

REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano

LA CORTE DI APPELLO DI GENOVA
Sezione Prima Civile

riunita in camera di consiglio e così composta

Dott. Leila Maria Sanna	-Presidente
Dott. Marina Aicardi	-Consigliere
Dott. Riccardo Baudinelli	-Consigliere relatore

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa n. 1148/2019 R.G. promossa da

FALLIMENTO PORTO DI IMPERIA SPA (COD. FISC: 01049760083)

elettivamente domiciliato presso il difensore in **VIA PESCHIERA 33/A (STUDIO AVV. MICAELA D'AVOLA) GENOVA** rappresentato e difeso dall'Avv. **BOTTERO NICOLA**

appellante

nei confronti di

BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA SPA (COD. FISC. 00884060526)

JULIET S.P.A. (COD. FISC. 01461980524)

elettivamente domiciliate **C/O AVVOCATO GIAN MARIA VOLPE in VIA G. D'ANNUNZIO 2/42 GENOVA** - rappresentate e difese dagli Avv.ti **SALETTI ACHILLE e LAZZINI ROBERTO;**

appellate – appellanti incidentali

CONCLUSIONI

Per l'appellante FALLIMENTO PORTO DI IMPERIA SPA : "Voglia l'Ecc.ma Corte, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e deduzione

In via principale

in parziale riforma dell'impugnata sentenza del Tribunale di Imperia

- condannare la MPS Capital Services Banca per le Imprese S.p.A. all'integrale rifusione a favore del Fallimento Porto di Imperia S.p.A. delle spese del giudizio di primo grado, da liquidarsi in conformità ai parametri medi di cui agli artt. 4, 5 e 6 del D.M. 55/14 sulla base del valore della causa determinato, ai sensi dell'art. 17 c.p.c., avuto riguardo al credito azionato dalla precedente, pari a euro 18.169.798,35;

- liquidare a favore del Fallimento Porto di Imperia S.p.A., a titolo di spese vive relative al giudizio di primo grado, l'importo di euro 1.713,00 in luogo di quello di euro 300,00 erroneamente indicato nel dispositivo dell'impugnata sentenza;

- in parziale riforma dell'ordinanza del 30 maggio 2017, prodotta nel giudizio di primo grado all'udienza del 15 settembre 2017 sub doc. 6, emessa dal Tribunale di Imperia in composizione collegiale all'esito del reclamo proposto da MPS Capital Services avverso l'ordinanza con cui il Giudice dell'Esecuzione ha sospeso l'esecuzione ex adverso intrapresa, e previa eventuale rimessione in termini dell'esponente ex art. 153, secondo comma, c.p.c. ai fini della formulazione della presente domanda, non proponibile con l'atto introduttivo del giudizio di primo grado né nei termini di cui all'art. 183, sesto comma, c.p.c., liquidare le spese del procedimento cautelare a favore del Fallimento Porto di Imperia S.p.A., in applicazione dei parametri di cui al D.M. 55/14 sulla base di un valore della causa di euro 18.169.798,35, pari al credito azionato dalla precedente in via esecutiva, nella misura di euro 54.088,00 per ciascuna fase cautelare, e così per un totale di euro 108.176,00, come da prospetto prodotto all'udienza del 15 settembre 2017 sub doc. 7;

- condannare la precedente al risarcimento del danno ex art. 96, secondo comma, c.p.c., in misura pari al doppio dell'ammontare delle spese che verranno liquidate all'esito del giudizio, o in quella diversa misura che verrà determinata dall'Ecc.ma Corte, anche in via equitativa ex art. 96, terzo comma, c.p.c.

- rigettare l'appello incidentale proposto dalla Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.a., non in proprio, ma in nome e per conto della MPS Capital Services Banca per le Imprese S.p.a., in quanto del tutto infondato in fatto e in diritto

In via di appello incidentale condizionato, nella denegata ipotesi di accoglimento dell'avversario appello incidentale, previa riforma dell'ordinanza del 22 luglio 2020 di codesta Ecc.ma Corte

- accertare e dichiarare l'omessa notifica, da parte della Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., del titolo esecutivo, dell'atto di precetto e dell'atto di pignoramento;

- accertare e dichiarare l'improcedibilità dell'avversaria azione esecutiva ex art. 51 l. fall.;
- accertare e dichiarare l'improcedibilità e/o l'illegittimità dell'azione esecutiva promossa dalla Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. per tutti i motivi esposti negli atti di primo grado, e in particolare in ragione dell'intervenuta estinzione dell'ipoteca ex adverso azionata e dell'inesigibilità del credito vantato dalla procedente;
- per l'effetto, dichiarare nulli e comunque inefficaci l'atto di pignoramento notificato dalla procedente in data 17 aprile 2015 e tutti gli atti successivi da esso dipendenti.

In ogni caso

Con vittoria di spese di entrambi i gradi di giudizio, oltre rimborso forfettario, CPA, IVA e successive occorrente”

Per le appellate BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA SPA e JULIET SPA: “

piaccia alla Ecc.ma Corte d'Appello disattesa ogni contraria istanza, difesa o eccezione, in via principale:

- accogliere l'appello svolto dalle concludenti contro la sentenza impugnata n. 684/2019 del Tribunale di Imperia e, per l'effetto, rigettare interamente tutte le domande, preliminari e nel merito, avanzate dal Fallimento di Porto di Imperia S.p.A., poiché manifestamente infondate, sia in fatto che in diritto;
- rigettare l'appello proposto in via principale dal Fallimento di Porto di Imperia S.p.A. contro la sentenza n. 281/2017 del Tribunale di Imperia, nonché dichiarare inammissibile e, comunque, rigettare l'appello incidentale condizionato proposto dallo stesso con le note di trattazione scritta depositate in data 26.6.2020, in quanto tardivo e, comunque, infondato;

In ogni caso, condannare il Fallimento di Porto di Imperia S.p.A. all'integrale rifusione di spese e compenso di entrambi i gradi di giudizio, oltre al rimborso forfettario spese generali, IVA e CPA.”

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Sull'assunto della natura fondiaria del credito di € 18.169.789,35 riveniente dal finanziamento ipotecario del 28.12.2006, MPS Capitale Services - con atto di pignoramento notificato in data 17.4.2015 (v. doc. 14, fasc. I grado), preceduto da atto di precetto notificato in data 23.3.2015 (doc. 13, fasc. I grado) - promuoveva avanti al

Tribunale di Imperia azione esecutiva ex artt. 41 TUB e 602 ss. c.p.c. contro Porto di Imperia, pignorando i beni ipotecati a garanzia del proprio credito.

Con ricorso in data 22.7.2015, il Fallimento di Porto di Imperia proponeva opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi ex artt. 615 e 617 c.p.c., chiedendo, previa sospensione dell'esecuzione e cancellazione della trascrizione del pignoramento, di "accertare e dichiarare l'omessa notifica, da parte della Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a., del titolo esecutivo, dell'atto di precetto e dell'atto di pignoramento; accertare e dichiarare l'improcedibilità e/o l'illegittimità dell'azione esecutiva promossa dalla Banca Monte dei Paschi s.p.a. nei confronti della Porto di Imperia s.p.a. per i motivi esposti in narrativa; per l'effetto, dichiarare nulli e comunque inefficaci l'atto di pignoramento notificato dalla precedente in data 17 aprile 2015 e tutti gli atti successivi da esso dipendenti".

MPS Capital Services si costituiva nella fase cautelare dell'opposizione ex adverso promossa, chiedendo il rigetto dell'istanza di sospensione del Fallimento e, comunque, contestando la fondatezza dei motivi di opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi dallo stesso dedotti.

Con ordinanza 6.4.2016, il G.E., ritenendo prima facie fondate le ragioni dedotte dal Fallimento a fondamento della nullità dell'ipoteca, disponeva la sospensione dell'esecuzione, assegnando termine ex art. 616 c.p.c. per l'introduzione del giudizio di merito.

L'ordinanza cautelare veniva reclamata da MPS, ma il Tribunale di Imperia confermava il provvedimento di sospensione.

Nelle more, il Fallimento di Porto di Imperia introduceva la fase di merito del presente giudizio di opposizione ex artt. 615 e 617 c.p.c., notificando atto di citazione in data 3.6.2016, in cui riproponeva i motivi di opposizione già dedotti nel ricorso ed assumeva le medesime conclusioni sopra trascritte.

Con comparsa data 3.10.2016, MPS si costituiva nella fase di merito, chiedendo il rigetto delle domande proposte dall'opponente in quanto in-fondate in fatto ed in diritto.

All'udienza del 15 settembre 2017, il Fallimento produceva l'ordinanza di rigetto del reclamo proposto dall'esponente, contestando le spese della fase cautelare riconosciute nell'ordinanza di reclamo e domandandone una diversa e maggiore liquidazione.

Il Tribunale di Imperia, con sentenza n. 684/2019 del 14-15/10/2019, così decideva:

"Rigetta la domanda con la quale è stata chiesta che sia dichiarata l'improcedibilità dell'azione esecutiva pro-mossa dalla Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. nei confronti della Porto di Imperia S.p.A. per omessa notifica, da parte di Banca Monte dei

Paschi di Siena S.p.A., del titolo esecutivo, dell'atto di precetto e dell'atto di pignoramento. // Accerta e dichiara che Monte dei Paschi di Siena non è titolare del diritto di procedere all'espropriazione degli immobili descritti nell'atto di pignoramento in atti notificato all'opponente in data 17-4-2015. // Ordina la cancellazione della trascrizione del pignoramento immobiliare nei confronti della Porto di Imperia S.p.A. presso l'Agenzia delle Entrate, Ufficio Provinciale di Imperia, Reg. particolare n. 1405, Reg. generale n. 1705 del 27 aprile 2015, n. 1021. // Dichiara inammissibile la domanda con cui Fallimento Porto di Imperia s.p.a. ha chiesto la parziale riforma dell'ordinanza del 30 maggio 2017, emessa dal Tribunale di Imperia in composizione collegiale all'esito del reclamo e la liquidazione delle spese del relativo procedimento sulla base di un valore della causa di euro 18.169.798,35, pari al credito azionato dalla precedente in via esecutiva, nella misura di euro 54.088,00 per ciascuna fase cautelare, per un totale di euro 108.176,00. // Compensa per 1/3 le spese di causa, ponendo a carico di Banca Monte Paschi di Siena i restanti 2/3, che si determinano in € 2500,00 per la fase di studio, € 1400,00 per la fase introduttiva, € 6000,00 per la fase di trattazione, 3700,00 per la fase decisionale, € 300,00 per spese vive, oltre a spese generali IVA e CPA come per legge".

Avverso tale decisione, proponeva appello dinanzi a questa Corte **FALLIMENTO PORTO DI IMPERIA SPA**, con atto notificato in data 11/12/2019.

Con comparsa si costituivano **BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA SPA (quale procuratrice speciale di MPS CAPITAL SERVICES BANCA PER LE IMPRESE SPA) e JULIET SPA (quale procuratrice speciale di SIENA NPL 2018 SRL)**, le quali instavano per il rigetto dell'appello; proponevano appello incidentale.

