

N.R.G. 21847/2018



TRIBUNALE ORDINARIO DI MILANO
SEZIONE SPECIALIZZATA IN MATERIA DI IMPRESA B
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale in composizione collegiale, nella persona dei magistrati:

Dott. Angelo Mambriani	Presidente
Dott. Amina Simonetti	Giudice rel
Dott. Maria Antonietta Ricci	Giudice

ha pronunciato all'esito della camera di consiglio dell'8 ottobre 2020 la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al N. **21847/2018 R.G.** promossa da:

██████████ (██████████), rappresentato e difeso dagli Avv.ti
██████████, ██████████ e ██████████
██████████, elettivamente domiciliato in Milano, ██████████, come da procura in calce all'atto di
citazione,

OPPONENTE

contro



██████████ (██████████) , in persona dell'Amministratore Unico dott.ssa
██████████, rappresentata e difesa dall'Avv. ██████████ ed
elettivamente domiciliata in Milano, ██████████ come da procura in calce alla memoria difensiva,

OPPOSTA

avente per oggetto: **Opposizione a decreto ingiuntivo n. 5164/2018 (R.G. 9639/2018);**

CONCLUSIONI DELLE PARTI COSTITUITE

Per la parte attrice-opponente.

“Voglia l’Ill.mo Tribunale adito, respinta ogni contraria domanda, eccezione e difesa,

In via preliminare, nel merito

- *Accertata la tardiva costituzione della ██████████, dichiarare la stessa decaduta dalla possibilità di sollevare eccezioni di rito e di merito, con particolare riferimento alle eccezioni di prescrizione e di compromesso;*

- *rilevata la sussistenza, validità ed efficacia della clausola compromissoria prevista dall’art 17 dello Statuto della società ██████████ a favore della competenza dell’Arbitro Unico;*

- *dichiarare la nullità, dunque la revoca, del Decreto Ingiuntivo n. 5164/2018, R.G. 9639/2018, Rep. n. 4527/2018, del 28 febbraio 2018 depositato in data 6 marzo 2018 dal Tribunale di Milano, in forma provvisoriamente esecutiva.*

In via di subordine, nel merito



- Nel caso in cui l'Ill.mo Collegio dovesse ritenersi competente a decidere la presente controversia, anche solo relativamente ad alcune delle domande avanzate dal Sig.

██████████, revocare il Decreto Ingiuntivo n. 5164/2018, R.G. 9639/2018, Rep. n. 4527/2018, del 28 febbraio 2018 depositato in data 6 marzo 2018 dal Tribunale di Milano qui opposto, in quanto non fondato su idonea prova scritta, per i motivi tutti di cui in narrativa;

- accertare la legittimità dei prelievi effettuata dal Sig. ██████████ e, anche in via di compensazione, dichiarare l'estinzione del credito azionato dalla ██████████ ██████████ in via monitoria, per i motivi tutti di cui in narrativa, ovvero condannare la ██████████ al pagamento a favore del Sig. ██████████ delle somme che dovessero essere accertate, anche in via equitativa, per i titoli di cui in narrativa.

In ogni caso

- Ordinare la cancellazione dell'ipoteca giudiziale iscritta a favore di ██████████ ██████████ in forza del su menzionato Decreto Ingiuntivo ovvero, in subordine, ordinare la riduzione della stessa e condannare ██████████ al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 96 comma 2 c.p.c., per i motivi tutti di cui in narrativa.

In via istruttoria

- Nel caso di riapertura della fase istruttoria, ordinare l'esibizione ex art. 210 c.p.c. delle scritture contabili della ██████████ relative agli anni 2003 – alla



data dell'ordine di esibizione ed ammettere le istanze istruttorie così come formulate

nelle memorie n. 2) e 3) ex art. 186 comma 6 c.p.c. che qui si intendono integralmente

richiamate.

Con vittoria di spese ed onorari del presente giudizio.

Per la parte convenuta-opposta:

voglia l'Ill.mo Tribunale di Milano **Sezione Specializzata Impresa "B"**, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa e respinta, previe le declaratorie di rito, del caso e ogni ulteriore attività necessaria, così

Giudicare

Nel rito

1) Ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 275 c.p.c., il sottoscritto difensore chiede che la presente causa sia discussa davanti al Collegio

In via preliminare

2) Confermato che la controversia oggetto di causa deve essere decisa unicamente dal Tribunale Ordinario di Milano e non anche dall'Arbitro e che, in ogni caso, la medesima è sottratta all'applicazione dell'art. 17 dello statuto sociale dell'██████████ per i motivi tutti di cui alla presente comparsa ovvero per qualsiasi altro motivo che il Tribunale di Milano ritenesse corretto in fatto e in diritto, confermata come corretta la richiesta di emissione del decreto ingiuntivo de quo fatta al Tribunale di Milano, respingere l'eccezione di parte opponente e confermare definitivamente l'attribuzione del giudizio al Tribunale Ordinario di Milano Sez. civile Specializzata Impresa "B".

