò equivale al mancato giuramento.

Caso di specie

Nella vicenda sottoposto al vaglio degli Ermellini, uno studio tecnico associato aveva presentato la domanda di ammissione al passivo in un fallimento ai fini del riconoscimento del proprio credito di prestazione d'opera professionale svolta in favore di una società poi fallita.

In sede di opposizione, il Giudice di prime cure, a fronte dell'eccezione di prescrizione presuntiva sollevata dalla curatela, aveva ammesso il giuramento decisorio *ex art. 2960 c.c.* deferito dall'asserito creditore; il curatore dichiarava di non poter giurare non essendo a conoscenza se il pagamento fosse stato eseguito o meno.

Non sussistendo prova del fatto contrario alla presunzione eccepita dalla curatela, il credito non veniva riconosciuto.

Avverso tale decisione, il creditore proponeva ricorso in Cassazione, rilevando che la dichiarazione del curatore di non sapere se il pagamento fosse avvenuto o meno, costituiva mancato giuramento.

Motivi della decisione

In materia fallimentare, la Suprema Corte ha inteso estendere anche al curatore la possibilità di eccepire la prescrizione presuntiva, ma senza consentirgli di prestare il giuramento decisorio in quanto lo stesso "*non ha la disponibilità del diritto controverso*".

Tale impostazione è palesemente contraddittoria, in quanto lascia il presunto creditore inerme di fronte all'eccezione sollevata dal curatore, in violazione dei principi del giusto processo che impongono la parità delle parti in giudizio.

Al curatore può essere deferito il giuramento *de scientia* (o *de notitia*), ma non quello *de veritate*. Qualora il giurante risponda di ignorare i fatti, vi saranno diverse conseguenze; nel caso di giuramento *de veritate* l'affermazione si traduce in rifiuto di giurare, mentre nell'ipotesi di giuramento *de scientia*, sostenere di ignorare i fatti non implica il rifiuto di giurare.

Detta distinzione non è così rigida, essendosi formata principalmente non su giuramenti deferiti *ex art. 2960 c.c.* per superare la prescrizione presuntiva, bensì in fattispecie relative all'*art. 2739 c.c.*, ovvero sul giuramento su fatto proprio o sulla conoscenza di un fatto altrui.

La Suprema Corte ha poi chiarito che la prescrizione presuntiva opera diversamente da quella estintiva; nella prima è il pagamento presunto che estingue il diritto di credito, mentre nella seconda il decorso del termine determina l'estinzione del diritto.

Inoltre, con la prescrizione presuntiva il debitore riconosce la sussistenza dell'obbligazione e sostiene di aver adempiuto, quindi afferma implicitamente di aver pagato.

La Cassazione ha dunque dedotto che è possibile intendere la prescrizione presuntiva ed il deferimento del giuramento "*simul stabunt, simul cadent*".

Infatti, a parere degli Ermellini l'eccezione di prescrizione presuntiva ed il deferimento del giuramento decisorio vanno di pari passo, per cui non sarebbe conforme al sistema ammettere che il debitore possa eccepire la prescrizione presuntiva e che il creditore non possa avvalersi del giuramento decisorio.

Il curatore, nella sua veste istituzionale, non ha modo di sapere se il credito avverso il quale egli formula l'eccezione sia stato o meno pagato, avendo contezza dell'esposizione debitoria del fallito dai documenti acquisiti nell'ambito del procedimento.

Riconoscere alla dichiarazione del curatore di non sapere se il pagamento sia stato o no effettuato, comporterebbe una vanificazione dello strumento attribuito al creditore a fronte dell'eccezione di prescrizione presuntiva.

Tuttavia, il curatore che eccepisce la prescrizione presuntiva è come se stesse affermando: "*ho pagato*", ma egli non può simultaneamente a ciò, anche dichiarare, "*non so se il pagamento è stato effettuato*".

In realtà, il giuramento di cui al secondo comma dell'art. 2960 c.c. è di un genere particolare rispetto al giuramento "*sulla conoscenza che il giurante ha di un fatto altrui*", di cui all'art. 2739 c.c.

Nello specifico, il curatore che eccepisce la prescrizione presuntiva, assumendo dunque che il debito è stato estinto, nel quadro di applicazione del secondo comma dell'art. 2960 c.c., si espone all'eventualità che il creditore gli deferisca il giuramento sulla veridicità del pagamento, ma non può che subire le conseguenze della scelta fatta. Invero, il curatore che eccepisce la prescrizione presuntiva, affermando l'effettuazione del pagamento, non può al tempo stesso sostenere di ignorarla.

Pertanto, essendo riconosciuto al curatore il potere di formulare l'eccezione di prescrizione presuntiva, e la correlativa possibilità di deferirgli il giuramento *de scientia*, secondo la ricostruzione operata dalla Suprema Corte nella sentenza n. 15570/2015, è possibile ammettere che la "*dichiarazione di ignorare*" produce nei confronti del curatore gli stessi effetti che la stessa dichiarazione ha in caso di giuramento *de veritate*. In ragione di ciò, la Suprema Corte ha evidenziato che, nel caso in esame, la dichiarazione così resa dal curatore costituisce mancato giuramento, ritenendo evidente l'errore commesso dal Tribunale nell'affermare che "*non vi è prova alcuna del fatto contrario alla presunzione fatta valere dalla curatela*", ovvero nel considerare che la presunzione operasse e che ad essa fosse indifferente la dichiarazione del curatore di non essere a conoscenza dei fatti.

In conclusione, la Cassazione ha accolto il ricorso e rinviato la causa al Giudice di primo grado, il quale dovrà uniformarsi al seguente principio di diritto: "*A fronte dell'insinuazione al passivo fallimentare di un credito maturato in forza di un rapporto riconducibile alla previsione dell'articolo 2956, n. 2, c.c., eccepita dal curatore fallimentare la prescrizione presuntiva e*

deferitogli dal preteso creditore il giuramento decisorio, la dichiarazione del curatore di non essere a conoscenza se il pagamento sia avvenuto o meno, costituisce mancato giuramento".

Leap è un progetto editoriale a cura dello Studio Legale Lipani, Catricalà & Partners. È vietata ogni distribuzione non autorizzata.

© Copyright 2020 | Lipani Catricalà & Partners

LEAP

NEWSLETTER