Infine, le parti precisavano le conclusioni trascritte in epigrafe mediante note depositate in relazione all'udienza collegiale in data **10/11/2021**, svoltesi con la modalità della trattazione scritta consentita dalla normativa emergenziale, all'esito della quale la causa veniva trattenuta in decisione, previa concessione dei termini ex art. 190 c. 1 c.p.c. (gg. 60 per le conclusionali e gg. 20 per le repliche).

MOTIVI DELLA DECISIONE

Ad avviso della Corte, sia l'appello principale che l'appello incidentale sono infondati e devono essere rigettati.

APPELLO PRINCIPALE

1) PRIMO MOTIVO - Sull'errata applicazione del criterio della soccombenza

L'appellante principale censura la sentenza impugnata nella parte in cui il Tribunale di Imperia, pur avendo accolto l'opposizione all'esecuzione proposta dal Fallimento, in ragione dell'illegittimità dell'azione esecutiva intrapresa dalla Banca, ha tuttavia ritenuto di compensare parzialmente le spese di lite (più precisamente nella misura di un terzo), in considerazione (i) "del rigetto delle domande/eccezioni d'ordine preliminare sollevate dal Fallimento" (pag. 9 dell'impugnata sentenza), relative all'omessa notifica, da parte di MPS, del titolo esecutivo, dell'atto di precetto e dell'atto di pignoramento e all'improcedibilità dell'azione intrapresa dalla stessa MPS ai sensi dell'art. 51 l. fall. (ii) della ritenuta inammissibilità della domanda del Fallimento diretta a ottenere la riforma della liquidazione delle spese della fase cautelare, sostenendo i) che dall'accoglimento dell'opposizione all'esecuzione proposta dal Fallimento sarebbe dovuta discendere la condanna della procedente all'integrale rifusione delle spese di lite, non assumendo alcun rilievo, in senso contrario, la circostanza, evidenziata dal primo giudice, che le eccezioni preliminari sollevate dall'opponente siano state disattese; ii) che ferme restando le suesposte considerazioni, invero dirimenti, in ogni caso le motivazioni in forza delle quali il Tribunale ha disatteso le eccezioni preliminari sollevate dal Fallimento non appaiono condivisibili; iii) che si insta pertanto, in via del tutto subordinata rispetto a quanto dedotto al paragrafo precedente e per mera cautela difensiva, affinché codesta Ecc.ma Corte voglia accertare, in via puramente incidentale e strumentale alla riforma della statuizione sulle spese di lite, l'infondatezza della decisione assunta dal primo Giudice sul punto, per i motivi che si esporranno qui di seguito; iv) che quanto all'omessa notifica del titolo esecutivo, dell'atto di precetto e dell'atto di pignoramento da parte di MPS: a) è circostanza pacifica in causa che MPS abbia omesso di notificare al Fallimento esponente, in persona dei Curatori, sia il titolo esecutivo su cui si fonda l'esecuzione da essa intrapresa, costituito dall'atto di iscrizione di ipoteca sugli immobili oggetto di concessione demaniale a favore della Porto di Imperia S.p.A., sia l'atto di precetto sia, infine, l'atto di pignoramento, in quanto l'atto di precetto e l'atto di pignoramento immobiliare risulterebbero essere stati notificati da MPS alla Porto di Imperia S.p.A., presso la residenza del dott. Giuseppe Argirò, nell'asserita qualità di legale rappresentante pro tempore della società, nonostante l'intervenuta dichiarazione di fallimento della società; b) il Tribunale ha respinto l'eccezione di inesistenza delle suddette notifiche sollevata dal Fallimento, sulla scorta delle seguenti considerazioni, riportate a pag. 2 e seguenti dell'impugnata sentenza: (i) l'art. 41 T.U.B. dispenserebbe il creditore fondiario (quale sarebbe, nella specie, MPS) dalla notifica del

titolo esecutivo, tenuto conto anche che nel caso di specie la Porto di Imperia S.p.A. in bonis ha sottoscritto l'atto di costituzione di ipoteca del 19 febbraio 2007 in forza del quale la Banca ha intrapreso l'esecuzione; (ii) la notifica del precetto e dell'atto di pignoramento, dopo la dichiarazione di fallimento della Porto di Imperia S.p.A., al legale rappresentante della società in bonis anziché ai Curatori non sarebbe "causa d'inesistenza della notificazione, ma di nullità, come tale suscettibile d'essere sanata tramite la costituzione in giudizio del Fallimento operata nell'ambito del proc. Esecutivo r.g. 70/2015" (pag. 3-4 dell'impugnata sentenza); c) con riferimento al punto (i) che precede, nel corso del primo grado di giudizio si è ripetutamente evidenziato che, nel caso in esame, la qualificabilità di MPS quale creditore fondiario, e la conseguente applicabilità nei suoi confronti della disciplina di cui all'art. 41 T.U.B., è quanto meno dubbia, posto che detta disciplina si applica, ai sensi dell'art. 38 T.U.B., unicamente ai crediti aventi per oggetto "la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili", mentre nel caso di specie le ipoteche concesse dalla Porto di Imperia S.p.A. in bonis, a garanzia del rimborso del finanziamento erogato dalle banche a favore della Acquamare s.r.l., avevano ad oggetto (illegittimamente, come riconosciuto dallo stesso Giudice di prime cure) il diritto di concessione spettante alla società fallita su alcuni beni demaniali; d) fermo quanto sopra, in ogni caso la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che il disposto dell'art. 41 T.U.B., richiamato dal primo Giudice, non opera quando l'esecuzione sia promossa nei confronti di terzi - quale è nel caso di specie il Fallimento Porto di Imperia S.p.A. - posto che l'esonero dalla notifica da essa previsto "si spiega con la natura contrattuale del titolo, la quale consente al contraente che subisce l'esecuzione di averne conoscenza. Presupposto, quest'ultimo, non riscontrabile nell'ipotesi in cui il titolo contrattuale venga azionato non nei confronti del contraente ma nei confronti di un terzo", né può giungersi a diverse conclusioni sulla scorta del fatto (evidenziato a pag. 3 dell'impugnata sentenza) che l'atto costitutivo di ipoteca azionato da MPS sia stato "sottoscritto anche da Porto Imperia s.p.a. in data 19-2-2007", tenuto conto che il Fallimento è soggetto terzo rispetto alla società in bonis; e) quanto sopra integra un evidente profilo di illegittimità dell'azione ex adverso intrapresa, e ciò - si noti - a prescindere da qualsiasi valutazione in merito al perfezionamento o meno della successiva notifica del precetto e dell'atto di pignoramento; f) a quest'ultimo proposito, ad ogni buon conto, si osserva che: - a seguito dell'intervenuta dichiarazione di fallimento della Porto di Imperia S.p.A., pronunciata dal Tribunale di Imperia con sentenza del 20 maggio 2014 (cfr. doc. 1 del fascicolo di parte attrice in primo grado), la

rappresentanza, anche processuale, della società spetta in via esclusiva ai Curatori nominati dal Tribunale, come previsto dall'art. 43 l. fall.; - nella specie il soggetto che ha ricevuto la notifica dell'atto di precetto e dell'atto di pignoramento, dott. Giuseppe Argirò, alla data della dichiarazione di fallimento era privo di qualsivoglia potere rappresentativo della Porto di Imperia S.p.A. (come si evince dalla visura camerale prodotta nella fase cautelare sub doc. 10), sicché non può affermarsi che egli, al momento della notifica, avesse una qualsivoglia relazione con il destinatario della stessa, vale a dire il Fallimento Porto di Imperia S.p.A.; g) tali considerazioni avvalorano senz'altro la tesi dell'inesistenza, anziché della semplice nullità, delle notifiche de quibus; in ogni caso, come si è anticipato supra, la circostanza che il Fallimento si sia poi costituito nel procedimento di esecuzione non potrebbe certo sanare il vizio pregresso connesso all'omessa notifica del titolo esecutivo e dell'atto di precetto, in quanto "Il vizio di notificazione dell'atto di precetto, della cui esistenza il debitore sia giunto a conoscenza solamente nel momento in cui è stato eseguito il pignoramento, non è più sanabile per il raggiungimento dello scopo, giacché lo scopo tipico dell'atto di precetto è di porre il debitore nelle condizioni di poter adempiere spontaneamente, evitando il pignoramento stesso e le relative spese" (Cass., n. 24291/2017); h) ai fini della presente impugnazione, non si può fare a meno di osservare come lo stesso Tribunale, lungi dal ritenere regolari le notifiche effettuate da MPS, ne ha, al contrario, espressamente affermato la nullità in due successivi passaggi della motivazione dell'impugnata sentenza (rispettivamente a pag. 3 e a pag. 4), salvo ritenere (a giudizio di chi scrive, infondatamente) che la stessa sarebbe stata sanata dall'intervenuta costituzione del Fallimento nella procedura esecutiva; i) anche sotto tale profilo, dunque, non sembra – per quanto rileva in questa sede – che l'odierna appellata fosse particolarmente meritevole del beneficio della parziale compensazione delle spese del giudizio di opposizione, che il primo Giudice ha ritenuto di accordarle; v) che quanto all'improcedibilità dell'azione esecutiva intrapresa da MPS ai sensi dell'art. 51 l. fall., il Tribunale ha rigettato anche l'eccezione preliminare, sollevata dal Fallimento, relativa all'improcedibilità dell'azione esecutiva intrapresa da MPS ex art. 51 l. fall., sulla scorta dei seguenti rilievi: (i) la norma sopra richiamata presupporrebbe "che il soggetto fallito sia debitore, deponendo in senso univoco la locuzione "anche per crediti maturati durante il fallimento", laddove nel caso di specie Porto Imperia s.p.a. tale non è – il debitore è, infatti, Acquamare s.p.a. [recte: s.r.l.] – bensì soggetto terzo datore d'ipoteca, il che porta a concludere, in termini simmetricamente opposti a quelli sostenuti dall'opponente alla pag. 12 della citazione, per l'inesistenza del divieto normativo ad ipotesi diverse da quelle

contemplate” (pag. 4 dell’impugnata sentenza); (ii) l’azione esecutiva sarebbe comunque proponibile in forza dell’art. 41, secondo comma, TUB, posto che il credito vantato da MPS avrebbe natura fondiaria, “essendo il finanziamento stato concesso a lungo termine (anche) dalla convenuta a Acquamare [s.r.l.] in virtù d’una garanzia di primo grado accesa da Porto di Imperia in [suo] favore sul proprio (presunto) diritto di superficie su d’un bene immobile” (pag. 5), mentre la questione relativa all’illegittima costituzione dell’ipoteca atterrebbe “alla validità della garanzia ossia al merito del giudizio” (ibidem), laddove tali argomentazioni non sono condivisibili, in quanto: a) sotto il primo profilo sopra evidenziato, il divieto di azioni esecutive individuali sancito dall’art. 51 l. fall. è espressione di un principio generale posto a tutela della par condicio creditorum, né il tenore letterale della norma consente di escludere l’applicazione di tale principio allorché il fallito rivesta la qualità di terzo datore di ipoteca; b) per contro, l’art. 41, secondo comma, T.U.B. (richiamato nella motivazione dell’impugnata sentenza), che come noto consente al creditore fondiario l’avvio e la prosecuzione dell’azione esecutiva anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore, deve considerarsi una norma di stretta interpretazione, attesa la sua natura derogatoria rispetto al suddetto principio generale, con la conseguenza che, in assenza di un’espressa previsione normativa in tal senso, tale deroga non può ritenersi consentita in caso di fallimento del terzo datore di ipoteca, quale è la Porto di Imperia S.p.A.; c) fermo quanto sopra, nella specie, come si è visto al paragrafo precedente, la stessa qualità di creditore fondiario in capo a MPS appare tutt’altro che scontata, attesa l’impossibilità di ricondurre il credito da essa vantato nell’ambito di applicazione dell’art. 38 T.U.B.; circostanza, quest’ultima, che, pur attenendo al merito della controversia (come giustamente osservato dal primo Giudice), non può tuttavia ritenersi priva di riflessi anche ai fini dell’accoglimento dell’eccezione preliminare qui in esame, essendo di tutta evidenza che dall’inapplicabilità della disciplina speciale dettata dal T.U.B. discende inevitabilmente l’operatività del divieto di azioni esecutive individuali di cui all’art. 51 l. fall.; vi) che, quanto alla declaratoria di inammissibilità della domanda di riforma delle spese del procedimento cautelare formulata dal Fallimento (rinvio), si rinvia a quanto si dirà infra sul punto.