3) In via subordinata, rilevata la sussistenza, la validità ed efficacia della clausola compromissoria di cui all'at. 17 dello Statuto della ██████████ a favore della competenza dell'Arbitro Unico per le controversie tra "i soci e la società", dichiarare che la giurisdizione relativa alla complessiva domanda di parte avversa (sostanzialmente riconvenzionale) come sotto riportata:

“accertare e dichiarare la sussistenza del credito pari ad Euro “436.234,88 a favore del Sig. ██████████
██████████ nei confronti “della ██████████ ovvero nella diversa somma che sarà



“accertata in corso di giudizio e, in via di compensazione, dichiarare “l'estinzione del credito azionato nell'interesse di quest'ultima in via “monitoria, per i motivi tutti di cui in narrativa”

è devoluta alla competenza Arbitrale ai sensi della già citata clausola n. 17 dello statuto dell' [REDACTED] e quindi respingere nel resto ogni altra domanda formulata in atto di opposizione quale conseguenza della domanda sopra riportata.

Nel merito

4) Atteso che:

la domanda di cui al superiore punto 2 di queste conclusioni, non consente alcun ingresso alle domande formulate in sostanziale riconvenzionale, e così pure in eventuale linea di pura eccezione, svolte da parte dell'opponente sig. [REDACTED];

in via subordinata e senza recesso alcuno dalla superiore eccezione, considerato che nel presente giudizio il sig. [REDACTED] ha sostanziale veste di convenuto mentre spetta alla deducente [REDACTED] la sostanziale posizione di attore, pertanto, alla fattispecie va applicato l'art. 183 c.p.c. e non anche l'art. 166/167 c.p.c. nei termini asseriti da parte dell'opponente;

respingere l'eccezione di decadenza di [REDACTED] proposta da [REDACTED] all'udienza del 25.09.2018 perché inammissibile e/o infondata ovvero per qualsiasi altra ragione di legge.

5) Disattesa e respinta l'opposizione proposta dal sig. [REDACTED] perché infondata in fatto e in diritto, confermare in ogni sua parte l'opposto decreto ingiuntivo n. **4527/2018** emesso dal Tribunale di Milano il 28 febbraio 2018, depositato in data 6 marzo 2018 condannando comunque e in ogni caso l'opponente a pagare all'opposta la somma di € **436.234,88** oltre interessi di mora dal 4/8/2017 fino al 26/2/2018 ed interessi di legge vigenti dal 27/2/2018 sino all'effettivo pagamento al tasso aggravato di cui all'art. 1284, comma 4°, cod. civ. in forza del suddetto decreto ingiuntivo nonché le spese liquidate in decreto nonché le somme necessarie per l'iscrizione ipotecaria ed ogni altro costo di lite.

6) In via subordinata, ed ove il Collegio dovesse ritenersi competente anche per la sopra riportata domanda proposta dall'opponente, disattesa e respinta l'eccezione di decadenza formulata in danno dell' [REDACTED] dall'opponente, respingere le domande formulate dal medesimo opponente in merito all'asserito suo credito di € 436.234,88 per i motivi tutti di cui alla comparsa di risposta o per qualsiasi altro motivo di legge, ma in primo luogo per l'intervenuta prescrizione degli asseriti diritti fatti valere o in subordine per inesistenza del diritto sempre asseritamente fatto valere.



7) In ogni caso respingere le domande tutte formulate da parte avversa nelle conclusioni dell'atto di opposizione perché infondate in fatto e in diritto.

8) In via istruttoria e se del caso, rigettare le richieste di esibizione formulate da parte avversa perché generiche e meramente esplorative.

9) Disporre prova per interrogatorio e testi sulle circostanze di cui alla presente memoria, con riserva di richiedere prova contraria su eventuali capitoli di parte avversa.

10) Ammettere CTU contabile al fine di accertare

come dalla contabilità e come dai bilanci risulti che :

a) l'asserita cessione di cubatura non risulta appostata nei bilanci e neppure in contabilità tant'è che non si rinviene né una voce di attivo dello stato patrimoniale della società così come non è mai stato iscritto al passivo il presunto debito della società nei confronti del [REDACTED]. E ciò dal 2003 sino ad oggi.

b) atteso che il crollo della casa del [REDACTED] è documentalmente avvenuto nel 2004, da tale anno sino ad oggi non risulta appostata nei bilanci e neppure in contabilità alcuna voce di credito a favore del [REDACTED] (tant'è che non si rinviene né una voce di attivo dello stato patrimoniale della società così come non è mai stato iscritto al passivo il presunto debito della società nei confronti del Peruselli dal 2004 al 2016 compreso).

e che, invece, dai documenti contabili dell'Opposta risulta che

c) [REDACTED] rappresentano due cantieri rispettivamente in via [REDACTED] e in via [REDACTED] mentre il [REDACTED] fa riferimento per il suo asserito credito alla costruzione dell'immobile edificato in [REDACTED] via [REDACTED].

d) l'iscrizione di costi per fatture da ricevere compare nei bilanci della [REDACTED] a partire dal 2011. Tralasciando i costi relativi a consulenti ([REDACTED] e Notaio) e quelli relativi ad utenze (A2A e MM) l'importo rilevante di € **583.000,00** viene iscritto con la specifica descrizione di "costi di costruzione [REDACTED].

e) l'anno successivo, cioè nel 2012, sono state stornate dal "conto fatture da ricevere" parte delle fatture pervenute nell'anno predetto e appostate nel bilancio 2011 e sono state inserite fatture da ricevere per costi di costruzione di via [REDACTED] mentre nulla è riferito alla costruzione di cui al cantiere [REDACTED].



f) nel 2013 sono state stornate le fatture ricevute ma di competenza del 2012 senza nulla indicare per il cantiere di [REDACTED].

g) sono state stornate dal conto fatture da ricevere parte delle fatture pervenute nell'anno predetto e appostate nel bilancio 2011 e sono state inserite fatture da ricevere per costi di costruzione di via [REDACTED] mentre nulla è riferito alla costruzione di cui al cantiere [REDACTED].

h) Nel 2013 sono state stornate le fatture ricevute ma di competenza del 2012 senza nulla indicare per il cantiere di [REDACTED].