In proposito, si osserva quanto segue.

i) Quanto all’omessa notifica, da parte di MPS, del titolo esecutivo, dell’atto di precetto e dell’atto di pignoramento, si tratta di questioni che possono essere fatte valere con

l'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c.¹ e la relativa decisione non è appellabile. Ciò non cambia, se con un unico atto si siano fatte valere questioni in parte riconducibili all'opposizione all'esecuzione e in parte all'opposizione agli esecutivi: "Qualora una opposizione in materia esecutiva possa scindersi in un duplice contenuto, in parte riferibile ad una opposizione agli atti esecutivi e in parte ad una opposizione all'esecuzione, l'impugnazione della conseguente sentenza deve seguire il diverso regime previsto per i distinti tipi di opposizione" (Cass. Sez. 6-3, Ordinanza n. 3166 del 11/02/2020, Rv. 656752 - 01; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 18312 del 27/08/2014 (Rv. 632102 - 01²).

Da questo punto di vista, se l'unica opposizione può scindersi in un duplice contenuto, in parte riferibile ad una opposizione agli atti esecutivi e in parte ad una opposizione all'esecuzione, si deve anche ritenere che, nel caso specifico, per quanto attiene al contenuto riferibile all'opposizione agli atti esecutivi, la sentenza era chiaramente di rigetto, ragion per cui il Fallimento era soccombente e avrebbe dovuto pertanto proporre ricorso per cassazione.

La possibilità di riesaminare, sia pur in via meramente incidentale, le questioni riproposte dal Fallimento è preclusa dal disposto di cui all'art. 618 c.p.c., in forza del quale le decisioni sull'opposizione agli atti esecutivi non sono impugnabili con l'appello, ragion per cui, non essendo stato proposto ricorso per cassazione, sulla pronuncia del giudice di primo grado si è ormai formato il giudicato.

ii) Quanto alla questione relativa all'improcedibilità dell'avversaria azione esecutiva ex art. 51 l. fall., la decisione impugnata respinge l'eccezione del fallimento, affermando che la norma in questione presuppone che il soggetto fallito sia debitore, mentre nel caso si specie il debitore non è il Fallimento (tale essendo Acquamare s.p.a.), bensì terzo datore

¹ Come si desume da: Qualora l'esecutato denunci con opposizione ex art. 617 c.p.c. la nullità della notificazione dell'atto di pignoramento, la proposizione di tale opposizione, in quanto indice della conoscenza dell'esecuzione, dimostra l'avvenuto raggiungimento dello scopo cui era preordinata la detta notificazione e comporta, quindi, la sanatoria della sua nullità, in applicazione dell'art. 156, ultimo comma, c.p.c. (Cass. Sez. 6-3, Ordinanza n. 33466 del 17/12/2019, Rv. 656349 - 01)

Alla tempestiva opposizione agli atti esecutivi con cui il debitore deduca la nullità della notifica dell'atto di pignoramento presso terzi, consegue la sanatoria del vizio dedotto, applicandosi anche a tale ipotesi l'ultimo comma dell'art. 156 cod. proc. civ.. (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 24527 del 02/10/2008, Rv. 604734 - 01)

² Qualora una opposizione in materia esecutiva possa scindersi in un duplice contenuto, in parte riferibile ad una opposizione agli atti esecutivi e in parte riferibile ad una opposizione all'esecuzione, l'impugnazione della conseguente sentenza deve seguire il diverso regime previsto per i distinti tipi di opposizione. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto corretta la decisione della corte territoriale che ha dichiarato inammissibile l'appello, per la parte afferente alla opposizione agli atti esecutivi, mentre si è pronunciata nel merito della opposizione, nella parte in cui si contestava il diritto a procedere all'esecuzione).

di ipoteca; e che l'azione esecutiva sarebbe comunque praticabile ex art. 41 comma 2 TUB³.

La decisione sul punto appare corretta, come si desume da Cass. Sez. 1, Sentenza n. 18790 del 12/07/2019, Rv. 654664 - 01: "I creditori titolari di un diritto di ipoteca o di pegno sui beni compresi nel fallimento costituiti in garanzia per crediti vantati verso debitori diversi dal fallito non possono, anche dopo la novella introdotta dal d.lgs. n. 5 del 2006, avvalersi del procedimento di verifica dello stato passivo di cui al capo V della legge fallimentare, in quanto non sono creditori del fallito e non possono proporre domanda di separazione ex art. 103 l.fall, non risultando neanche tra i destinatari dell'avviso del curatore ex artt. 92 e 107, comma 3, l.fall.". Nello stesso senso, con specifico riferimento all'art. 41 TUB: "Il creditore titolare di ipoteca su un bene compreso nel fallimento, a garanzia di un credito vantato verso un debitore diverso dal fallito, non deve avvalersi del procedimento di verifica dello stato passivo al fine di conseguire le rendite maturate sull'immobile ipotecato" (Cass. Sez. 6-1, Ordinanza n. 1067 del 21/01/2021, Rv. 660271 - 01).

Appare pertanto evidente la correttezza della decisione impugnata con la quale non sono state soltanto disattese delle mere questioni preliminari per accogliere nel merito la domanda dell'opponente, come sembra avere erroneamente inteso il fallimento, ma è stata rigettata l'opposizione agli atti esecutivi, proposta dal fallimento unitamente all'opposizione all'esecuzione: rigetto che è idoneo a giustificare la compensazione per 1/3 delle spese processuali disposta dal Tribunale, anche indipendentemente dalla questione relativa all'ammissibilità della domanda relativa alla revisione delle spese della fase cautelare.

2) SECONDO MOTIVO - Sulla liquidazione delle spese di lite: violazione e falsa applicazione dell'art. 17 c.p.c. e degli artt. 4, 5 e 6 D.M. 55/14 - L'appellante censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha assunto quale parametro per la liquidazione delle spese di lite "il valore degli immobili oggetto del pignoramento" (pag. 9); muovendo da tale presupposto e dall'ulteriore assunto secondo cui il valore dei predetti immobili non sarebbe noto, il primo Giudice ha determinato dette spese "sulla base del valore indeterminabile d'una causa di media complessità", laddove: i) tale statuizione contrasta con il disposto di

³ 2. L'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari può essere iniziata o proseguita dalla banca anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore. Il curatore ha facoltà di intervenire nell'esecuzione. La somma ricavata dall'esecuzione, eccedente la quota che in sede di riparto risulta spettante alla banca, viene attribuita al fallimento.

cui all'art. 17 c.p.c., a norma del quale il valore delle cause di opposizione all'esecuzione forzata si determina dal credito per cui si procede; ii) il diverso criterio seguito dal primo Giudice, basato sul valore dei beni controversi, trova infatti applicazione, ai sensi del medesimo art. 17 c.p.c., esclusivamente nelle cause relative alle opposizioni proposte da terzi ai sensi dell'art. 619 c.p.c.; fattispecie, quest'ultima, che però non ricorre in alcun modo nel caso in esame; iii) ciò che forma oggetto di contestazione nel presente giudizio non è la titolarità dei beni pignorati (rectius: del diritto di superficie o comunque del diverso diritto vantato dalla Porto di Imperia S.p.A. sui beni demaniali oggetto di esecuzione) in capo all'esecutato (e cioè, per l'appunto, la Porto di Imperia S.p.A.), come tipicamente avverrebbe nell'ambito di un'opposizione di terzo ex art. 619 c.p.c., ma lo stesso diritto della precedente MPS a intraprendere l'azione esecutiva nei confronti della società fallita; iv) trattasi dunque, pacificamente, di un'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. (del resto qualificata come tale dall'esponente fin dall'inizio del procedimento cautelare, come si evince dal relativo ricorso introduttivo), come, peraltro, viene espressamente riconosciuto dallo stesso Tribunale in diversi punti dell'impugnata sentenza, e precisamente: - nell'intestazione, dove è espressamente riportata la dicitura "Oggetto: opposizione ex artt. 615-616 c.p.c." (pag. 1); - a pag. 9, dove si legge testualmente che "nessuna disposizione di legge o principio dell'ordinamento processuale attribuisce al Giudice investito delle opposizioni ex art. 615 e s.s. di provvedere sulle spese del procedimento cautelare promosso ai sensi dell'artt. 624, comma 2 e 669 terdecies c.p.c. [enfasi aggiunta, n.d.r.]"; - nel dispositivo, il cui incipit, a pag. 9, recita come segue: "Il Tribunale definitivamente pronunciando sull'opposizione proposta ex artt. 615-616 c.p.c. da Fallimento Porto di Imperia s.p.a..."; v) da ciò discende l'applicabilità, in sede di liquidazione delle spese di lite del presente giudizio, del criterio basato sull'ammontare del credito per cui si procede e non di quello – erroneamente richiamato dal Giudice di prime cure – fondato sul valore dei beni pignorati; vi) che, nel caso in esame, il credito azionato da MPS, su cui il Tribunale avrebbe dovuto parametrare detta liquidazione, ammonta a euro 18.169.798,35 (che è anche il valore della causa indicato dall'esponente all'atto dell'iscrizione a ruolo del giudizio di primo grado, come si evince dalla dichiarazione di valore riportata in calce all'atto introduttivo); vii) che, in base ai parametri fissati dagli artt. 4, 5 e 6 del D.M. 55/2014 in relazione a controversie di valore compreso tra euro 16.000.000,01 ed euro 32.000.000,00, si giunge, applicando il valore medio previsto dal medesimo decreto, a una quantificazione delle spese nella misura di euro 103.236,00 così suddivisi (come da nota spese depositata in primo grado): - fase di studio 16.292,00;

- fase introduttiva 10.750,00; - fase istruttoria 47.860,00; - fase decisionale 28.334,00; il tutto, ovviamente, oltre agli accessori di legge (rimborso forfettario 15%, CPA 4% e IVA 22%); viii) che la liquidazione delle spese vive contenuta nel dispositivo dell'impugnata sentenza è all'evidenza frutto di un errore, ove si consideri che il costo sostenuto dal Fallimento per l'iscrizione a ruolo della causa ammonta a euro 1.713,00 (come riportato anche nella nota spese sopra richiamata), sicché, all'esito della parziale compensazione operata dal primo Giudice, e ferma restando l'illegittimità della stessa per i motivi esposti al paragrafo precedente, avrebbe dovuto semmai riconoscersi a favore del Fallimento l'importo di euro 1.142,00 (pari a 2/3 di euro 1.713,00) e non certo quello di 300 euro erroneamente indicato nel dispositivo dell'impugnata sentenza.

Se è vero che nelle opposizioni all'esecuzione il valore della causa si determina dal credito per cui si procede, tuttavia nel caso dell'espropriazione contro il terzo proprietario di bene gravato da ipoteca a garanzia di debito altrui, questi risponde del debito altrui entro i limiti di valore del bene immobile di cui è proprietario, che costituisce dunque l'effettivo ammontare del credito per cui si procede nei confronti del medesimo.

Non si tratta di applicare il criterio stabilito dall'art. 17 c.p.c. per le opposizioni di terzo, ma di riconoscere che l'ammontare del credito per cui si procede nei confronti del terzo datore di ipoteca, che non risponde per intero credito ma solo entro i limiti di valore dei beni ipotecati, è definito dal valore dei beni medesimi.

Quanto alla questione relativa al costo sostenuto per l'iscrizione a ruolo della causa, è ravvisabile un mero errore materiale, che può essere corretto in questa sede, senza che ciò implichi in alcun modo, neppure limitatamente a questo aspetto, accoglimento dell'appello principale (Cass. Sez. 6-2, Ordinanza n. 683 del 12/01/2022, Rv. 663808 – 01; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 19284 del 12/09/2014 Rv. 632857 - 01).

3) TERZO MOTIVO Sulle spese della fase cautelare

L'appellante sostiene: i) il procedimento cautelare che ha preceduto il giudizio di merito instaurato dal Fallimento ai sensi dell'art. 616 c.p.c. è stato definito, nelle more di quest'ultimo giudizio, con l'ordinanza del 30 maggio 2017, con cui il Tribunale di Imperia ha respinto il reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c. proposto da MPS, condannandola a rifondere al Fallimento le spese del medesimo procedimento, liquidate (per entrambe le fasi) "in complessivi € 4.500,00 per compensi professionali oltre spese generali, IVA e CPA come per legge" (doc. 6 del fascicolo di parte attrice in primo grado); ii) tale liquidazione è incongrua rispetto al valore della controversia, considerato che, come detto,

nel caso di specie detto valore ammonta a euro 18.169.798,35, per, applicando i parametri medi di liquidazione previsti dal D.M. 55/14, in relazione al valore della causa come sopra indicato, il Collegio avrebbe dovuto liquidare a favore del Fallimento, a titolo di compensi professionali, l'importo di euro 54.088,00 per ciascuna fase cautelare, così suddivisi (come da prospetto prodotto in primo grado sub doc. 7): - fase di studio 16.944,00; - fase introduttiva 7.170,00; - fase di trattazione 18.244,00; - fase decisionale 11.730,00; e così per un totale di euro 108.176,00 oltre accessori (rimborso forfettario 15%, CPA 4%, IVA 22%) per entrambe le fasi; iii) il Fallimento ha chiesto al Giudice del merito di rideterminare le spese del procedimento cautelare in conformità ai parametri di cui sopra. Sennonché, il Tribunale di Imperia, nella sentenza qui impugnata, ha dichiarato inammissibile la domanda in oggetto, sulla scorta dei seguenti rilievi: (i) detta domanda sarebbe stata proposta dal Fallimento "per la prima volta in sede di p.c. e, dunque, tardivamente" (così a pag. 9 della predetta sentenza); (ii) "nessuna disposizione di legge o principio dell'ordinamento processuale attribuisce al Giudice investito delle opposizioni ex art. 615 e s.s. [il potere] di provvedere sulle spese del procedimento cautelare promosso ai sensi dell'artt. 624, comma 2 e 669 terdecies c.p.c., il quale, per contro, secondo l'opinione maggioritaria, è caratterizzato da una propria parziale autonomia cosicché il Collegio investito del reclamo è tenuto, come per l'appunto è avvenuto, a liquidare d'ufficio e in via definitiva gli oneri processuali"; iv) quanto all'asserita tardività della domanda di riforma della statuizione sulle spese del procedimento cautelare, si consideri che detta domanda è stata formulata dal Fallimento all'udienza del 15 settembre 2017 (come si evince dal relativo verbale, che si produce sub doc. 8), e cioè alla prima occasione utile dopo la pronuncia del provvedimento collegiale del 30 maggio 2017 contenente la suddetta liquidazione, non solo: alla predetta udienza il Fallimento aveva formulato, in via cautelativa, espressa richiesta di rimessione in termini ex art. 153, secondo comma, c.p.c. ai fini della proposizione della domanda in oggetto, posto che la stessa, con ogni evidenza, non sarebbe stata proponibile né con l'atto introduttivo né nei termini di cui all'art. 183, sesto comma, c.p.c. (già scaduti); v) detta richiesta, poi espressamente ribadita dal Fallimento sia nelle conclusioni definitive che negli atti conclusivi, non è stata però neppure presa in esame dal Giudice di primo grado; vi) la decisione assunta dal primo Giudice sul punto appare ancor più sorprendente ove si consideri che, alla citata udienza del 30 maggio 2017, lo stesso Giudice si era perfino pronunciato sulla domanda in oggetto, sia pure nella forma provvisoria propria delle ordinanze ex art. 177 c.p.c., disponendo che i maggiori oneri richiesti dal Fallimento in relazione alla fase cautelare

“saranno, ove ciò lo si ritenga ammissibile, liquidati o dal G.E. o dallo scrivente nell’ambito dell’odierno giudizio”; statuizione, quest’ultima, che, di là dalla sua formulazione non del tutto chiara, appare all’evidenza incompatibile con il provvedimento poi adottato dal medesimo Giudice, sul punto, nella sentenza qui impugnata; vii) quanto alla competenza del Giudice del merito a provvedere sulle spese della fase cautelare, il primo Giudice, sul punto, sembra essere caduto in un equivoco, posto che, nel caso di specie, il Fallimento esponente non lamenta affatto l’omessa pronuncia del Collegio sulle spese del procedimento cautelare, ma contesta la congruità delle spese liquidate dal medesimo Collegio all’esito del procedimento de quo; questione, quest’ultima, che, contrariamente a quanto affermato dal Tribunale nell’impugnata sentenza, non può che essere rimessa al Giudice del merito; viii) la Cassazione, con sentenza n. 11370 del 24 maggio 2011 (espressamente richiamata dall’esponente negli atti conclusivi depositati in primo grado), ha negato l’impugnabilità della statuizione sulle spese del procedimento cautelare con il ricorso straordinario per cassazione ex art. 111, settimo comma, Cost., individuando proprio nel giudizio di merito la sede deputata a ridiscutere tale statuizione: “Il fatto che l’ordinanza sul reclamo sia inimpugnabile non significa, però, che essa non sia ridiscutibile. Il modo di discussione sulle spese è lo stesso con cui può avvenire la discussione sull’azione di merito cui la misura cautelare chiesta ed ottenuta o negata, era strumentale. Si tratta, cioè, del giudizio di merito”; ix) applicando i principî sopra riportati alla fattispecie in esame, non vi è dubbio che la domanda, formulata dal Fallimento nel corso del giudizio di primo grado, diretta a ottenere la rideterminazione delle spese liquidate dal Tribunale di Imperia all’esito del procedimento cautelare, fosse del tutto legittima e ammissibile sotto il profilo processuale, oltre che pienamente fondata nel merito per le ragioni suesposte.

Indipendentemente da ogni questione relativa all’ammissibilità della domanda, il motivo nel merito è infondato per le ragioni già esposte con riferimento al secondo motivo, al quale si rinvia.

4) QUARTO MOTIVO - Omessa pronuncia sulla domanda risarcitoria ex art. 96, secondo comma, c.p.c. formulata dal Fallimento

L’appellante sostiene: i) che il Fallimento ha formulato una domanda risarcitoria ex art. 96, secondo comma, c.p.c., evidenziando come l’azione esecutiva da questa intrapresa nei confronti della Porto di Imperia S.p.A. (della quale, peraltro, la Curatela è venuta a conoscenza in maniera del tutto fortuita, non essendo stata destinataria, come detto, della

notifica degli atti ad essa relativi) presenti numerosi e macroscopici profili di illegittimità, tanto da potersi considerare perfino abusiva; ii) che MPS ha ritenuto di agire in via esecutiva nei confronti della società fallita, procedendo anche alla trascrizione del pignoramento sugli immobili oggetto di concessione demaniale a favore di detta società, senza tenere minimamente conto dell'intervenuta sottoposizione della stessa alla procedura fallimentare, non avendo notificato ai Curatori, come si è visto, né il titolo esecutivo, né l'atto di precetto né l'atto di pignoramento; il tutto all'evidente scopo di conseguire, al di fuori della liquidazione concorsuale, la soddisfazione coattiva del proprio credito nei confronti della Acquamare s.r.l., aggirando così le molteplici e motivate eccezioni già sollevate dal Fallimento, in sede di verifica del passivo, in ordine al fondamento della sua pretesa, illustrate nel dettaglio negli scritti difensivi depositati dall'esponente in primo grado, ai quali, per brevità, si fa qui espresso e integrale rinvio; iii) che in questa sede, è sufficiente osservare che l'azione esecutiva intrapresa dall'odierna appellata presenta una serie davvero di profili di illegittimità (come peraltro riconosciuto da tutti i Giudici che, ad oggi, si sono occupati delle questioni relative alle ipoteche concesse dalla Porto di Imperia S.p.A. a garanzia dei debiti contratti dalla Acquamare s.r.l. in sede sia civile che amministrativa), ciascuno dei quali di per sé idoneo a determinare la radicale nullità e/o inefficacia dell'atto di pignoramento e di tutti gli atti ad esso prodromici e da esso dipendenti; il che non poteva certo sfuggire a un soggetto qualificato quale è la Banca appellata, con riferimento, in particolare: - all'illegittimità dell'iscrizione ipotecaria sui beni demaniali oggetto di concessione a favore della società fallita, riconosciuta dallo stesso Tribunale di Imperia sia nell'impugnata sentenza che nei provvedimenti emessi nel procedimento cautelare, nonché dal T.A.R. Liguria nella sentenza del 17 luglio 2015 prodotta dall'esponente sub doc. 3 nel giudizio di primo grado; - all'intervenuta estinzione dell'ipoteca concessa dalla società fallita sia ai sensi dell'art. 2869 c.c., avendo le banche finanziatrici concesso credito alla debitrice principale Acquamare s.r.l. nonostante l'evidente assenza dei relativi presupposti, così violando i loro doveri di protezione nei confronti della garante Porto di Imperia S.p.A. (cfr. pagg. 23 e seguenti dell'atto di citazione introduttivo del giudizio di primo grado), sia ai sensi dell'art. 2878, quarto comma, c.c., stante l'intervenuto perimento del bene ipotecato, a seguito della dichiarazione di decadenza della Porto di Imperia S.p.A. dalla concessione demaniale marittima ad essa rilasciata (cfr. doc. 13 prodotto nella fase cautelare); - all'inesigibilità del credito di MPS, attesa l'inidoneità dell'atto costitutivo dell'ipoteca di cui sopra a costituire un valido titolo esecutivo nei confronti della Porto di Imperia S.p.A., per i motivi diffusamente illustrati dal

G.E. nell'ordinanza con cui ha disposto la sospensione dell'azione esecutiva ex adverso intrapresa (all. II all'atto di citazione introduttivo del giudizio di primo grado); iv) che MPS ha agito, nel caso di specie, senza la normale prudenza, con chiari profili di responsabilità ex art. 96, secondo comma, c.p.c. a suo carico; il che trova ulteriore conferma nella circostanza, parimenti evidenziata nel corso del giudizio di primo grado, che nessuno degli altri Istituti di credito facenti parte del pool di banche finanziatrici della debitrice principale Acquamare s.r.l. ha ritenuto di intraprendere analoghe iniziative nei confronti della Porto di Imperia S.p.A.; v) che la domanda risarcitoria ai sensi del citato art. 96, secondo comma, c.p.c. non è stata neppure presa in esame nella sentenza qui impugnata, il che integra un'evidente omissione di pronuncia da parte del Giudice di prime cure.