In ogni caso

i) considerato l'assunto di parte avversa secondo cui " indipendentemente dal titolo con cui erano stati iscritti in contabilità, ciò non toglie che la società avesse messo in conto dei debiti che dovevano essere liquidati", se detti debiti possono in qualche modo far riferimento al cantiere [REDACTED] cui si riferisce parte avversa ovvero se il riferimento contabile è sempre fatto ai cantieri [REDACTED].

Ammettere prova per interpello e testi sui seguenti capitoli tutti da intendersi preceduti dalle parole vero che ed emendati da eventuali giudizi:

a) la contabilità di [REDACTED] dalla sua costituzione sino alla data dell'estate 2015 è sempre stata tenuta e custodita dal rag. [REDACTED] di [REDACTED] per incarico dato dal [REDACTED] perché ciò era uno dei compiti/ delega esclusiva del'Amministratore [REDACTED].

A testi [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED].

b) all'atto della nomina della dott.ssa [REDACTED] a Amministratore Unico dell'opposta, il [REDACTED] si era impegnato a portare la documentazione contabile mancante ma questa è sempre rimasta in suo possesso.

A testi: [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED]

c) Il [REDACTED] nel corso delle assemblee tenute nello studio di Milano [REDACTED] ha ammesso di aver prelevato dalle casse della società la complessiva somma di € **436.234,88**.

A testi: [REDACTED], Avv. [REDACTED], [REDACTED]

11) Con vittoria di spese e compensi.



RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

La presente motivazione viene redatta in conformità al criterio di sinteticità che deve caratterizzare gli atti e i provvedimenti del giudice depositati telematicamente ai sensi dell'art. 16 bis comma 9-octies D.L. 179/2012 convertito in L. 221/2012, come modificato dall'art. 19 comma 1 lett a), n. 2-ter) D.L. 27 giugno 2015 n. 83 conv in L. 132/2015.

La società [REDACTED] ha agito in sede monitoria al fine di ottenere ingiunzione di pagamento nei confronti di [REDACTED] per la somma di euro 436.234,88 oltre interessi moratori al tasso previsto dall'art. 1284 c. 4 cc decorrenti dal 4 agosto 2017, nonché le spese e i compensi di lite e ciò sulla base di due ammissioni del debito rese da [REDACTED] all'assemblea del 15 giugno 2017 e del 4 agosto 2017, verbali di assemblea prodotti come prove scritte del credito, oltre ad altra documentazione.

In ricorso [REDACTED] ha allegato che [REDACTED] è socio fin dalla costituzione della società, che ha ricoperto la carica di componente del Consiglio di amministrazione fino al 18 settembre 2015, che risultavano *“effettuati dal sig. [REDACTED] ... anomali e ingiustificati prelievi nel corso del lungo periodo di tempo in cui è rimasto in carica. Tali prelievi non avevano alcun giustificativo contabile e, in ogni caso, mancavano di reale e/o lecita causale. In breve si è trattato di vera e propria appropriazione di denaro prelevato dai conti correnti della società la cui firma libera era stata delegata a [REDACTED].”* E, sulla base di ciò, ha qualificato le condotte tenute da [REDACTED] come fatti sottrattivi in sé fonte del credito recuperatorio per cui ha agito in giudizio.

Il DI n. 5164/18 è stato emesso provvisoriamente esecutivo ex art 642 cpc il 6 marzo 2018 e notificato il 16 marzo 2018.

Con citazione notificata il 25 aprile 2018 [REDACTED] si è tempestivamente opposto al DI e ha

- eccepito in via preliminare l'incompetenza del Tribunale di Milano in applicazione della clausola compromissoria per arbitrato irrituale, n. 17 dello Statuto, che devolve all'Arbitro Unico *“qualunque controversia dovesse sorgere tra i soci, tra questi e la società e che abbia ad oggetto diritti disponibili relativamente al rapporto societario”*,



- eccepito, nel merito, la carenza dei presupposti necessari per avvalersi del procedimento ex art 633 cpc in quanto le dichiarazioni che aveva reso alle due assemblee del 15 giugno e 4 agosto 2017 non contenevano alcuna ammissione di debito e comunque erano state rese da persona anziana indotta a rinunciare ai propri diritti dalle controparti,
- chiesto in subordine di accertare a) un credito risarcitorio verso la società [REDACTED] per i danni conseguiti al crollo della propria abitazione occorso durante i lavori di costruzione, sul fondo confinante di proprietà di [REDACTED], di un nuovo edificio (costruzione affidata da [REDACTED] alla società appaltatrice [REDACTED] che a sua volta e all'insaputa della committente aveva subappaltato le lavorazioni di movimento terra all'impresa [REDACTED] che durante gli scavi aveva fatto crollare la casa di abitazione di [REDACTED] adiacente ai lavori che si stavano compiendo), b) un credito derivante dalla cessione alla [REDACTED] di mc 1.287 di cubatura edificabile del valore di € 390.000 impiegata sul lotto della società nella operazione immobiliare intrapresa dal 2003, 2004 (quella impiegata per costruire due nuovi edifici nel fondo confinante con il suo e nel corso della cui costruzione di uno dei quali si era verificato il crollo della sua abitazione) e di porre in compensazione questi controcrediti, di valore complessivo non inferiore al quanto ingiunto, con il credito restitutorio oggetto di ingiunzione ad estinzione del diritto vantato dalla ricorrente.