Il motivo è infondato alla luce delle ragioni che saranno esposte in sede di esame dell'appello incidentale: ragioni che condurranno al rigetto dell'impugnazione in esito all'esame di complesse questioni di fatto e di diritto, di per sé idonee a escludere la sussistenza dei presupposti per l'emissione di una pronuncia ex art. 96 c.p.c., tenuto altresì conto dell'approfondita motivazione con cui il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello contro la pronuncia del TAR menzionata dall'appellante principale.

5) APPELLO INCIDENTALE CONDIZIONATO: sugli ulteriori profili di illegittimità dell'avversaria azione esecutiva.

L'appellante sostiene (pag. 42-44 comparsa conclusoriale) «... a seguito dell'appello incidentale ex adverso proposto e del conseguente ampliamento del thema decidendum operato da parte appellata, è sorto in capo al Fallimento Porto di Imperia S.p.A., ai sensi dell'art. 343, secondo comma, c.p.c., l'interesse a impugnare a sua volta la sentenza di primo grado, condizionatamente all'eventuale e denegato accoglimento dell'impugnazione avversaria, nella parte in cui il Tribunale di Imperia (i) ha rigettato le eccezioni preliminari sollevate dal Fallimento in merito all'omessa notifica, da parte di MPS, del titolo esecutivo, dell'atto di precetto e dell'atto di pignoramento e all'improcedibilità dell'avversaria azione esecutiva ex art. 51 l. fall. (eccezioni, peraltro, come detto, rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, il che renderebbe a ben vedere superflua la proposizione di una formale impugnazione sul punto) (ii) ha omesso di pronunciarsi sulle ulteriori eccezioni sollevate dal Fallimento, in quanto ritenute assorbite in ragione dell'accoglimento dell'eccezione di nullità dell'ipoteca azionata ex adverso, e in particolare su quelle relative all'intervenuta estinzione della medesima ipoteca e all'inesigibilità del credito vantato da MPS.

Pertanto, con le note di trattazione scritta depositate in occasione dell'udienza "figurata" dell'8 luglio 2020, l'esponente ha chiesto la concessione di un termine al fine di poter proporre appello incidentale condizionato avverso la sentenza di primo grado ai sensi dell'art. 343, secondo comma, c.p.c. relativamente ai profili sopra accennati, con conseguente fissazione di una nuova udienza. Al riguardo, si precisa che tale istanza è stata formulata in via puramente cautelativa, tenuto conto che, come è stato chiarito dalla Cassazione, "La parte pienamente vittoriosa nel merito in primo grado, in ipotesi di gravame formulato dal soccombente, non ha l'onere di proporre appello incidentale per richiamare in discussione le proprie domande o eccezioni non accolte nella pronuncia, da intendersi come quelle che risultino superate o non esaminate perché assorbite (o anche quelle esplicitamente respinte qualora l'eccezione mirava a paralizzare una domanda comunque respinta per altre ragioni); in tal caso la parte è soltanto tenuta a riproporle espressamente nel giudizio di appello o nel giudizio di cassazione in modo tale da manifestare la sua volontà di chiederne il riesame, al fine di evitare la presunzione di rinuncia derivante da un comportamento omissivo ai sensi dell'art. 346 c.p.c." (Cass., Sezioni Unite, 25 maggio 2018, n. 13195; nel medesimo senso, si veda la recente Cass., 23 settembre 2021, n. 25840); volontà che, nella specie, il Fallimento esponente ha espressamente e inequivocabilmente manifestato nelle note di trattazione scritta sopra menzionate, vale a dire nella prima occasione utile successiva alla proposizione dell'avversario appello incidentale.

Il Collegio, con l'ordinanza del 22 luglio 2020, emessa a scioglimento della riserva assunta all'udienza di cui sopra, ha rigettato la predetta istanza, sostenendo che l'esponente avrebbe "consumato" il proprio potere di impugnazione con la proposizione dell'appello principale, il che le impedirebbe di impugnare altre statuizioni della medesima sentenza impugnata.

Tale decisione non appare condivisibile.

Al riguardo, ci si permette infatti di osservare che il Fallimento esponente è risultato interamente vittorioso nel merito, sicché, al momento della proposizione dell'appello principale, non aveva alcun interesse a impugnare la sentenza di primo grado (se non relativamente alla statuizione delle spese). Tale interesse, come detto, è sorto solo a seguito dell'appello incidentale proposto da MPS, che ha allargato il thema decidendum ai profili attinenti al merito della controversia.

Stante quanto sopra, il principio della "consumazione" dell'impugnazione affermato dalla Cassazione nelle pronunce richiamate nella sopra citata ordinanza (Cass. 19745/18;

Cass. 23/2000 e Cass. 7272/97) potrebbe semmai trovare applicazione, a tutto voler concedere, con riferimento alle eccezioni su cui il Tribunale si è pronunciato in primo grado (vale a dire quelle attinenti all'omessa notifica del titolo esecutivo, dell'atto di precetto e dell'atto di pignoramento e all'improcedibilità dell'avversaria azione esecutiva ex art. 51 l. fall.), che in ogni caso – come detto – sarebbero rilevabili d'ufficio a prescindere dalla proposizione di una specifica impugnazione sul punto, ma non certo con riferimento agli altri profili di illegittimità dell'avversaria azione esecutiva, su cui il primo Giudice non si è pronunciato in quanto assorbiti in ragione dell'accoglimento dell'eccezione di nullità dell'ipoteca. E infatti:

- qualora, come ben sarebbe potuto accadere, controparte non avesse proposto a sua volta appello avverso la sentenza di primo grado, l'eventuale riproposizione, da parte del Fallimento, in sede di appello principale, di tutte le eccezioni di merito non esaminate dal primo Giudice sarebbe risultata con tutta evidenza un fuor d'opera;
- per altro verso, impedire al Fallimento di far valere, in caso di accoglimento dell'avversario appello incidentale, i profili di illegittimità dell'avversaria azione esecutiva rimasti "assorbiti" nella sentenza di primo grado costituirebbe un'evidente violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa dell'esponente.

Confidando che codesta Ecc.ma Corte possa condividere tali considerazioni (ma prima ancora nel rigetto dell'avversario appello incidentale, che renderebbe ovviamente superfluo ogni ulteriore approfondimento a riguardo), si procederà ora a illustrare, qui di seguito, i profili di illegittimità dell'avversaria azione esecutiva sopra richiamati, già dedotti dall'esponente nel giudizio di primo grado, ma – come detto – non esaminati dal Tribunale in ossequio al principio della "ragione più liquida"».

Al riguardo si osserva quanto segue.

i) "Atteso il principio dell'unità e non frazionabilità dell'impugnazione, la parte che abbia già proposto appello contro alcune statuizioni della sentenza di primo grado non può, nell'ambito dello stesso rapporto processuale, presentare un secondo appello (incidentale) in presenza di impugnazione proposta dalla parte avversa, avendo già consumato il proprio potere di impugnazione; tale divieto non trova deroga nella disciplina di cui all'art. 334 c.p.c., atteso che essa opera solo in favore della parte che, prima dell'iniziativa dell'altro contendente, abbia operato una scelta di acquiescenza alla sentenza impugnata" (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 19745 del 25/07/2018, Rv. 650162 - 01). In motivazione: "la parte che abbia già proposto impugnazione (principale o anche soltanto incidentale) contro alcune delle statuizioni della sentenza oggetto dell'impugnazione medesima, non può

successivamente presentare un secondo atto di impugnazione nell'ambito dello stesso rapporto, neppure se nel frattempo abbia ricevuto notificazione dell'impugnazione dell'avversario, ed a prescindere dal fatto che questa possa suggerire un'estensione della contesa anche con riguardo ad altre pronunzie relative a quel rapporto, tenuto conto che le disposizioni dell'art. 334 c.p.c. operano solo in favore della parte che, prima dell'iniziativa dell'altro contendente, abbia fatto una scelta di completa acquiescenza alla sentenza impugnata" (così Cass. 10 giugno 1993, n. 6471; in senso conforme: Cass. 4 gennaio 2000, n. 23; Cass. 6 agosto 1997, n. 7272). Pertanto non è la Corte a "impedire al Fallimento di far valere, in caso di accoglimento dell'avversario appello incidentale, i profili di illegittimità dell'avversaria azione esecutiva rimasti "assorbiti" nella sentenza di primo grado" né si concreterebbe in tal modo "un'evidente violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa dell'esponente", in quanto è la difesa del fallimento che, avendo impugnato solo determinate statuizioni della sentenza, ha implicitamente prestato acquiescenza alle parti della sentenza non impugate.

ii) Quanto al richiamo alle precedenti difese ex art. 346 c.p.c., ci si limita a riportare il testo esatto della massima citata dall'appellante: "La parte pienamente vittoriosa nel merito in primo grado, in ipotesi di gravame formulato dal soccombente, non ha l'onere di proporre appello incidentale per richiamare in discussione le proprie domande o eccezioni non accolte nella pronuncia, da intendersi come quelle che risultino superate o non esaminate perché assorbite; in tal caso la parte è soltanto tenuta a riproporle espressamente nel giudizio di appello o nel giudizio di cassazione in modo tale da manifestare la sua volontà di chiederne il riesame, al fine di evitare la presunzione di rinuncia derivante da un comportamento omissivo. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto implicitamente rigettata un'eccezione di prescrizione, da considerarsi, invece, semplicemente assorbita dalla pronuncia fondata sulla c.d. ragione più liquida)". (Cass. Sez. U, Sentenza n. 13195 del 25/05/2018, Rv. 648680 - 01). V. in motivazione: "la parte pienamente vittoriosa nel merito in primo grado, difettando di interesse al riguardo, non ha l'onere di proporre, in ipotesi di gravame formulato dal soccombente, appello incidentale per richiamare in discussione le domande o le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado, da intendersi come quelle che risultino superate o non esaminate perché assorbite (o anche quelle esplicitamente respinte qualora l'eccezione mirava a paralizzare una domanda comunque respinta per altre ragioni), ma è soltanto tenuta a riproporle espressamente nel giudizio di appello in modo tale da manifestare la sua

volontà di chiederne il riesame, al fine di evitare la presunzione di rinuncia derivante da un comportamento omissivo ai sensi dell'art. 346 c.p.c.”.

Quanto ai termini di esercizio della facoltà prevista da tale disposizione la Giurisprudenza ha stabilito: “Nel processo ordinario di cognizione risultante dalla novella di cui alla l. n. 353 del 1990 e dalle successive modifiche, le parti del processo di impugnazione, nel rispetto dell'autoresponsabilità e dell'affidamento processuale, sono tenute, per sottrarsi alla presunzione di rinuncia (al di fuori delle ipotesi di domande e di eccezioni esaminate e rigettate, anche implicitamente, dal primo giudice, per le quali è necessario proporre appello incidentale ex art. 343 c.p.c.), a riproporre ai sensi dell'art. 346 c.p.c. le domande e le eccezioni non accolte in primo grado, in quanto rimaste assorbite, con il primo atto difensivo e comunque non oltre la prima udienza, trattandosi di fatti rientranti già nel "thema probandum" e nel "thema decidendum" del giudizio di primo grado” (Cass. Sez. U, Sentenza n. 7940 del 21/03/2019, Rv. 653280 - 01).

Quanto alle modalità: “Il generico richiamo al contenuto degli scritti difensivi di primo grado non è idoneo a manifestare la volontà della parte di sottoporre nuovamente al giudice del gravame tutte le domande non accolte in primo grado e, quindi, a ritenere assolto l'onere previsto dall'art. 346 c.p.c. di specifica riproposizione in appello di quelle domande, a pena di rinuncia alle stesse” (Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 20520 del 03/08/2018, Rv. 650166 - 01) Nell' stesso senso: “La parte integralmente vittoriosa in primo grado, qualora abbia in detto grado proposto, oltre alla domanda principale integralmente accolta, anche una domanda subordinata superata dall'accoglimento della domanda principale, è tenuta, in caso di appello della controparte, a riprodurre la relativa questione al giudice d'appello, e tale riproposizione può ritenersi rituale ai sensi dell'art. 346 cod.proc.civ. solo se la relativa domanda è proposta con chiarezza e precisione sufficienti a renderla ... intellegibile per la controparte ed il giudicante” (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 15003 del 05/08/2004 Rv. 576149 - 01)

iii) Nel caso specifico, il richiamo non può valere (per la sua genericità) “per tutti i motivi esposti negli atti di primo grado” e può ritenersi correttamente formulato ex art. 346 c.p.c., ma, dato il tenore delle note di trattazione 25/6/2020, solo per le questioni ivi espressamente richiamate vale a dire: (i) le eccezioni preliminari sollevate dal Fallimento in merito all'omessa notifica, da parte di MPS, del titolo esecutivo, dell'atto di precetto e dell'atto di pignoramento e all'improcedibilità dell'avversaria azione esecutiva ex art. 51 l. fall. (eccezioni, peraltro, come detto, rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, il che renderebbe a ben vedere superflua la proposizione di una formale

impugnazione sul punto) (ii) le ulteriori eccezioni sollevate dal Fallimento, in quanto ritenute assorbite in ragione dell'accoglimento dell'eccezione di nullità dell'ipoteca azionata ex adverso, vale a dire quelle relative all'intervenuta estinzione della medesima ipoteca e all'inesigibilità del credito vantato da MPS.

iv) Peraltro, quanto alle eccezioni attinenti all'omessa notifica, da parte di MPS, del titolo esecutivo, dell'atto di precetto e dell'atto di pignoramento, all'improcedibilità dell'avversaria azione esecutiva ex art. 51 l. fall., sono state già esaminate con riferimento all'appello principale. Quanto alle questioni relative all'intervenuta estinzione dell'ipoteca e all'inesigibilità del credito vantato da MPS, sono assorbite dal rigetto dell'appello incidentale.

APPELLO INCIDENTALE

1) PRIMO MOTIVO - L'appellante incidentale censura l'impugnata sentenza, nella parte in cui afferma che il diritto di ipoteca previsto dall'art. 41 cod. nav. (norma cui si rifà anche l'art. 9 della concessione demaniale) - laddove afferma che "Il concessionario può, previa autorizzazione dell'autorità concedente, costituire ipoteca sulle opere da lui costruite sui beni demaniali" - escluderebbe che tale ipoteca possa riguardare il diritto di superficie sul sedime (o lo ius aedificandi), avendo invece ad oggetto solo le opere costruite dal concessionario, sicché, l'ipoteca de qua potrebbe essere validamente iscritta solo dopo la costruzione delle opere e non prima, sostenendo: i) che il consolidato orientamento giurisprudenziale (ivi inclusi molti dei precedenti richiamati dal Tribunale) fornisce una lettura dell'ipoteca prevista dall'art. 41 cod. nav. (e dalla concessione demaniale marittima da cui deriva quella per cui è causa) affatto diversa da quella immaginata dalla decisione impugnata, ritenendo (Cass., 16 aprile 2008, n. 9935) che la concessione marittima possa essere "funzionale alla costituzione di un diritto di superficie a favore del concessionario" (conf. Cass., 26 gennaio 2007, in motivazione) e che, dunque, il diritto di ipoteca di cui qui si discute possa avere ad oggetto tale diritto (nello stesso senso Cass., 26 aprile 2005, n. 8637, secondo cui "nel provvedimento di concessione su aree demaniali può essere prevista l'attribuzione al concessionario della facoltà di realizzare costruzioni sul suolo demaniale con la costituzione di una posizione soggettiva di diritto reale sui suoli demaniali, da qualificare in termini di diritto di superficie"; Cass., 3 dicembre 2004, n. 22757, secondo cui "Il provvedimento di concessione di un'area demaniale in cui è attribuita al concessionario la facoltà di edificare opere sul suolo oggetto del

provvedimento medesimo è costitutivo di un diritto reale di godimento avente natura di diritto di superficie a favore del concessionario”; ii) che la configurazione del diritto attribuito al concessionario sui beni che è chiamato a realizzare sul pubblico demanio in termini di diritto di superficie ex art. 952 ss. c.c. non è incompatibile con il fatto che l’art. 41 cod. nav. preveda che il concessionario possa costituire ipoteca “sulle opere da lui costruite sui beni demaniali”, in quanto, diversamente da quanto ritiene il gravato provvedimento, non v’è contrasto tra “diritto di superficie sul sedime demaniale” e “proprietà superficaria sulle opere portuali”; iii) che il diritto sulla proprietà superficaria non è altro, infatti, che una delle facoltà già ricomprese nell’unitario diritto di superficie, atteso che, ai sensi dell’art. 952 c.c. la superficie è il diritto non solo di “fare”, ma anche di “mantenere” una costruzione sul suolo altrui, per cui il diritto di superficie viene ad esistenza, con tali caratteristiche, anche prima che sia stata realizzata l’opera di cui esso garantirà il mantenimento in capo al superficario; iv) che non risponde neppure al vero l’affermazione dell’impugnata sentenza secondo cui, nella concessione marittima, il diritto del concessionario (suscettibile di ipoteca) sarebbe limitato alla sola proprietà superficaria, non comprendendo anche lo ius aedificandi, atteso che questo “di per sé non è una posizione giuridica”; v) che, come risulta dalla stessa concessione in atti, la realizzazione delle opere costituisce oggetto non solo di un obbligo del concessionario verso l’amministrazione, ma anche di un suo diritto, essendo quella edificazione funzionale al suo interesse di ottenere la gestione (e il relativo utile) su quanto costruito; vi) che anche l’impugnata sentenza finisce poi sul punto per contraddirsi, ammettendo che “il titolare della concessione (può) ... esercitare lo ius aedificandi nei termini previsti nell’atto di concessione”; vii) che alla luce dei rilievi che precedono si deve quindi concludere che il diritto del concessionario che - ai sensi dell’art. 41 cod. nav. (il cui tenore viene riprodotto anche dall’art. 9 della concessione demaniale in atti), può essere concesso in ipoteca dal concessionario - è, a dispetto dell’opinione contraria erroneamente espressa dal gravato provvedimento, proprio il diritto di superficie sul sedime demaniale, il quale incorpora già quello della proprietà separata dal suolo (cd proprietà superficaria) delle opere che saranno costruite dal concessionario; viii) che se si conviene che il diritto oggetto dell’ipoteca di cui qui si discute è, conformemente a quanto affermato dagli insegnamenti della Suprema Corte e della dottrina sopra riportati, il diritto di superficie di cui all’art. 952 c.c. (diritto pacificamente suscettibile di ipoteca anche secondo il diritto civile – v. artt. 2810, n. 3 e 2816 c.c. – applicabile anche in materia marittima: v. art. 1 cod. nav.), si deve allora anche concludere che l’ipoteca su tale diritto ben può essere iscritta anche prima

che si concreti una delle sue prerogative: ossia la c.d. proprietà superficiaria con la realizzazione delle opere sul suolo demaniale; ix) che, una volta qualificato come diritto superficie quello oggetto dell'ipoteca di cui qui si discute, analoga regola debba valere per essa e del resto, opinare diversamente, come fa l'impugnata decisione, impedendo che l'ipoteca sulle opere oggetto di concessione demaniale marittima possa essere iscritta anche prima della loro costruzione, significa ridurre enormemente le possibilità di realizzazione dei progetti concessori a causa dell'impossibilità di ricorrere al credito bancario per finanziarle, con irreparabile pregiudizio non solo dell'interesse privato dei concessionari, ma anche (e soprattutto) di quello pubblico alla migliore e più efficiente pianificazione e sviluppo del territorio, per cui non è un caso che, nella vicenda che ci occupa, l'amministrazione concedente autorizzò l'ipoteca oggetto di causa, nonostante le opere non fossero state realizzate, se non in minima parte (come affermato dall'impugnata sentenza); x) che, diversamente da quanto afferma il Tribunale, l'ipoteca de qua ben possa essere costituita ed iscritta (previa autorizzazione dell'amministrazione) anche prima della realizzazione delle opere emerge anche dalla stessa decisione, invocata (del tutto a sproposito, come diremo) ad altri fini dall'impugnata sentenza, di TAR Bari, Sez. II, 01/08/2013, n. 1220, nella quale si afferma che l'ipoteca de qua dovrebbe rappresentare "una garanzia per il debito del concessionario ... contratto per realizzarle (le opere oggetto di concessione, ndr)", funzione che però l'ipoteca in questione può adempiere solo se iscritta prima – e non dopo – la realizzazione di quelle opere; xi) che, peraltro, anche volendo seguire la prospettazione qui criticata, il Tribunale ha comunque errato nell'affermare la nullità dell'ipoteca per inesistenza o impossibilità dell'oggetto, in quanto, da un lato, la stessa impugnata decisione – dopo aver accertato che l'ipoteca venne iscritta circa un mese dopo "la consegna dei lavori" – afferma che le "costruende opere" erano state "erette", ancorché "in minima parte" (v. sentenza, p. 6), dall'altro lato, e soprattutto, risulta che, al momento della concessione demaniale, l'ente concedente mise a disposizione della concessionaria non solo aree demaniali (terreni e specchi d'acqua) da edificare, ma anche fabbricati già costruiti su tali aree (v. la descrizione degli immobili oggetto di concessione contenuta nella stessa concessione e nella nota di iscrizione ipotecaria), con la conseguenza che, nel momento in cui venne iscritta l'ipoteca per cui è causa, esistevano già strutture sul sedime demaniale suscettibili di proprietà superficiaria separata dal suolo e, quindi, di essere validamente ipotecate secondo la tesi sostenuta anche dal Tribunale; xii) che neppure si può obiettare che quelle strutture, in quanto preesistenti e non costruite dal concessionario, dovevano ritenersi demaniali al pari del