La società [REDACTED] si è costituita il 20 settembre 2018 per la prima udienza del 25 settembre 2018 ha contrastato tutte le avverse difese e in particolare ha

- contestato la riconducibilità della causa introdotta con ricorso monitorio all'ambito di applicazione della clausola compromissoria prevista dall'art 17 dello Statuto da intendersi limitata alle controversie tra soci, mentre le sottrazioni che hanno fatto sorgere il credito restitutorio della società erano state compiute da Peruselli nel periodo di tempo durante il quale aveva ricoperto la carica di amministratore delegato della società e in occasione della carica ricoperta avendo avuto quale amministratore la facoltà di operare sui conti bancari della società; ha precisato che l'azione proposta è restitutoria contro l'ex amministratore e non azione di responsabilità ex art 2476 c.c.;
- eccepito l'incompetenza del Tribunale a decidere della domanda riconvenzionale per il riconoscimento a vario titolo di crediti del socio verso la società e ciò in applicazione della clausola 17 dello Statuto;



- eccepito la prescrizione i) del credito derivante dalla cessione di cubatura che sulla base dei documenti di controparte, in particolare la convenzione con il Comune di ██████, dovrebbe collocarsi nel 2003 e ii) del credito risarcitorio essendo il fatto dannoso accaduto a giugno 2004;
- contestato comunque ogni profilo di responsabilità della società e l'esistenza sia del credito risarcitorio conseguente al crollo dell'abitazione di ██████, deducendo che era stato all'epoca lo stesso ██████ a seguire ad appaltare i lavori di costruzione delle due palazzine e a seguirli nel loro svolgimento, sia del credito derivante dalla cessione della cubatura in particolare negando un accordo tra il socio e la società avete ad oggetto la cessione di quella cubatura della società, e in ogni caso con riferimento alla valorizzazione della cubatura rilevando che *"il sig ██████ quantifica una somma a suo favore che non ha alcun contatto con la realtà, non è mai stata pattuita e non ha alcun riscontro. Infatti e nella migliore delle ipotesi, si sarebbe trattato di poche migliaia di euro se il credito non fosse andato in prescrizione come eccepito "* (pag 14 della comparsa di costituzione risposta).

Alla prima udienza ex art 183 cpc la difesa dell'opponente ha eccepito la tardiva costituzione in giudizio dell'opposta e conseguentemente la sua decadenza dalle eccezioni in senso proprio sollevate in comparsa di costituzione, quella di compromesso rispetto alla domanda riconvenzionale e quella di prescrizione.

Nelle successive memorie la difesa dell'opposta ha contestato l'eccezione di tardiva costituzione e di decadenza dalle eccezioni in senso proprio assumendo che le preclusioni stabilite dagli artt 166 e 167 cpc non sono applicabili alla parte opposta nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo in quanto, stante la sua posizione di attrice in senso sostanziale, le preclusioni maturano solo alla udienza ex art 183 cpc.

Accolta la richiesta ex art 649 cpc e concessi i termini ex art 183 comma 6 cpc la causa è stata rimessa in decisione senza attività istruttoria anche in considerazione delle eccezioni di compromesso sollevata dall'opponente.



In via preliminare, va disattesa l'eccezione di incompetenza formulata dall'opponente sulla base dell'art 17 dello Statuto che prevede la Clausola Compromissoria per arbitrato irrituale. La clausola compromissoria all'art. 17 dello Statuto (doc. 10 opponente) devolve all'arbitro “ *qualunque controversia dovesse sorgere tra i soci, tra questi e la società*”.

L'azione dedotta in giudizio, considerando le allegazioni contenute in ricorso e quanto ulteriormente precisato dall'opposta in comparsa di costituzione e in memoria n. 1, si fonda sulla contestazione di fatti distrattivi commessi da ██████ come amministratore, episodi che, a prescindere dalla loro qualificazione come illeciti, pacificamente si collocano nel tempo in cui egli ha ricoperto la carica di amministratore delegato e che sono stati compiuti, essendo stati realizzati mediante prelievi dai conti correnti della società (traendo assegni a sé stesso) avvalendosi dei poteri connessi alla carica, potendo operare sui conti correnti bancari della società.

Vero è che la società ha precisato che non ha inteso agire con azione di responsabilità ex art 2476 c.c. ma solo con azione recuperatoria di obbligazione di valuta fondata sui riconoscimenti del credito provenienti da ██████, ma è certo che la società, fin dalle allegazioni in fatto esposte in ricorso, si è riferita alle condotte di ██████ come amministratore sicchè la controversia, sebbene non comporti l'accertamento degli elementi costitutivi della responsabilità risarcitoria (elemento soggettivo nesso di causalità, danno e sua liquidazione) non è riconducibile ai rapporti tra soci e società di cui all'art 17 dello Statuto quanto piuttosto a quelli tra società e suo ex amministratore.

Nel merito

Il credito della società verso ██████ per € 436.234,88 sussiste ed è dimostrato:

- dalla dichiarazione sostanzialmente confessoria resa da ██████ all'assemblea del 15 giugno 2017 (doc.15 parte opponente) dove, a fronte della richiesta dell'amministratore di come intendesse far fronte al debito di € 436.234,88 riportato nel bilancio 2015 approvato, ██████ proponeva la cessione alla società di un negozio in ██████ del valore di circa € 300.000 riservandosi, per la restante parte del debito, di avanzare altra proposta. L'assemblea dei soci non accettava la proposta di ██████ della *datio in solutum*;
- dal verbale dell'assemblea del 4 agosto 2017 convocata per discutere dell'esame della possibilità di definizione concordata del recupero del credito della società verso ██████ ██████ attraverso la distribuzione delle riserve disponibili (proposta proveniente da parte



debitrice); a questa assemblea [REDACTED] non ha contestato il credito vantato dalla società nei suoi confronti (doc. 20 opponente),

- dalla dichiarazione di approvazione resa per iscritto da [REDACTED] in calce al bilancio di esercizio 2015 che inserisce alla voce attivo circolante il credito di € 436.235 tra le immobilizzazioni finanziarie precisando alla nota integrativa (pagina 9) che si tratta di un “credito verso altri soggetti per il quale è in corso la predisposizione di un piano di rientro” (doc. 14 opponente),
- dall’ampia corrispondenza intercorsa inter partes avente ad oggetto proposte e controproposte di rientro del debito,
- dalla stessa difesa di [REDACTED] che non contesta il fatto materiale del prelievo negli anni di somme dal conto bancario della società esposte in contabilità con la causale “fatture da emettere” collegando tale indicazione delle scritture contabili con crediti del socio verso la società,
- infine, dalle copie delle contabili bancarie e degli assegni emessi e incassati da [REDACTED] (assegni per 340.000,00 euro, oc. 14 opposta).

Va pertanto accertato il credito della società [REDACTED] verso [REDACTED] di € 436.234,88.

Le domande riconvenzionali di [REDACTED]

La difesa dell’opponente, come si è detto, ha in via riconvenzionale chiesto di accertare due crediti verso la società e di portarli in compensazione con il controcredito di € 436.234,88 [REDACTED].

Rispetto a tali domande l’opposta ha sollevato due eccezioni preliminari, una processuale di compromesso in applicazione della clausola 17 dello Statuto e una di merito di prescrizione.

Le eccezioni sono inammissibili, come eccepito anche dalla difesa dell’opponente alla udienza ex art 183 cpc¹, in quanto parte opposta costituendosi solo cinque giorni prima della udienza di prima comparizione ex art 183 cpc è decaduta dalle facoltà previste dall’art 167 cpc.

¹ Questo è il verbale della prima udienza del 25 settembre 2018 :” Per [REDACTED] l’avv. [REDACTED] il quale eccepisce la tardività della costituzione di parte opposta avvenuta in data 20 settembre 2018 e la conseguente decadenza dalle eccezioni di rito e di merito non rilevabili d’ufficio ex artt 166 e 167 c.p.c.; chiede termini ex art 183 co 6 c.p.c.



Infatti , secondo il consolidato orientamento della Corte di legittimità nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo al creditore opposto, attore in senso sostanziale, è consentito l'esercizio delle facoltà difensive proprie di parte attrice di cui all'art 183 comma 5 cpc, soltanto i) se tale esigenza nasce dalle difese dell'ingiunto-opponente contenute nell'atto di opposizione a decreto ingiuntivo e ii) purché la relativa domanda nuova od eccezione sia proposta - a pena di inammissibilità rilevabile d'ufficio - nella comparsa di costituzione e risposta della parte opposta. (Cass SU 2010 n. 26128, Cass 16564/2018). Infatti, così come l'attore può esercitare le facoltà di cui all'art 183 co 5 cpc nella sua prima difesa utile che è rappresentata dalla prima udienza di comparizione, così l'opposto (attore sostanziale) nel giudizio di opposizione a DI può esercitare le medesime facoltà difensive nel suo primo atto difensivo utile che è la comparsa di costituzione e risposta (cfr. Cass. civ. sez. III, 22/01/2015, n. 1127).

Quindi, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, il limite temporale preclusivo alla proponibilità delle domande nuove e delle eccezioni che sono conseguenza delle difese dell'opponente deve farsi risalire alla comparsa di costituzione e risposta dell'opposto equivalente alla comparsa di risposta del convenuto ai sensi dell'art. 167 c.p.c., nell'ordinario giudizio di cognizione. La comparsa di costituzione e risposta, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, rappresenta, infatti, il primo atto difensivo in cui l'opposto a seguito delle difese contenute nell'atto di opposizione a decreto ingiuntivo dell'opponente, deve proporre a pena di decadenza costituendosi tempestivamente, ex art. 166 e 167 c.p.c., le domande nuove e le eccezioni nuove²: il momento preclusivo per queste facoltà per l'opposto è la comparsa di costituzione depositata tempestivamente e non la prima udienza ex art 183 cpc.

Consegue che le domande riconvenzionali introdotte dall'opponente devono essere decise nel merito non potendosi esaminare né l'eccezione di compromesso, né l'eccezione di prescrizione.

Il credito risarcitorio per il crollo dell'abitazione di ██████████

Sulla prima domanda riconvenzionale avente ad oggetto il credito risarcitorio per il crollo dell'edificio di proprietà di ██████████.