suolo e come tali insuscettibili di ipoteca, anche ai sensi dell'art. 823 c.c., laddove la stessa concessione demaniale prevedeva che tali strutture fossero a disposizione della concessionaria, la quale, poteva mantenerle, modificarle o demolirle nell'ambito del proprio progetto di realizzazione del complessivo porto turistico, il che significa che quelle opere non solo avevano perso, per effetto della concessione che le aveva messe a disposizione della concessionaria, il loro carattere di demanialità, ma, in quanto suscettibili di essere mantenute così com'erano, erano anche già divenute – al pari delle nuove “costruende opere erette in minima parte” – proprietà superficaria suscettibile di essere ipoteca, anche seguendo l'interpretazione restrittiva del Tribunale; xiii) che, anche sotto questo profilo, l'affermazione secondo cui l'ipoteca per cui è causa sarebbe nulla per inesistenza o impossibilità giuridica dell'oggetto si rivela errata e la decisione impugnata dovrà essere riformata.

2) SECONDO MOTIVO – L'appellante incidentale censura la sentenza impugnata nella parte in cui afferma che la costituzione di ipoteca su beni di proprietà altrui, pure prevista dal codice civile (artt. 2808 e 2868 e ss.), comporta una traslazione dei rischi in capo al terzo; trasferimento che l'art. 41 cod.nav. sembra aver voluto escludere, limitando l'iscrizione di ipoteca al caso in cui il concessionario abbia investito propri capitali nella realizzazione delle opere demaniali, per cui soltanto in questa ipotesi, cioè, le opere stesse ricadrebbero nella sua disponibilità (almeno fino al trasferimento finale nel demanio) e l'ipoteca rappresenterebbe una garanzia per il debito del concessionario contratto per realizzarle e, se si volesse aderire a tale impostazione, andrebbe da sé che la costituzione dell'ipoteca sarebbe, per così dire, inconfigurabile in quanto il prestatore della stessa non era il soggetto destinato ad edificare il complesso portuale (sentenza impugnata, pp. 7 s.), sostenendo i) che il gravato provvedimento – con il passaggio “se si volesse aderire a tale impostazione” – non chiarisce quale sia la propria posizione; ii) che, per il caso che si ritenga che il Giudice di prime cure abbia ritenuto (erroneamente) che l'art. 41 cod. nav. condizioni la validità dell'ipoteca al requisito della necessaria coincidenza in capo al concessionario datore di ipoteca della duplice qualità di debitore (del credito garantito) e di costruttore delle opere per le quali l'ipoteca dovrebbe essere concessa; iii) che il gravato provvedimento è erroneo sia laddove ha escluso che Porto di Imperia fosse il soggetto chiamato a realizzare le opere in funzione delle quali è stata autorizzata e concessa l'ipoteca di cui qui si discute, solo per aver incaricato della materiale esecuzione delle stesse un terzo soggetto; sia laddove ritiene che l'art. 41 cod.

nav. ponga per la validità dell'ipoteca il duplice requisito affermato dal Tribunale; iv) che, sotto il primo profilo, basta richiamare il tenore dell'art. 41 cod. nav. – giusta il quale “Il concessionario può, previa autorizzazione dell'autorità concedente, costituire ipoteca sulle opere da lui costruite sui beni demaniali” – per avvedersi che tale norma non impone affatto – e men che meno a pena di nullità, che non viene neppure menzionata - né che il concessionario debba essere il debitore del credito garantito dall'ipoteca, né che debba essere l'esecutore delle opere; v) che l'insegnamento di TAR Bari 1220/13 viene impropriamente richiamato dal gravato provvedimento, atteso che quel precedente si riferisce a fattispecie, affatto diversa dalla nostra, in cui l'amministrazione aveva negato l'autorizzazione ad un subconcessionario ad iscrivere ipoteca su opere precedentemente realizzate da altri concessionari e dove la possibilità di costituire ipoteca su quei beni non era prevista dalla subconcessione, laddove, nella nostra vicenda, l'ipoteca era prevista dalla concessione (v. doc.7, art. 9, fasc. I grado), era stata autorizzata dall'amministrazione (v. doc. 8, fasc. I grado) e riguardava opere che il concessionario (datore di ipoteca) doveva ancora realizzare (o, laddove preesistenti, rendere compatibili) con il progetto previsto dalla stessa concessione; vi) che, quanto all'affermazione dell'impugnata sentenza secondo cui, per il solo fatto che l'ipoteca fosse stata concessa da Porto di Imperia per garantire il finanziamento stipulato dall'appaltatrice Acquamare da essa incarica per l'esecuzione dei lavori diretti a realizzare le opere oggetto di concessione, sarebbe venuta meno “la necessaria coincidenza tra il concessionario e il soggetto obbligato ad edificare gli immobili”, ai sensi dell'art. 4 della concessione demaniale marittima 28.12.2006 in atti (v. doc. 7, fasc. I grado), il soggetto obbligato all'esecuzione dei lavori previsti dalla concessione era (e rimaneva) nei confronti dell'Ente concedente la società Porto di Imperia, essendo irrilevante che la materiale esecuzione delle opere fosse stata appaltata dalla concessionaria ad Acquamare s.p.a., rimanendo pur sempre Porto di Imperia responsabile dell'adempimento di quanto previsto nella concessione nei confronti del Comune di Imperia; vii) che anche sotto questo profilo l'impugnata sentenza risulta, dunque, errata e andrà riformata, con la conseguenza che, superate entrambe le erronee rationes decidendi del gravato provvedimento, si dovrà affermare la validità dell'ipoteca per cui è causa e, con essa, il diritto dell'esponente (ed oggi della sua avente causa Siena NPL 2018) di agire esecutivamente sui beni ipotecati oggi compresi nel Fallimento di Porto di Imperia.

Si legge nella sentenza appellata: i) nel contratto stipulato il 19-2-2007 (all. 5 di parte attrice) tra Porto Imperia e una “cordata” d’istituti di credito – tra le quali v’è anche MPS- fu pattuito all’art. 1 che “...venga iscritta ipoteca di primo grado sugli immobili pervenuti in concessione demaniale marittima descritti in calce al presente atto, nonché su tutte le loro adiacenze, accessioni, nuove costruzioni ...; ii) l’art. 7, portante la rubrica “Descrizione di Beni Oggetto della Garanzia Ipotecaria” così recita: “Diritto di superficie concesso per anni 55 alla Società Porto di Imperia s.p.a.”; iii) dal coordinamento tra le 2 clausole si desume che la volontà delle parti era quella d’iscrivere garanzia su d’un diritto/bene considerato come già esistente – la locuzione “sugli immobili pervenuti in concessione demaniale marittima” risulta inequivoca – il quale, come specificato, nell’art. 7, era costituito dal diritto di superficie sull’area sulla quale avrebbe dovuto essere realizzato il complesso portuale, diritto di superficie asseritamente sorto in favore di Porto Imperia s.p.a. in virtù della convenzione di concessione stipulata con il Comune di Imperia (doc. 8); iv) inoltre, il fatto che, come attestato dalla documentazione prodotta, la consegna dei lavori fu operata il 25/1/2007, ossia poco meno d’un mese prima della costituzione della garanzia, induce a fortiori ad escludere che questa fu costituita sulle le costruende opere (all’epoca non realizzate o erette in minima parte); v) alla luce di ciò deve ritenersi che il diritto di superficie in questione non esisteva; vi) secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale in materia, il diritto reale del concessionario (o il subconcessionario) ha ad oggetto soltanto le opere che egli è tenuto a realizzare; vii) trattasi, in buona sostanza, d’un diritto di cd. proprietà superficaria (in tal senso: Cass. 16 aprile 2008 n. 9935; Cass. 26 gennaio 2007 n. 1718; Cass. 26 aprile 2005 n. 8637; Cass. 3 dicembre 2004, n. 22757, Cons. Stato, 5° sez., 7 ottobre 2002 n. 5294; TAR Puglia, 27 ottobre 2010 n. 3829; Cass. 24 marzo 2004 n. 584) destinato a sorgere una volta che le opere siano state costruite; viii) l’attribuzione dell’uso e del diritto di costruire sull’area oggetto di concessione, ossia dello ius aedificandi, di per sé non è una posizione giuridica, per così dire, già acquisito al patrimonio del concessionario e del quale egli sia legittimato a disporre giuridicamente o materialmente – ad es. trasferendolo a terzi, costituendo sullo stesso garanzie, ecc. - potendo, e dovendo, invece, il titolare della concessione soltanto esercitare lo ius aedificandi nei termini previsti nella all’atto di concessione, atteso che l’art. 823 c.c. prescrive “i beni che fanno parte del demanio pubblico sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore dei terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano”; ix) tra tali modi e limiti v’è per l’appunto, l’attribuzione degli stessi in concessione a terzi – con i diritti e gli obblighi sopra descritti – nonché, tra l’altro, la facoltà

di costituire ipoteca; x) tale specifica ipotesi è disciplinata dall'art. 41 Cod. Nav., il quale in relazione ai beni demaniali marittimi, consente al concessionario, previa autorizzazione dell' autorità concedente, di "costituire ipoteca sulle opere da lui costruite sui beni demaniali"; xi) la norma costituisce, dunque, conferma del costante orientamento giurisprudenziale, in base al quale ciò di cui si può disporre (anche) tramite la costituzione d'ipoteca sono soltanto le opere erette dal concessionario sul bene demaniale concesso, ossia la proprietà superficaria sulle costruzioni, e non già il mero "diritto di costruire"; xii) alla luce di ciò, deve concludersi che l'ipoteca prestata da Porto Imperia era nulla per inesistenza o impossibilità giuridica dell'oggetto, inerendo la garanzia al mero (presunto) diritto di superficie sul sedime demaniale e non già alla proprietà superficaria sulle opere portuali che Acquamare s.p.a. s'impegnò a realizzare; xiii) che un'ulteriore, e preliminare, ragione di nullità dell'ipoteca è costituita dal fatto che la garanzia fu prestata da Porto Imperia non nella qualità di debitrice di Mps, ma nella veste di datrice a garanzia d'un finanziamento erogato in favore d'un terzo, la subconcessionaria Acquamare s.p.a.; xiv) la necessaria coincidenza tra il concessionario e il soggetto obbligato ad edificare gli immobili oggetto della (successiva) proprietà superficaria è stata postulato nella pronuncia T.A.R. Bari, sez. II, 01/08/2013, n.1220; xv) se si volesse aderire a tale impostazione, andrebbe da sé che la costituzione dell'ipoteca sarebbe, per così dire, inconfigurabile in quanto il prestatore della stessa non era il soggetto destinato ad edificare il complesso portuale.

Si deve considerare che nel contratto di concessione all'art. 1 era prevista "la concessione ... assentita allo scopo di costruire e gestire un approdo per naviglio da diporto, con annesse strutture ..."; per una durata di 50 anni (art. 2). All'art. 3 è previsto che "la Concessionaria si obbliga a eseguire e completare entro la zona concessale le opere previste dal progetto definitivo come approvato e adeguato alle prescrizioni imposte dalla conferenza dei servizi in data 20 dicembre 2005, nonché al relativo provvedimento finale di conclusione del procedimento, costituito dagli elaborati in premessa elencati ed a cui si fa espresso riferimento, per quanto attiene sia alle opere a mare, sia alle opere a terra e alla natura, alla forma, alle dimensioni e alle strutture da realizzare". All'art. 9 è previsto: "La società concessionaria, previa autorizzazione dell'Autorità competente, potrà costituire ipoteca sulle opere dalla stessa costruite sui beni demaniali ...". L'art. 13 disciplina la sorte delle opere erette alla scadenza della concessione, prevedendo che essere "resteranno in assoluta proprietà dello stato ... ferma la facoltà da parte del Comune di richiedere la demolizione ... e la riduzione ... in pristino stato", mentre in caso di revoca si sensi dell'art.

47 cod. nav. era prevista la medesima disciplina (proprietà dello stato sulle opere erette alternativa a riduzione in pristino), spettando la concessionario – nel solo caso in cui le opere restino in proprietà dello stato “tanti cinquantesimi del costo delle spese stesse, come determinato in sede di collaudo definitivo, quanti saranno gli anni dalla data della revoca alla data in cui la concessione avrebbe dovuto scadere ...”.

La previsione di cui all'art. 9 del contratto di concessione riproduce quella di cui all'art. 41 del codice della navigazione (“il concessionario può, previa autorizzazione dell'autorità concedente, costituire ipoteca sulle opere da lui costruite sui beni demaniali”).

La Giurisprudenza “ha ritenuto sussistere, nella specie, un rapporto concessorio costitutivo di un vero e proprio diritto di superficie in favore della società concessionaria” in un caso in cui (tra l'altro) “era facoltà della concessionaria la costituzione - previa autorizzazione della amministrazione - di ipoteca sulle opere costruite sui beni demaniali” (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 4402 del 04/05/1998, Rv. 515014 - 01).

Tuttavia il Consiglio di Stato, con riferimento al disposto dell'art. 41 cod. nav. ha sempre ribadito che tale norma “postula anche la realizzazione delle opere demaniali a spese del concessionario” (Consiglio di Stato sez. VI, 20/12/2013 n. 6163 Foro Amministrativo - C.d.S. (II) 2013 12 3529; in motivazione: “... l'art. 41 cod. nav. ..., nel prevedere l'autorizzabilità dell'ipoteca sulle opere costruite dal concessionario sui beni demaniali, postula necessariamente la proprietà superficiaria (sia pure condizionata e limitata nel tempo secondo quanto prescrive l'art. 49 del medesimo codice) delle opere stesse in capo al concessionario, dallo stesso realizzate”).

Del resto il Consiglio di Stato, occupandosi della questione proprio con riferimento al contenzioso originato, anche in sede amministrativa, proprio dalla concessione oggetto del presente procedimento, ha ritenuto che eccedesse “l'atto di costituzione dell'ipoteca i limiti dell'autorizzazione rilasciata dal competente dirigente comunale in data 27 febbraio 2007 e dall'art. 9, punto 1, dell'atto di concessione” (Consiglio di Stato sez. VI 29/11/2017 n. 5582, pubblicata in banca dati DeJure), evidenziando quanto segue: «... l'art. 9, punto 1., dell'atto di concessione - peraltro, in conformità alla disposizione di cui all'art. 41 cod. nav. - prevede la facoltà della società concessionaria di costituire, previa autorizzazione dell'autorità competente, "ipoteca sulle opere da essa costruite sui beni demaniali". Con provvedimento del 27 febbraio 2007, la Porto di Imperia s.p.a. è stata autorizzata "a costituire ipoteca sulle opere dalla medesima Società Concessionaria costruite nell'ambito della zona demaniale marittima oggetto della C.D.M. sopra meglio indicata" (doc. 9 del fascicolo del Comune). Con atto notarile del 19 febbraio 2007 (registrato il 22 febbraio

2007), la società concessionaria, in qualità di terza datrice di ipoteca, ha costituito ipoteca, iscritta per la complessiva somma di euro 280.000.000,00, in favore degli istituti bancari odierni appellanti a garanzia del finanziamento di euro 140.000.000,00 dagli stessi concesso ad Acquamare s.r.l., "sugli immobili pervenuti per concessione demaniale marittima descritti in calce al presente atto, nonché su tutte le loro adiacenze, accessioni, nuove costruzioni, ampliamenti, sopraelevazioni ed ogni altra pertinenza e su tutto quanto sia comunque ritenuto immobile ai sensi della legge e vi sia in seguito introdotto o asportato", con descrizione dei beni oggetto della garanzia ipotecaria quale "Diritto di superficie concesso per anni 55 alla Società Porto di Imperia s.p.a." sugli immobili di seguito analiticamente indicati nell'atto medesimo ...⁴. ... Orbene, risulta palese, da quanto sopra, la divergenza tra l'oggetto dell'autorizzazione rilasciata dall'Amministrazione concedente⁵, limitata alle sole opere effettivamente realizzate sulla area demaniale oggetto della concessione demaniale (in conformità all'art. 9, punto 1., dell'atto di concessione⁶), e l'oggetto dell'ipoteca costituita sull'intera area demaniale rispettivamente e sul diritto di superficie (senza limitazione alle opere realizzate) insistente sull'intera area demaniale oggetto della concessione demaniale marittima, con la precisazione che, a fronte della consegna dei lavori avvenuta il 25 gennaio 2007, al momento di costituzione dell'ipoteca (19 febbraio 2007) le opere certamente non potevano già essere state realizzate. A ciò si aggiunge una divergenza sotto il profilo soggettivo, mancando un'espressa autorizzazione alla costituzione dell'ipoteca a favore di un terzo debitore - peraltro, nella specie titolare di un sub-contratto di mera rilevanza privatistica ed estraneo al rapporto pubblicistico di concessione (v. sopra sub 14.) -, anziché della stessa concessionaria (non essendo stato palesato, al momento della presentazione dell'istanza di autorizzazione, che l'atto di costituzione dell'ipoteca era già stato stipulato)".

Le osservazioni del Consiglio di Stato trovano conferma nella documentazione prodotta in questa sede ed esaminata, vale a dire contratto di concessione (i cui termini sono stati già sopra riportati), atto di costituzione di ipoteca, nonché nell'autorizzazione rilasciata dal Comune di Imperia (doc. 6 fallimento). In tale autorizzazione, in particolare, vengono richiamati sia l'art. 9 comma 1 della concessione (sopra riportato) sia l'art. 41 del Codice della Navigazione, il quale stabilisce che il concessionario può, previa autorizzazione dell'autorità concedente, costituire ipoteca sulle opere costruite sui beni demaniali e viene autorizzata Porto di Imperia s.p.a. "nella sua veste di titolare della concessione demaniale

⁴ Doc. 5 fallimento

⁵ Doc. 6 fallimento

⁶ Doc. 8 fallimento

marittima n. 2306 REP del 28/12/2006 ... a costituire ipoteca sulle opere dalla medesima costruite nell'ambito della zona demaniale marittima oggetto della CDM sopra meglio indicata". Appare pertanto evidente che l'ipoteca di cui si discute è costituita in data 19/2/2007, in assenza di previa autorizzazione, rilasciata soltanto in data 27/2/2007, nonché divergente dalla autorizzazione medesima (concessa a posteriori) sia sotto il profilo oggettivo (non limitata alle sole opere effettivamente realizzate sulla area demaniale oggetto della concessione demaniale ma rilasciata sull'intera area demaniale rispettivamente e sul diritto di superficie, senza limitazione alle opere realizzate, insistente sull'intera area demaniale oggetto della concessione demaniale marittima), sia sotto il profilo soggettivo (mancando un'espressa autorizzazione alla costituzione dell'ipoteca a favore di un terzo debitore).

Da questo punto di vista, l'ipoteca è stata concessa in violazione dell'art. 41 cod. nav., che richiede la previa autorizzazione dell'Autorità concedente, ed è pertanto invalida.

Tanto premesso, ritenutane l'infondatezza, sia l'appello principale che l'appello incidentale devono essere rigettati, mentre deve essere dichiarato inammissibile l'appello incidentale condizionato proposto dal Fallimento.

Ai sensi dell'art. 92 c.p.c., stante la reciproca soccombenza, devono pertanto essere integralmente compensate tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

P. Q. M.

La Corte di Appello

Ogni diversa o contraria domanda, eccezione e deduzione disattesa e reietta, definitivamente pronunciando,

rigetta l'appello principale proposto da **FALLIMENTO PORTO DI IMPERIA SPA** e l'appello incidentale proposto da **BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA SPA** e **JULIET S.P.A.**, avverso la sentenza n. 684/2019 pronunciata *inter partes* in data 14-15/10/2019 dal Tribunale di Imperia, in composizione monocratica, confermando integralmente la sentenza appellata. Dichiaro inammissibile l'appello incidentale condizionato proposto da **FALLIMENTO PORTO DI IMPERIA SPA**.

Visti gli artt. 287 e 288 c.p.c.

Dispone correggersi la sentenza n. 684/2019, emessa in data 14-15/10/2019 dal Tribunale di Imperia in composizione monocratica, modificando il dispositivo come segue:

- Dispone che l'importo di "€ 300,00", di cui alla penultima riga del dispositivo, sia sostituito dall'importo di "€ 1.135,00";
- Dispone provvedersi alla annotazione della presente sentenza sull'originale della sentenza corretta.

Compensa integralmente tra le parti le spese del presente grado di giudizio..

Ai fini di cui all'art. 13, comma 1 quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della l. n. 228 del 2012 si dà atto dell'integrale rigetto dell'appello principale e di quello incidentale, nonché della declaratoria di inammissibilità dell'appello incidentale condizionato.

Genova, **29/03/2022** .

Il Consigliere estensore
Dott. Riccardo Baudinelli

Il Presidente
Dott. Leila Maria Sanna