Per ██████████ l'avv. ██████████, oggi sostituito dall'avv. ██████████ contesta l'eccezione di tardiva costituzione, rilevando che comunque nessuna domanda riconvenzionale è stata proposta"

² L'[art. 166 c.p.c.](#), coordinato con il successivo art. 167, contempla quali ipotesi utili ad escludere la decadenza dalla proposizione della domanda riconvenzionale o delle eccezioni non rilevabili d'ufficio soltanto la data connessa al termine indicato nell'atto di citazione, ovvero quella indicata dal GI in applicazione dell'art. 168-bis, comma 5 cpc



In citazione l'opponente ha dedotto che ottenuta da parte di [REDACTED] nel 2003 l'autorizzazione a costruire due palazzine nel fondo di sua proprietà confinante con quello di proprietà di [REDACTED] iniziava la costruzione delle opere affidandole all'appaltatore [REDACTED] di cui si era avvalso in passato con soddisfazione in altri progetti immobiliari; quest'ultima società, all'insaputa da [REDACTED], affidava in sub appalto i lavori di movimentazione terra e scavi all'impresa [REDACTED], in data 25 giugno 2004 a causa degli scavi per la costruzione delle palazzine la casa di [REDACTED], che si trovava adiacente al cantiere, crollava improvvisamente. La situazione fu resa ancora più drammatica dopo che si scoprì che l'impresa responsabile del crollo era riferibile a persona esponente di una famiglia appartenente ad una organizzazione mafiosa. In memoria n. 1 la difesa dell'opponente ha collegato la responsabilità della [REDACTED] al suo ruolo di committente dell'appalto e al fatto che avesse avuto una partecipazione attiva di progettazione dei lavori per le opere di cemento armato e coordinatrice della sicurezza e progettazione.

Le allegazioni in fatto portano dunque a collocare il titolo di responsabilità invocato contro [REDACTED], non alla responsabilità del proprietario del fondo e all'art 2051 c.c. ma ad una responsabilità ex art 2043 cc connessa al contratto di appalto per i danni cagionati a terzi.

In tema di appalto la giurisprudenza della Corte di legittimità (Cass 1234/2016, 7356/2009) è ferma nell'affermare, quanto alla responsabilità civile che *“L'autonomia dell'appaltatore comporta che, di regola, egli deve ritenersi unico responsabile dei danni derivati a terzi dall'esecuzione dell'opera, potendo configurarsi una corresponsabilità del committente soltanto in caso di specifica violazione di regole di cautela nascenti ex art. 2043 c.c., ovvero nell'ipotesi di riferibilità dell'evento al committente stesso per "culpa in eligendo" per essere stata affidata l'opera ad un'impresa assolutamente inidonea ovvero quando l'appaltatore, in base a patti contrattuali, sia stato un semplice esecutore degli ordini del committente, agendo quale "nudus minister" dello stesso.”*

Le allegazioni in fatto dell'opponente portano ad escludere una responsabilità di [REDACTED] come committente dell'appalto. Infatti, la difesa di [REDACTED] ha affermato che la società si era avvalsa di un appaltatore conosciuto, [REDACTED], di cui si era già avvalsa in passato con soddisfazione per altri progetti immobiliari, quindi nessuna *culpa in eligendo* si contesta alla [REDACTED]; né la committente può essere ritenuta responsabile per la scelta del sub appaltatore individuato, si allega, da [REDACTED] all'insaputa di [REDACTED]; né, infine, si può ritenere una ingerenza responsabile nelle opere di movimento terra da parte della committente essendo stato precisato che [REDACTED] aveva assunto compiti di progettazione mentre le opere di scavo svolte devono essere



ricondotte all'autonoma attività imprenditoriale del sub appaltatore ritenuto dalla stessa parte danneggiata il responsabile diretto del crollo e delle sue conseguenze. Ma anche qualora si volesse individuare un concorso di responsabilità di [REDACTED] per essersi assunta il ruolo di responsabile della sicurezza del cantiere, considerando che era stato lo stesso [REDACTED], per quello che risulta dalla sentenza penale di primo grado in atti (doc. 21 opposto) ad aver ricoperto personalmente quella funzione in [REDACTED] il medesimo lo si dovrebbe ritenere da ultimo, come sostenuto dalla difesa della società, responsabile dei danni a sé occorsi.

Per le considerazioni che precedono la domanda di accertamento di una responsabilità risarcitoria di [REDACTED] per il crollo della abitazione di [REDACTED], nel 2004, e i conseguenti danni va rigettata.

Il credito per la cessione di cubatura

Quanto alla cessione di cubatura per un valore di € 390.000.000, la domanda va accolta.

La titolarità in capo a [REDACTED] della cubatura edificabile per mc 1287 emerge dai documenti prodotti dall'opponente con l'atto di citazione e con la memoria n. 2, così come trova conferma l'impiego di tale cubatura per la realizzazione di edifici sul solo Lotto U4 di proprietà di [REDACTED].

In particolare risulta che:

- [REDACTED] e [REDACTED] stipulavano in data 8-7.2003 con il Comune di [REDACTED] una convenzione per l'attuazione del Piano di Recupero di via [REDACTED] sulle unità U3 (di proprietà [REDACTED]) e U4 (di proprietà di [REDACTED]) confinanti, nell'ambito della quale il Comune di [REDACTED] riconosceva un aumento della volumetria pari a 5 mc per ogni mq di superficie fondiaria a favore delle proprietà [REDACTED] e [REDACTED] (docc 8 e 9 e 32 opponente);
- le norme tecniche del Comune di [REDACTED] allegate al Piano di Recupero individuavano la superficie fondiaria di ogni unità immobiliare attribuendo al Fondo di [REDACTED] di 454 mq 2270 mc e a quello di [REDACTED] di mq 551 e 305 di 2.755 e 1.525 mc (doc. 32)
- in seguito a successive minime variazioni la superficie fondiaria del fondo di [REDACTED] risultava di 464 mq e di [REDACTED] di 858 mq per un totale di volumetria di 6601 mc, di cui 2320 mc di [REDACTED] e 4290 mc [REDACTED];
- [REDACTED] aveva sul suo fondo già edificato un immobile per 1.033 mc che in base alla convenzione sarebbe stato mantenuto;



- il Comune di [REDACTED] aveva consentito la edificazione sui lotti U3 e U4 di nuove costruzioni per un totale di mc 5.577 di cui 4.229 di [REDACTED] e 1.287 mc pertinenti il Lotto di [REDACTED] (doc. 32 bis tavola Planimetrica opponente);
- [REDACTED] presentava al Comune di [REDACTED] domanda di permesso di costruire 2 edifici residenziali per mc totali 5.557 insistenti solo sul Fondo U4 di sua esclusiva proprietà (docc 33 e 34 opponente), il permesso che veniva concesso in data 23.10.2003;
- in relazione alla pratica relativa al permesso di costruire con realizzazione di tutta la volumetria abbinata ai due lotti confinanti sul solo lotto di [REDACTED] veniva predisposta una Relazione tecnica avente proprio ad oggetto la Cessione di Volumetria da [REDACTED] a [REDACTED]” (doc. 35) dove espressamente si dà atto della quantità di volume residuo di proprietà [REDACTED] di 1.287 mc definendola come cubatura ceduta e utilizzata dalla società [REDACTED];
- le palazzine venivano costruite come allegato da opponente e non contestato da opposta.

Dunque, il complesso di tali documenti prodotti dall’opponente dimostra l’utilizzo da parte di [REDACTED] sul lotto U4 di sua esclusiva proprietà della cubatura per 1.287 di proprietà di [REDACTED] e tale impiego è avvenuto legittimamente sulla base di convenzioni, atto notarile e permesso di costruzione rilasciato dal Comune di [REDACTED]. L’utilizzo della cubatura insistente sul fondo di [REDACTED] da parte di [REDACTED], autorizzata dall’ente territoriale, non può che essere stata fondata sulla cessione della medesima da [REDACTED] a [REDACTED].

La cessione di tale cubatura non può che essere avvenuta a titolo oneroso stante il valore economico del bene.

L’opponente ha indicato che l’accordo era nel senso che la società avrebbe rimborsato, quando fosse stata in grado finanziariamente, la somma di circa € 390.000,00 (pag 30 citazione).

L’opposta in comparsa di costituzione ha contestato tale allegazione assumendo che si tratta di somma che *“non ha alcun contatto con la realtà...infatti nella migliore delle ipotesi si tratterebbe di poche migliaia di euro se il credito non fosse andato in prescrizione”* (pag 14 comparsa).

A fronte di ciò in memoria n. 2 la difesa dell’opponente ha allegato che nel 2003, periodo in cui il mercato immobiliare a Milano e nella sua provincia esprimeva valori elevati, le volumetrie edificatorie valevano tra i 300 e i 400 € al mc e a dimostrazione di ciò ha prodotto l’atto di acquisto in [REDACTED] da parte di [REDACTED] nel 2007 (prima che il mercato iniziasse a registrare la crisi economico finanziaria iniziata nel 2008) di un’area edificabile al prezzo di 790.000 per una capacità edificatoria di mc 2568 (docc 36,37 e 38) pari ad € 307,63 per mc. Tale valore è assolutamente compatibile con il valore di € 390.000,00 della cubatura di mc 1.287 ceduta da [REDACTED] a [REDACTED]. A ciò si



aggiunga che, a fronte di tali dettagliate indicazioni ed elementi a sostegno della congruità del valore della cubatura ceduta, [REDACTED] nella sua memoria n. 3 e nelle difese successive non ha contestato nulla, concentrando le sue difese sulla eccezione di prescrizione del diritto, e ciò è tanto più significativo se si considera che si tratta di valutazione di un bene pertinente al suo specifico settore di attività di impresa.

Discende, dal complesso degli elementi indiziari documentali forniti dalla difesa dell'opponente e dalla non contestazione specifica dei fatti allegati da parte dell'opposta, la prova dell'accordo tra società e [REDACTED] del riconoscimento a quest'ultimo della somma di € 390.000,00 per la cessione di cubatura edificabile di mc 1.287.

La società opposta non ha eccepito e dimostrato il pagamento di tale suo debito verso il socio con la conseguenza che va affermato il credito di [REDACTED] verso la società per € 390.000,00.

Il credito di € 390.000,00 di Peruselli è sorto nel 2003, quindi prima del controcredito restitutorio di € 436.234,88 della società verso il suo ex amministratore atteso che i prelievi fatti da [REDACTED] si collocano tra il 2011 e il 2014/2015; i contrapposti debiti vanno compensati ex art 1242 c.c. con un residuo credito di [REDACTED] verso [REDACTED] di € 46.234,88 oltre agli interessi al tasso legale dal 4.8.2017 sino al 26.2.2018 (data della domanda giudiziale con il ricorso monitorio) e successivamente fino al saldo al tasso di mora di cui all'art 1284 comma 4 c.c..

Consegue la revoca del DI opposto n. 5164/2018.

Sull'ordine di cancellazione dell'ipoteca

L'opponente ha chiesto di ordinare la cancellazione dell'ipoteca; si tratta della ipoteca giudiziale di cui alla **Nota di Iscrizione N 47846 del 16.04.2018 R Gen 31432 R part 4899 iscritta sull'immobile di proprietà di [REDACTED] di [REDACTED] via [REDACTED] sulla base del DI 5164/18 opposto. La domanda va rigettata in quanto nel caso di specie il DI è stato emesso legittimamente in presenza dei presupposti processuali e sostanziali e l'opposizione è stata accolta solo in parte riconoscendosi, in esito alla decisione sulla domanda riconvenzionale di compensazione proposta in via subordinata da [REDACTED], una parziale estinzione del credito della [REDACTED] ancora titolare di un residuo credito verso l'opponente.**

L'art 653 comma 2 cpc dispone che se l'opposizione è accolta solo in parte, il titolo esecutivo è costituito esclusivamente dalla sentenza, ma gli atti di esecuzione già compiuti in base al decreto conservano i loro effetti nei limiti della somma o della quantità ridotta. La Corte di Legittimità è ferma nell'affermare il principio per cui, con riguardo all'accoglimento parziale dell'opposizione a decreto



ingiuntivo, nel concetto di atti di esecuzione, (già compiuti in base al decreto), dei quali l'art. 653, secondo comma, prevede la conservazione degli effetti nei limiti della somma o della quantità ridotta, rientrano non soltanto gli atti del processo di esecuzione, ma tutti i possibili effetti dell'esecutività del decreto, e, dunque, anche l'ipoteca iscritta sulla base dell'esecutività del decreto stesso, attesa la ratio della disposizione citata, tesa a mantenere integra, nei limiti del credito ridotto, la posizione e la protezione del creditore. (Cass 6935/2004, Cass 14234/2003, Cass. 10945/91 Cass.5007/97).
La domanda va quindi rigettata.

Resta da esaminare la richiesta subordinata di **riduzione dell'ipoteca**.

La domanda di riduzione giudiziale vede come parte attrice il proprietario del bene su cui grava l'ipoteca e come convenuto il creditore iscritto e gli eventuali soggetti annotati ex art. 2843 c.c..

A norma dell'art. 2874 c.c. le ipoteche giudiziali devono ridursi se i beni compresi nell'iscrizione hanno un valore che eccede la cautela da somministrarsi o se la somma determinata dal creditore nell'iscrizione ecceda di un quinto quella che l'autorità giudiziaria dichiara dovuta.

██████ ha chiesto la riduzione dell'ipoteca assumendo che è stata iscritta per la somma di € 873.000 eccessiva a fronte della capitale della ingiunzione esecutiva di € 436.234,88 (doc. 29).

La creditrice nel suo atto ha forfettariamente stimato in comparsa considerando gli accessori del credito per interessi e spese, l'entità del suo credito in € 490.000,00. Partendo da questa entità del credito da tutelare l'iscrizione per la somma di € 873.000 supera di oltre 1/5 (98.000) il valore del credito.

Consegue che la domanda di riduzione è fondata e va accolta, nei limiti di quanto richiesto dalla difesa di ██████ che neanche in via subordinata ha chiesto di ragguagliare la somma cui deve essere ridotta l'iscrizione ipotecaria ad una condanna diversa da quella contenuta nel DI opposto, quindi la riduzione va operata fino ad € 588.000,00 di cui 98.000 di aumento del quinto sul credito di € 490.000,00.

Non si ravvisano i presupposti per la condanna ex art 96 cpc dell'opposto in relazione alla sua difesa sulla domanda di riduzione dell'ipoteca.

Le spese processuali

Le spese della fase monitoria restano a carico dell'opposta stante la revoca del DI; le spese della fase di opposizione vengono poste a carico di ██████ a favore di ██████ per 1/2 e per 1/2 compensate in ragione dell'accertamento del contro credito di ██████.



Le spese nella misura del 50% si liquidano in € 10.700,00 per compensi di avvocato oltre al rimborso delle spese generali cpa e iva di legge,

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano, Sezione specializzata in materia di imprese, in composizione collegiale, definitivamente pronunciando nella causa iscritta al N. 21847/2018 R.G., ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

- I. Accoglie in parte l'opposizione, revoca il DI opposto n. 5164/2018
- II. Accerta il credito di [REDACTED] verso [REDACTED] di € 390.000,
- III. Accerta il credito di [REDACTED] verso [REDACTED] di € 436.234,88
- IV. Condanna, effettuata la compensazione tra i contrapposti debiti, [REDACTED] a pagare a [REDACTED] la somma di 46.234,88 oltre interessi al tasso legale dal 4 agosto 2017 al 26 febbraio 2018 e al tasso di mora ex art 1284 co 4 c.c. dal 27 febbraio 2018 al saldo effettivo.
- V. Rigetta la domanda di cancellazione dell'ipoteca giudiziale
- VI. Riduce l'ipoteca giudiziale di cui alla Nota di Iscrizione N 47846 del 16.04.2018 R Gen 31432 R part 4899 iscritta sull'immobile di proprietà di [REDACTED] di [REDACTED] via [REDACTED], iscritta con il DI 5164/2018 alla somma di € 588.000,00.
- VII. Condanna parte attrice opponente [REDACTED] al pagamento del 50% delle spese di lite in favore di parte convenuta opposta [REDACTED], spese che si liquidano (il 50%) in € 10.700,00 per compensi, oltre al rimborso delle spese forfetarie (15 %), IVA e CPA, come per legge; compensa tra le parti la restante quota del 50% delle spese.

Milano, 8 ottobre 2020.

L'estensore

Amina Simonetti

Il Presidente
Angelo Mambriani

